

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

La regolazione del lavoro autonomo: un confronto comparato

RICERCHE

*Il diritto del mercato del lavoro tra investimento
in formazione e modernizzazione del sistema di
ammortizzatori sociali*

INTERVENTI

*Libertà sindacale negativa e democrazia sindacale
Modello legale e modello contrattuale di rappresentanza
nei luoghi di lavoro*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Valorizzazione delle competenze e flessibilità contrattuale

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Elementi essenziali dell'associazione in partecipazione
Ultrattività del contratto collettivo
Esclusione della disciplina sui licenziamenti collettivi nel settore edile
Mansioni superiori e diritto alla promozione
Prescrizione dei contributi e denuncia del lavoratore*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*I chiarimenti del Ministero del Welfare
sull'apprendistato professionalizzante
Contratto di inserimento e lavoratrici "svantaggiate"
nel decreto ministeriale 13 novembre 2008
Produttività del lavoro e sgravi contributivi
Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento
La vigilanza ispettiva dell'Inps*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Disciplina comunitaria e sistemi statuali di regolazione del telelavoro
Ordine pubblico e libera circolazione dei servizi
nella interpretazione della direttiva sul distacco*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Germania - Orientamenti del Bundesarbeitsgericht in tema di sciopero
Quadro internazionale e comparato - Tutela del lavoro e
efficienza economica in America Latina*

Giuffrè Editore N. 4/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. 4/2008

Ricerche: La regolazione del lavoro autonomo: un confronto comparato

GIANCARLO PERONE <i>L'implicazione della persona nel lavoro autonomo</i>	885
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS <i>La controversa riforma del lavoro autonomo nell'ordinamento giuridico spagnolo</i>	912
FRANÇOISE MARIE PLANTADE <i>Le frontiere della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato in Francia</i>	945
AMAURI MASCARO NASCIMENTO <i>Lavoro autonomo e diritto del lavoro in America Latina: problemi e prospettive nei Paesi del Mercosur</i>	951

Ricerche: Il diritto del mercato del lavoro tra investimento in formazione e modernizzazione del sistema di ammortizzatori sociali

DOMENICO GAROFALO <i>La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"</i>	957
DANIELA COMANDÉ <i>Il diritto del lavoro al "plurale". Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante</i>	997
SANDRA D'AGOSTINO <i>L'apprendistato di primo livello: problemi e prospettive</i>	1031
MICHELE TIRABOSCHI <i>L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008</i>	1050

Interventi

SIMONE VARVA <i>Libertà sindacale negativa ed implicazioni di democrazia sindacale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	1077
BARBARA DE MOZZI <i>Modello legale e modello contrattuale di rappresentanza dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro a confronto: una coesistenza problematica</i>	1097

Relazioni industriali e Risorse umane

MARCO CRIPPA <i>Valorizzazione delle competenze e flessibilità contrattuale: verso il superamento dei sistemi rigidi di classificazione contrattuale dei lavoratori</i>	1127
---	------

Osservatorio di giurisprudenza italiana

GABRIELE BUBOLA <i>La Corte d'Appello di Bologna si pronuncia sul tema degli elementi essenziali della associazione in partecipazione (nota a App. Bologna 22 ottobre 2007 n. 450)</i>	1157
--	------

STEFANO BARTALOTTA <i>Sulla insostenibilità sistematica della tesi dell'ultrattività del contratto collettivo</i> (nota a Cass. 9 maggio 2008 n. 11602)	1161
TIZIANA FIORE <i>Giustificazione e presupposti di esclusione dalla disciplina dei licenziamenti collettivi in caso di fine lavoro nel settore edile</i> (nota a Cass. 6 febbraio 2008 n. 2782)	1163
ANNA LISA MELILLO <i>Assegnazioni temporanee reiterate nel tempo a mansioni superiori e diritto del lavoratore alla promozione</i> (nota a Cass. 21 dicembre 2007 n. 27113)	1167
GIUSEPPE GIGLIO <i>Prescrizione dei contributi e la denuncia del lavoratore</i> (nota a App. Torino 13 novembre 2007)	1170

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

DANILO PAPA <i>I nuovi chiarimenti ministeriali sull'apprendistato professionalizzante</i>	1177
ANNALISA GRIECO <i>Il contratto di inserimento e le lavoratrici "svantaggiate": riflessioni a margine del decreto ministeriale 13 novembre 2008</i>	1186
SILVIA BRUZZONE <i>Disabilità e part-time. Quali disposizioni legislative e contrattuali?</i>	1193
ROBERTA CARAGNANO <i>Sgravio contributivo per incentivare la produttività di secondo livello: nuovo regime dal 1° gennaio 2008</i>	1205
MICHELE TIRABOSCHI <i>Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento</i>	1210
TEMISTOCLE BUSSINO <i>La vigilanza ispettiva dell'Inps</i>	1215

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

DAVIDE VENTURI <i>L'ordine pubblico e la disciplina dei controlli di vigilanza nello Stato ospitante: limiti ed effetti sulla libera circolazione dei servizi</i> (nota a C. Giust. 19 giugno 2008, causa C-319/06, <i>Commissione delle Comunità Europee v. Granducato di Lussemburgo</i>)	1223
VALERIO BERTI <i>Il telelavoro nel contesto europeo tra nozione comunitaria e sistemi giuridici statali</i> (nota a COMMISSION STAFF WORKING, <i>Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework</i> , 2 luglio 2008)	1230
<i>Non discriminazione e pari opportunità: un impegno rinnovato a livello comunitario</i> (nota a COMMISSIONE EUROPEA, <i>Implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation</i> , Proposal of European Commission for a Council Directive, 2 luglio 2008 e altre)	1227

Osservatorio internazionale e comparato

NELLY VASCHELLO <i>Germania – Nuovi orientamenti del Bundesarbeitsgericht in tema di sciopero</i>	1241
---	------

GERARDO CEDROLA SPREMOLLA, JUAN RASO-DELGUE <i>Quadro internazionale e comparato – Tutela del lavoro e efficienza economica in America Latina</i>	1249
<i>Francia – Sviluppi e tendenze della contrattazione collettiva</i>	1237
<i>Regno Unito – Il rapporto del governo britannico sulla riforma del lavoro nel settore pubblico</i>	1264

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Legge 19 gennaio 1955, n. 25 [1183] – Legge 28 febbraio 1987, n. 56 [1178] – Legge 24 giugno 1997, n. 196 [1179] – Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [1177] – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 [1178] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1177] – Protocollo Welfare 23 luglio 2007 [1179] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [1177] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 [1178] – Legge 6 agosto 2008, n. 133 [1177] (con nota di D. PAPA).
- Decreto del Presidente della Repubblica 19 marzo 1955, n. 520 [1183] (con nota di D. PAPA).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 14 ottobre 2004, n. 40 [1182] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 luglio 2005, n. 30 [1178] – Circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 10 novembre 2008, n. 27 [1177] (con nota di D. PAPA).
- Interpello 24 marzo 2006, n. 2732, in materia di apprendistato professionalizzante [1180] – Interpello 4 maggio 2006, n. 3883, in materia di apprendistato professionalizzante [1177] – Interpello 1° marzo 2007, n. 14, in materia di apprendistato professionalizzante [1185] – Interpello 1° ottobre 2007, n. 28, in materia di apprendistato professionalizzante [1183] – Interpello 26 marzo 2008, n. 8, in materia di apprendistato professionalizzante [1184] – Interpello 7 ottobre 2008, n. 50, in materia di apprendistato professionalizzante [1178] (con nota di D. PAPA).
- Sentenza della Corte Costituzionale 28 gennaio 2005 n. 50 [1178] (con nota di D. PAPA).

Associazione in partecipazione

- Elementi costitutivi - Prestazione a favore dell'associato correlata ai ricavi dell'impresa - Esclusione - Prestazione a favore dell'associato correlata ai ricavi dell'impresa - Sussistenza - Ragioni (App. Bologna 22 ottobre 2007 n. 450, con nota di G. BUBOLA) [1157].

Contrattazione collettiva

- Efficacia nel tempo - Scadenza del termine finale convenuto - Ultrattività - Esclusione (Cass. 9 maggio 2008 n. 11602, con nota di S. BARTALOTTA) [1161].

Contratto di inserimento

- Decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 [1187] – Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 [1191] – Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 [1191] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1186] – Decreto legislativo 6 ottobre 2004,

- n. 251 [1186] – Decreto legge 14 marzo 2005, n. 35 [1191] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [1192] (con nota di A. GRIECO).
- Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze 22 ottobre 2004 [1189] – Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 17 novembre 2005 [1187] – Decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale 31 luglio 2007 [1189] – Decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 13 novembre 2008 [1186] – Disegno di legge 28 ottobre 2008, n. 1441-*quater* [1193] (con nota di A. GRIECO).
 - Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004, n. 31 [1187] – Interpello Ministero del lavoro 16 giugno 2008, n. 20 [1189] (con nota di A. GRIECO).
 - Circolare Inps 19 maggio 2006, n. 74 [1189] – Circolare Inps 28 gennaio 2008, n. 10 [1189] (con nota di A. GRIECO).
 - Accordo interconfederale per la disciplina transitoria per i contratti di inserimento 11 febbraio 2004 [1190] – Contratto collettivo nazionale di lavoro del settore Imprese di panificazione 19 luglio 2005 [1191] – Contratto collettivo nazionale di lavoro del settore Cartai Confapi 12 aprile 2006 [1191] – Contratto collettivo nazionale di lavoro del settore Chimica Confapi 5 ottobre 2006 [1191] – Contratto collettivo nazionale di lavoro del settore Ceramica Confindustria 28 marzo 2007 [1191] (con nota di A. GRIECO).
 - Decisione della Commissione Europea 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE, relativa al regime di aiuti concessi dall'Italia per interventi a favore dell'occupazione [1188] – Regolamento della Commissione Europea 12 dicembre 2002, n. 2204/2002 [1186] (con nota di A. GRIECO).
 - Sentenza della Corte di Giustizia 7 marzo 2002, in causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione delle Comunità europee* [1188] (con nota di A. GRIECO).

Disabili (lavoro dei)

- Legge 30 marzo 1971, n. 118 [1203] – Legge 11 febbraio 1980, n. 18 [1204] – Legge 21 novembre 1988, n. 508 [1204] – Legge 15 ottobre 1990, n. 295 [1203] – Legge 5 febbraio 1992, n. 104 [1200] – Decreto legislativo 29 aprile 1998, n. 124 [1204] – Legge 12 marzo 1999, n. 68 [1198] – Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 [1198] – Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 [1197] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1199] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 [1199] (con nota di S. BRUZZONE).
- Decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915 [1204] – Decreto del Ministero della sanità 5 febbraio 1992 [1200] – Decreto del Dipartimento per la Solidarietà Sociale, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 21 luglio 2000, n. 278 [1204] (con nota di S. BRUZZONE).
- Circolare del Ministero del lavoro 18 marzo 2004, n. 9 [1198] – Circolare del Ministero del lavoro 22 dicembre 2005, n. 40 [1199] (con nota di S. BRUZZONE).
- Sentenza della Corte di Cassazione 10 marzo 2008 n. 6366 [1202] (con nota di S. BRUZZONE).
- Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti della piccola e media industria alimentare 6 maggio 2004 [1202] (con nota di S. BRUZZONE).

- Direttiva 29 giugno 2000, n. 2000/43/CE [1197] – Codice di buone prassi per l’occupazione, decisione dell’Ufficio di Presidenza del Parlamento Europeo del 22 giugno 2005 [1197] – Direttiva quadro 19 giugno 2008, 2000/78/CE, COM(2008)225 def. [1193] (con nota di S. BRUZZONE).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Uguaglianza e non discriminazione*, Rapporto annuale 2006 sullo stato di trasposizione delle direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE, settembre 2006 [1196] – EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Approaches to flexicurity: EU models*, 2007 [1198] – ILO, *Equality at work: Tackling the challenges, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Conference, 96th Session 2007, Rapporto I (B), Ginevra [1194] – Convenzione ONU sui Diritti delle persone con disabilità del 30 marzo 2007 [1195] – ONU (a cura di), *Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol: From Exclusion to Equality, Realizing the Rights of Persons with Disabilities*, Ginevra, 2007 [1195] (con nota di S. BRUZZONE).
- Sentenza della Corte di Giustizia 17 luglio 2008, causa C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law* [1193] (con nota di S. BRUZZONE).

Distacco

- Distacco di lavoratori - Libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 96/71/CE - Disposizioni di ordine pubblico - Riposo settimanale - Obbligo di presentare i documenti relativi a un distacco su semplice richiesta delle autorità nazionali - Obbligo di designare un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo che conservi tutti i documenti necessari ai fini dei controlli (nota a C. Giust. 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo*, con nota di D. VENTURI) [1223].

Francia

- COMMISSION NATIONALE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE, *La négociation collective en 2007*, 23 giugno 2008 [1237].

Germania

- Legittimità di uno sciopero di solidarietà - Libertà di azione sindacale - Principio di proporzionalità (Bundesarbeitsgericht (BAG), sentenza del 19 giugno 2007, 1 AZR 396/06, con nota di N. VASCHELLO) [1240].
- Azione inibitoria di un’associazione imprenditoriale - Sciopero finalizzato alla stipulazione di un contratto collettivo in materia di piano sociale - Compensazione degli svantaggi derivanti da una concreta modifica di stabilimento (*Betriebsänderung*) - Legittimità di un contratto collettivo stipulato tra associazioni sindacali di vertice con efficacia limitata ad una specifica azienda - Controllo giudiziale di proporzionalità (Bundesarbeitsgericht (BAG), sentenza del 24 aprile 2007, 1 AZR 252/06, con nota di N. VASCHELLO) [1240].

Licenziamento collettivo

- Settore edilizia - Conclusione di una singola fase di lavoro - Impossibilità di ulteriore utilizzazione dei lavoratori - Applicazione della l. n. 223/1991 -

Esclusione - Fase lavorativa in corso di esaurimento - Applicazione della l. n. 223/1991 - Sussistenza (Cass. 6 febbraio 2008 n. 2782, con nota di T. FIORE) [1163].

Mansioni

- Assegnazione reiterata del lavoratore a mansioni superiori per periodi di durata inferiore al termine contrattuale o legale previsto per l'acquisizione del diritto alla qualifica corrispondente - Presunzione di preordinazione utilitaristica intesa ad evitare la promozione - Sussistenza - Assegnazioni concomitanti allo svolgimento d'una procedura concorsuale obbligatoria in base alla contrattazione collettiva - Esclusione - Condizioni - Onere della prova (Cass. 21 dicembre 2007 n. 27113, con nota di A.L. MELILLO) [1167].

Parità di trattamento

- COMMISSIONE EUROPEA, *Implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, Proposal for a Council Directive, 2 luglio 2008 [1227] – COMMISSIONE EUROPEA, *Non-discrimination and equal opportunities. A renewed commitment*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)420/3, 2 luglio 2008 [1227] – COMMISSIONE EUROPEA, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2008)412 def., 2 luglio 2008 [1227].

Previdenza

- Contributi - Prescrizione - Denuncia del lavoratore - Effetti (App. Torino 13 novembre 2007, con nota di G. GIGLIO) [1170].

Produttività del lavoro

- Legge 30 aprile 1969, n. 153 [1206] – Legge 11 gennaio 1979, n. 12 [1207] – Decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338 [1207] – Legge 7 dicembre 1989, n. 389 [1207] – Legge 23 maggio 1997, n. 135 [1208] – Decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 314 [1206] – Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [1207] – Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007) [1207] – Legge 24 dicembre 2007, n. 247 (Legge Finanziaria 2008) [1205] – Protocollo Welfare del 23 luglio 2007 [1209] – Legge 24 luglio 2008, n. 126 [1209] – Decreto legge 27 maggio 2008, n. 93 [1209] – Decreto legge 28 novembre 2008, n. 185 (c.d. “decreto anti-crisi”) [1206] (con nota di R. CARAGNANO).
- Decreto interministeriale 7 maggio 2008 [1205] (con nota di R. CARAGNANO).
- Circolare della Agenzia delle Entrate di concerto con il Ministero del lavoro 11 luglio 2008, n. 49/E [1209] – Circolare della Agenzia delle Entrate di concerto con il Ministero del lavoro 22 ottobre 2008, n. 59/E [1209] (con nota di R. CARAGNANO).

- Circolare Inps 18 aprile, n. 51 [1208] – Circolare Inps 6 agosto 2008, n. 82 [1205] – Messaggio Inps 9 aprile 2008, n. 8312 [1208] – Messaggio Inps 25 giugno 2008, n. 14521 [1208] (con nota di R. CARAGNANO).
- CGIL, CISL, UIL, *Linee di riforma della struttura della contrattazione*, 7 maggio 2008 [1209] – CISL, UIL, CONFINDUSTRIA, *La riforma della struttura della contrattazione: il documento sulle linee di riforma della struttura della contrattazione*, 10 ottobre 2008 [1209] (con nota di R. CARAGNANO).

Quadro internazionale e comparato

- G. CEDROLA SPREMOLLA, J. RASO-DELGUE (a cura di), *Il mercato del lavoro in America Latina*, Dati statistici 1980-2007, dicembre 2008 [1249] (con nota di G. CEDROLA SPREMOLLA, J. RASO-DELGUE).

Regno Unito

- CABINET OFFICE REPORT, *Excellence and fairness. Achieving world class public services*, 27 giugno 2008 [1264].

Sciopero

- Legge 15 luglio 1966, n. 604 [1213] – Legge 20 maggio 1970, n. 300 [1213] – Legge 12 giugno 1990, n. 146 [1210] – Decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 [1212] – Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 [1212] (con nota di M. TIRABOSCHI).
- Delibera della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 6 febbraio 1997, n. 97/136 [1214] – Delibera della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 18 giugno 1998, n. 98/342 [1210] – Delibera della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 19 giugno 2003, n. 03/107 [1214] – Delibera della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 12 dicembre 2005, n. 05/10 [1210] – Delibera della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici 29 maggio 2008, n. 08/266 [1210] – Delibera della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 29 maggio 2008, n. 08/267 [1210] – Delibera della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali 20 ottobre 2008, n. 08/518 [1214] (con nota di M. TIRABOSCHI).

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- Legge 23 dicembre 1996, n. 662 [1216] – Legge 9 marzo 1989, n. 88 [1218] – Legge 8 agosto 1995, n. 335 [1218] – Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1216] (con nota di T. BUSSINO).
- Direttiva del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 18 settembre 2008 [1215] (con nota di T. BUSSINO).
- Sentenza della Corte di Cassazione 22 novembre 2006 n. 24781 [1218] – Sentenza della Corte di Cassazione 4 aprile 2007 n. 8465 [1218] – Sentenza della Corte di Cassazione 18 aprile 2007 n. 9264 [1218] – Sentenza della Corte di Cassazione 28 maggio 2007 n. 12357 [1218] – Sentenza della Corte di Cassazione 14 aprile 2008

n. 9812 [1216] – Sentenza della Corte di Cassazione 23 maggio 2008 n. 13383 [1219] – Sentenza della Corte di Cassazione 1° agosto 2008 n. 21031 [1217] (con nota di T. BUSSINO).

Telelavoro

- ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, *Implementation of the European framework agreement on Telework, Report by the European Social Partners*, 28 giugno 2006 [1230] – COMMISSION STAFF WORKING PAPER, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, 2 luglio 2008 [1230] (con nota di V. BERTI).

*La regolazione del lavoro autonomo:
un confronto comparato*

L'implicazione della persona nel lavoro autonomo

Giancarlo Perone

Sommario: **1.** Marginalità della fattispecie del lavoro autonomo per la squilibrata attenzione riservata dal tradizionale impianto dicotomico dell'ordinamento giuslavoristico. – **2.** Opportuna rivisitazione della fattispecie. – **3.** La sommaria scelta sistematica del codice civile e una possibile più comprensiva impostazione. – **4.** Lacunosità e residualità della configurazione legislativa del lavoro autonomo in una logica eccettuativa e il connotato dell'implicazione della persona del lavoratore. – **5.** Regolamentazione del lavoro autonomo in prospettiva diacronica: genesi della fattispecie codicistica; contratti di impresa e diritto del lavoro. – **6.** Lavoro autonomo, impresa e organizzazione. – **7.** Elementi per la ricostruzione di uno statuto del lavoratore autonomo: il punto di vista del mercato e quello della persona che svolge attività lavorativa. – **8.** Prerogative aggregabili allo *status* professionale di lavoratore autonomo.

1. Lo sguardo del giuslavorista, dalle trasformazioni negli assetti produttivi e organizzativi che – in conseguenza della evoluzione tecnica e culturale – deve registrare esaminando l'attuale panorama, è indotto ad allargarsi alla crescente varietà delle forme di attività lavorativa correlativamente acquisite all'oggetto in espansione del diritto del lavoro. L'allargamento dei confini della rappresentazione normativa del lavoro cui si dirige la considerazione del sistema giuslavoristico, del resto, risponde alla sua naturale sensibilità alle dinamiche economiche e sociali, che mostra – o è naturale attendersi che mostri – insofferenza verso irrigidimenti e cristallizzazioni inclini ad anteporre pregiudiziali di carattere ideologico alle indicazioni del divenire storico. Però, lo sguardo stenta a raggiungere la più lontana (dal tipo, finora, prevalente) delle figure di lavoratore, quella del lavoratore autonomo, sulla quale, fin dalle prime delimitazioni della disciplina, si sono fissati i confini del diritto del lavoro e che, in effetti, al di fuori di quei confini sembra ancora situarsi, restando in ombra l'opzione dell'ordinamento nei suoi confronti ⁽¹⁾.

Non vi è dubbio che la normativa giuslavoristica, storicamente imperniata sulla distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, si sia sviluppata per farsi

* Giancarlo Perone è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

⁽¹⁾ C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, *Impresa e lavoro*, Utet, Torino, 1986, tomo I, 1473. Insoddisfazione per la riduzione del diritto del lavoro all'esclusivo ambito del lavoro subordinato manifesta M. PEDRAZZOLI, *Del lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate di studio organizzate dall'AIDLASS, Salerno, 22-23 maggio 1998.

carico di coloro la cui attività venga compiuta nell'interesse e sotto l'autorità di un altro soggetto, il datore di lavoro, dal quale dipendono non soltanto economicamente, perché dalla retribuzione da lui pagata ricavano la propria sussistenza, ma altresì giuridicamente, per il potere che il datore, gerarchicamente sovraordinato, esercita dettando le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa.

Al contrario, ha finito per restare quasi totalmente estranea al diritto del lavoro la figura di colui che svolga la propria attività, anch'egli nell'interesse di altro soggetto, ma non sotto l'autorità dello stesso, dal quale gli venga assegnato il compito di realizzare opere e servizi cui il prestatore può autonomamente attendere con modalità non assoggettate a vincolanti prescrizioni.

A spiegare tale estraneità può concorrere la riflessione su quanto diversificata si mostri la realtà compendiate sotto il nome di lavoro autonomo e sulla tendenza, registrabile in varie sue componenti, a esorbitare dallo spazio che sia da ritenersi proprio di questa realtà, sfumando i caratteri che consentono di ascrivere le componenti medesime all'universo delle figure lavorative.

La considerazione giuridica del composito mondo del lavoro autonomo include figure tradizionali – artigiani, coltivatori diretti, piccoli commercianti – dall'ordinamento poste, peraltro, nella marca di confine costituita dalla piccola impresa (articolo 2083 c.c.). Include i liberi professionisti, la cui alienità rispetto allo schema imprenditoriale viene ostinatamente rivendicata in coerenza con un'antica tradizione attenta a conservare la distinzione, pubblicisticamente strutturata e garantita costituzionalmente quanto a selezione ai fini dell'accesso (articolo 2229 c.c.; articolo 33, comma 5, della Costituzione), degli appartenenti a tale categoria rispetto agli altri produttori di servizi forniti sul mercato. Ciò in ragione della qualità del servizio reso (l'opera intellettuale) e delle modalità della sua esecuzione, della quale è normativamente prescritto il carattere personale (articolo 2232 c.c.). Questa posizione deve, però, fare i conti con le modifiche – in parte avvenute, ma soprattutto annunciate – in senso imprenditoriale delle professioni, registrabili sotto la spinta non facilmente resistibile di modelli stranieri. E deve fare i conti con l'influenza esercitata sull'ordinamento nazionale dalla visione, propensa a equiparare i professionisti a imprese, affermatasi a livello comunitario ⁽²⁾.

Risulta così avvalorata l'opinione che – fatta leva su un unico elemento di differenziazione e caratterizzazione del lavoro autonomo individuato nell'assenza di

⁽²⁾ Cfr. la direttiva n. 2000/31/CE (in materia di *e-commerce*), che sembra consentire ai professionisti di reclamizzare via internet la propria attività (cfr. tuttavia G. ALPA, *Quelle deludenti proposte dell'Antitrust che non si attagliano alla professione forense*, in *GD*, 2005, 9, che mette in luce come nella disciplina di attuazione – art. 10 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 – la direttiva abbia avuto un'interpretazione diversa: nel senso di limitare più che ammettere la reclamizzazione dei servizi dei liberi professionisti) e, più decisamente, la proposta di direttiva relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. direttiva Bolkestein). Significativa, sotto questo profilo, anche l'attività della Corte di Giustizia europea: si veda C. Giust. 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, *Arduino*; C. Giust. 19 febbraio 2002, in causa C-309/99, *Wouters*; C. Giust. 5 dicembre 2006, in causa C-94/04, *Cipolla*. Per la scelta, politica, dell'ordinamento italiano di impostare invece la propria disciplina delle professioni intellettuali, sottratta all'area dell'impresa, sulla base della valutazione, anziché dell'attività oggettivamente considerata, del soggetto che la pone in essere e della sua peculiare posizione – diversa e più elevata rispetto a quella di altri produttori di servizi – nonché degli atti da lui posti in essere, si veda C. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, Laterza, Bari, 2002, 26 ss.

subordinazione, ed escluse perciò l'inerenza all'ambito e alla disciplina di questa – inclina a operare l'inquadramento del lavoro autonomo stesso in settore dell'ordinamento diverso da quello in cui vigano i principi giuslavoristici, preferendo ricondurlo al territorio del diritto commerciale, con particolare riferimento alla piccola impresa ⁽³⁾. Le accennate influenze nel senso della ricomprensione nell'orbita imprenditoriale portano a ritenere che anche le professioni intellettuali, in passato rimaste estranee a simile tendenza, per la determinante considerazione della natura di questi soggetti, oltre che del valore degli atti da loro posti in essere, risentano della spinta verso approdi di stampo imprenditoriale e a prescindere dalla disciplina risultante dai principi propri del diritto del lavoro.

Tale variegata realtà ha da misurarsi non solo con la piccola impresa, che non si limita a pressare l'originalità della figura del lavoro autonomo ma con essa si mescola, bensì pure con la subordinazione. Lo stimolo, però, in questo caso è diretto in senso centripeto, verso il nucleo di disciplina giuslavoristica. Infatti, lo scenario lavoristico ricomprende soggetti che, al pari dei tradizionali lavoratori autonomi, non svolgono la propria attività alle dipendenze di un datore di lavoro, ma, a loro differenza, la svolgono in forza di una stabile connessione con i beneficiari della prestazione e inseriti nella organizzazione produttiva di questi ultimi; e così in situazione largamente reputata di sottoprotezione sociale, analoga a quella dei lavoratori subordinati.

La denominazione di parasubordinati, data a questi lavoratori, autonomi – come pure sono stati detti – di seconda generazione, segnala il punto di osservazione dal quale gli interpreti hanno valutato il fenomeno: vale a dire, la sua prossimità al lavoro dipendente, del quale questi lavoratori vengono ritenuti sostituti funzio-

⁽³⁾ Si veda, per un'impostazione invece critica di tale opinione, della quale vengono forniti essenziali riferimenti bibliografici, G. GIACOBBE, voce *Lavoro autonomo*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 420 ss. Per riferimenti giurisprudenziali, peraltro non costanti e univoci, quanto all'attinenza delle professioni intellettuali alle attività imprenditoriali, cfr. V. CORRENTI, *L'imprenditore*, in P. RESCIGNO (diretto da), *op. cit.*, vol. XV, *Impresa e lavoro*, tomo I, 200, che condivide l'orientamento secondo il quale le cosiddette professioni liberali, pur se esercitate con l'ausilio di una qualche organizzazione di mezzi strumentali e assistenza di ausiliari, per il loro carattere insostituibilmente personale, non si concreterebbero in attività imprenditoriali. Anche autori che, come C. ASSANTI, *op. cit.*, 1476 ss., inclinano all'assimilazione del lavoratore autonomo al piccolo imprenditore manifestano perplessità a estendere l'assimilazione agli esercenti libere professioni. Per un'appassionata distinzione del libero professionista rispetto all'imprenditore, si veda A. VALLEBONA, *Libero professionista e uomo libero*, in *MGL*, 2007, 605 ss, che sottolinea come il lavoro del libero professionista, per antica tradizione, non sia stato separato dal suo autore, ma si sia identificato con esso e con la sua libertà. Invece, gli imprenditori sono stati sempre soggetti economici che investivano e rischiavano capitali alla ricerca del massimo profitto, mentre il libero professionista investiva in se stesso, essendo la preparazione il suo solo capitale e caratterizzandosi egli come un soggetto la cui esistenza coincideva e si giustificava con l'acquisizione e il mantenimento dello *status* professionale. In senso contrario, oggi – osserva l'autore – spingono verso l'assimilazione delle due posizioni molteplici fattori, che vanno dall'enorme crescita degli iscritti agli albi professionali, alla diffusa mercificazione delle professioni, all'irragionevole disciplina tributaria che tratta il professionista alla stregua di un commerciante, all'impostazione dell'ordinamento comunitario, che privilegia l'interesse alla concorrenza trasformando l'incarico fiduciario in una oggettiva prestazione di servizi, all'espansione dell'esercizio della professione in forma societaria per rispondere alle esigenze di adeguamento tecnico in un contesto normativo straordinariamente dilatatosi e in vorticoso cambiamento, ma con la conseguenza di trasformare il libero professionista in una sorta di dipendente della società di cui sia *partner* o di imprenditore, se della società è comproprietario.

nali ⁽⁴⁾. Una prossimità – se manca l’eterodirezione a connotare sul piano giuridico la debolezza del lavoratore nei riguardi della controparte, debolezza può ipotizzarsi sussista quanto a sperequata ripartizione del potere economico e al riflesso del coordinamento sull’esecuzione della prestazione lavorativa – così pronunciata da indurre a prospettare la categoria del lavoro autonomo economicamente dipendente ⁽⁵⁾; e, a sua volta, da prestarsi facilmente a pratiche fraudolente. La vastità delle dimensioni di queste ha consigliato al legislatore di non arrestarsi a una selettiva estensione all’area della parasubordinazione delle tutele giuslavoristiche. È giunto, invece, pungolato da un acuto scrupolo antifraudolento, fino all’assorbimento di questi soggetti nel sistema proprio delle tutele medesime, ogni qual volta forme di attività che si presentino come parasubordinate non possano dirsi corredate di tutti i crismi, pur soltanto formali, positivamente sanciti in vista del riconoscimento per tali (articolo 69, comma 1, decreto legislativo n. 276 del 2003).

Quale che sia la diversificazione riscontrabile all’interno di quel che si denomina lavoro autonomo, la logica alla cui stregua si procede alla richiamata espansione dell’oggetto delle norme giuslavoristiche non ha intaccato un’impostazione che è pur sempre contrassegnata dalla tramandata dicotomia, nonostante il tentativo, effettuato in dottrina, di configurare la collaborazione continuativa e coordinata come un terzo genere ⁽⁶⁾. Il lavoro subordinato e la disciplina a sua tutela costituiscono il termine di riferimento e il metro di misura delle figure che, fisiologicamente o patologicamente, alla subordinazione ruotino attorno. E dove non si rinvenga affinità, neppure parziale, la fattispecie lavorativa priva di simili ele-

⁽⁴⁾ La denominazione denota, appunto, la natura ibrida di tali rapporti, al confine tra autonomia e subordinazione: si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, F. Angeli, Milano, 1979, 9 ss.; cfr. anche M.V. BALLESTRERO, *L’ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, 42 ss.; S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI, *Il lavoro autonomo di seconda generazione*, Feltrinelli, Milano, 1997; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *LD*, 1997, 176.

⁽⁵⁾ A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *RGL*, 2003, 221 ss.

⁽⁶⁾ R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in AA.VV., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, fasc. 21, 341; cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del lavoro coordinato*, in *ADL*, 1997, n. 5, 41 ss.; R. FLAMMIA, *Un nuovo tipo di lavoro: il lavoro coordinato*, in *MGL*, 1997, 161 ss. Sulla difficoltà di configurare il lavoro parasubordinato o coordinato come un *tertium genus* cfr. P. SANDULLI, *In tema di collaborazione autonoma, continuativa e coordinata*, in *DL*, 1982, I, 253; M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 63 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, vol. XXVII, tomo I, 208. Per A. VALLEBONA, *Lavoro autonomo coordinato e diritto sindacale*, in *DL*, 1997, 311, «non è necessario creare un *tertium genus* tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, poiché il tipo intermedio esiste già». M. DELL’OLIO, *Intervento*, in AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Atti del convegno a cura del Centro nazionale studi di diritto del lavoro “Domenico Napoletano”, Roma, 27 maggio 1996, Cacucci, Bari, 1997, 91, rilevava, invece, come già vi fosse la nozione – la fattispecie di lavoro coordinato – ma mancasse un *tertium genus* di disciplina, avente sufficiente consistenza e identità. Per la permanenza di un sistema binario nel quale l’alternativa tra subordinazione e autonomia riassume l’universo dei tipi contrattuali e delle forme di lavoro, si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *ADL*, 1999, 303 ss.; ma si veda già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967.

menti di prossimità continua a porsi quale l'altro polo dell'ordinamento, nettamente differenziato rispetto a quello della subordinazione.

2. Al modello del lavoro subordinato, disciplinato dal codice civile nel titolo II del libro V ed espressamente presentato quale tipo e referente generale, i mutamenti sociali e lo stesso legislatore – recentemente attratto a moltiplicare la gamma di contratti di lavoro variamente designati come atipici, flessibili, speciali – hanno imposto allargamenti, sviluppi, trapianti. Essi sono andati al di fuori dei binari sui quali il modello soleva scorrere, per la significativa introduzione di varianti relative ai requisiti e agli effetti della fattispecie codicistica.

Ciò non significa che la subordinazione, nella sua accezione e nella sua valenza di schema ricostruttivo e presupposto per la realizzazione dell'intervento protettivo della legge e dell'autonomia collettiva, venga irrimediabilmente insidiata da queste varianti; e neppure significa che la regolazione giuridica applicabile, salvo i casi di dichiarata estraneità all'ambito della subordinazione, risulti deviare da quella attinente al prototipo normativo al punto da porsi come esclusiva e radicalmente alternativa. Dunque, la peculiarità della disciplina non toglie che fulcro dell'impianto giuslavoristico, pur quando lo scostamento di determinate tipologie lavorative dall'archetipo segni un'indiscutibile diversità, continui ad essere la subordinazione.

Quanto rilevato, d'altro canto, non esclude che, sotto lo stimolo offerto dall'approfondimento della regolazione dall'ordinamento apprestata in generale al fenomeno lavorativo e dalla osservazione dell'esperienza, risulti maturo il momento per portare la riflessione all'estremo confine di questo pur allargato territorio giuslavoristico, ma sempre assoggettato all'attrazione magnetica della fattispecie della subordinazione: anzi più là, almeno a stare a opinioni correnti in ordine alla collocazione del confine stesso. Rafforza la convinzione circa l'opportunità di prendere questa direzione, oltre che il riscontro della rilevanza, non sfuggita a una lungimirante dottrina, che la persona del lavoratore assume nella considerazione dell'ordinamento pure al di fuori del contratto di lavoro subordinato⁽⁷⁾, la constatazione della cospicua rilevanza sociale del campo di indagine che si assuma così ampliando la prospettiva.

Accanto alla diffusione di nuove forme di lavoro non subordinato, ad esso affini per significativi profili e spesso surrogatorie, ma comunque estranee all'impianto codicistico – diffusione che, a quanto è dato rilevare, si pone all'origine di un rinnovato interesse di settori della dottrina giuslavoristica per il lavoro autonomo – si constata, agevolati anche dal sollevare la vista sul panorama internazionale, la persistenza, spesso nell'ambito dell'economia informale, di una diversa – e in parte annosa, in parte nuova per contenuti professionali – forma di lavoro. Ossia di una figura caratterizzata da netta lontananza dai paradigmi del lavoro dipendente (tranne la debolezza sul piano economico e sociale, invero accentuata, perché la figura è priva di alcune delle fondamentali tutele dello Stato sociale), la quale, ancorché nel nostro paese siano discusse le prospettive di sua espansione o di suo declino, occupa una porzione non certo trascurabile dell'universo lavorati-

⁽⁷⁾ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Opera (contratto di)*, in *NDI*, XI, 1965, 982 ss. Si veda pure, adesivamente, G. GIACOBBE, *op. cit.*, 420.

vo, anche per la dinamicità di nuove professionalità emergenti nell'ambito del lavoro indipendente ⁽⁸⁾. Connotato di questa figura è lo svolgimento abituale e professionale dell'attività, ma indipendentemente da inserimento nella organizzazione produttiva del soggetto beneficiario della prestazione, tanto nella forma della subordinazione alle direttive di costui, che la prestazione organizza a suo rischio, quanto in quella del coordinamento, in via di intese, di prestazioni da integrare continuativamente a rischio del lavoratore. La combinazione, anche con modalità diverse da quelle della subordinazione, con imprese o altre organizzazioni, invero, non contrassegna questa tipologia lavorativa. Pertanto, il mancato riscontro di tratti che la avvicinino all'oggetto tradizionale del diritto del lavoro dà conto della disattenzione che ha circondato soggetti che non vantino affinità, vicine o lontane, con il lavoro subordinato, del quale non replichino nemmeno parzialmente forme di dipendenza; e dunque neppure sembrano riproporre istanze di protezione a un legislatore e ad osservatori avvezzi ad avvertirle in esclusiva combinazione con situazioni di assoggettamento personale a controparti di collocazione e natura varie.

Nel mettere a fuoco simile figura, è dato rilevare che profili di dipendenza, sul terreno sociale ed economico se non su quello tecnico giuridico, pure nella specie sussistono, in peculiare guisa; si stabiliscono in una pluralità di direzioni, che non fanno capo a un'unica controparte, dal cui prepotere difendersi; e si situano su una diversità di piani che ineriscono a livelli sia istituzionali sia privatistici.

⁽⁸⁾ Recenti stime della Unione Europea danno il lavoro autonomo a circa un sesto della complessiva forza lavoro: COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde – Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 2006. L'incidenza del lavoro autonomo è maggiore nei Paesi in via di sviluppo, segnatamente nell'ambito dell'economia informale, dove lavoratori autonomi e dipendenti, in una varietà di contesti urbani e rurali, operano senza il riconoscimento di un quadro normativo, ciò che li rende particolarmente vulnerabili. Rilevazioni statistiche dell'Ufficio Internazionale del Lavoro valutano che, in questi Paesi, l'economia informale ricomprenda dal 50 al 75 per cento degli occupanti nei settori diversi da quello agricolo. La stima potrebbe essere suscettibile di incremento qualora fossero disponibili, nelle rilevazioni, anche i dati del settore agricolo: cfr. CONFERENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL 90° SESSION. COMMISSION DE L'ÉCONOMIE INFORMELLE, *Project de rapport*, Genève, 2002; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Women and men in the informal economy. A statistical picture*, Geneva, 2002 entrambi in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Lavoro decente*. La massa dei lavoratori autonomi, in stato di sottoprotezione sociale non meno accentuata di quella del lavoro dipendente, ha richiamato l'attenzione della strategia dell'ILO tesa alla promozione del lavoro decente indipendentemente dalla subordinazione: M. ALTER CHEN, RENANA IHABVAVA, E. FRANCES LUND, *Supporting workers in the Informal Economy*, International Labour Office, Geneva, 2002. In Italia, è stata invece tacciata di "leggenda metropolitana" l'opinione che prevede un futuro nel quale sia destinato a crescere il lavoro autonomo e a diminuire quello dipendente da E. Reyneri in due note sul sito www.lavoce.info.it del 23 agosto e del 23 settembre 2003. Che la consistenza del lavoro autonomo sia rimasta pressoché costante lungo tutto il decennio è affermato in CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro 2003*, in www.cnel.it, novembre 2004, documento n. 39, 26: tale consistenza, in ogni caso, è tutt'altro che di scarso peso, ammontando a circa sei milioni di unità. S. BOLOGNA, *Dobbiamo rallegrarci se i lavoratori autonomi spariscono?*, in *DLRI*, 2006, 557 ss, viceversa, riscontra contraddizioni nelle rilevazioni predette, dove, da un lato, si segnala, come più significativo cambiamento nella composizione degli "indipendenti", il calo accelerato della loro figura più diffusa, ossia dei "lavoratori in proprio", mentre, dall'altro, si parla di un vero e proprio boom dei professionisti (*Rapporto del CNEL*, cit.); e sottolinea come studi redatti in base a nuovi e più affidabili criteri indichino che la crescita del lavoro indipendente è stata maggiore di quella del lavoro dipendente. Replica a questi rilievi, nello stesso numero della rivista, E. REYNERI, *Illusioni e realtà del mercato del lavoro italiano*, 569 ss.

Il tema della dipendenza economica – o, se si vuole così denominarla, della sottoprotezione sociale – non ha bisogno, per la figura di lavoratore messa in evidenza, di raffronti e precisazioni rispetto alla nozione di subordinazione, a differenza di quanto occorre per i lavoratori parasubordinati; ma richiede di acquistare una propria concretezza giuridica.

Dipendenza evoca il suo rovescio dialettico: libertà, come valore fondativo che qualifica, in tutta l'estensione dei significati di cui è suscettibile, questa più di ogni altra figura di lavoratore, ma abbisogna, pur sempre, che a presidio sia posto un consonante quadro giuridico, idoneo al contrasto e all'affrancamento dalle menzionate multiformi soggezioni. A coniugare, in funzione protettiva, libertà e persona del lavoratore il legislatore ha dunque campo non soltanto nei recinti della subordinazione classica e delle sue varianti contemplate dall'evoluzione giuridica. Questa, però, fatica a percepire nitidamente il richiamo che possa provenire dall'esterno di quei recinti.

Certe drastiche diversità nei trattamenti disposti per chi potrebbe definirsi – riprendendo una generale modalità espressiva in auge specialmente qualche anno addietro – il lavoratore autonomo in quanto tale, o il lavoratore “in proprio”, in confronto ai trattamenti dall'ordinamento riconosciuti a lavoratori subordinati e parasubordinati, invero, suscitano, al di là di strutturali diversità di situazioni dei rispettivi destinatari, interrogativi, come è a dire quanto al contenuto di taluni provvedimenti legislativi, che paiono ispirati, anziché da finalità protettiva, dal sospetto se non da malanimo⁽⁹⁾. Certo è che nella ispirazione del legislatore non è ravvisabile una forte preoccupazione di garantire efficace presidio alle possibilità di libera, sicura e dignitosa esplicazione delle attività di questa categoria di lavoratori, impegnati non solo in mestieri tradizionali, ma altresì in professioni indispensabili ai processi di innovazione; o in ogni caso di non penalizzarla in rapporto alla considerazione tributata alle altre categorie rientranti nell'area della subordinazione o in spazi limitrofi.

⁽⁹⁾ Ai lavoratori autonomi normative previdenziali e tributarie riservano un trattamento radicalmente differenziato, più pesante rispetto a quello dei lavoratori subordinati e non di rado irrazionalmente vessatorio, mentre scadente è la qualità dei servizi pubblici necessari all'esercizio della loro attività lavorativa. Se trattamenti diversi possono ragionevolmente trovare origine nella discrepanza registrabile in ordine alla strutturale posizione delle categorie di soggetti interessati, lascia perplessi che l'esito della diversità si risolva nella piena omogeneità rispetto al trattamento applicabile alle imprese, che non versano nelle stesse difficili condizioni di esercizio dell'attività che affliggono il lavoro autonomo. E desta perplessità che, a fondamento della disparità di trattamento, rispetto al lavoro dipendente, vengano invocate necessità di equilibrio finanziario, oppure di efficienza dell'azione amministrativa, senza però darsi carico del principio di tutela per il lavoro, valevole anche per quello autonomo. Riflesso semantico della maniera in cui venga avvertita la sostanza della categoria del lavoro autonomo, alla luce di una antica letteratura socio politologica fustigatrice di veri o presunti favori ai ceti medi autonomi a scopo di consenso sociale, è l'usuale appellativo di “popolo della partita IVA”, che allude, a un tempo, all'assimilabilità alle imprese e, con sottinteso facilmente percepibile, a una tendenziale evanescenza nei confronti dell'assoggettamento a imposizioni fiscali e contributive. È stata perciò posta la domanda – anche di fronte all'atteggiamento dell'accennata corrente di studi sociologici che vaticina, sembrando compiacersene, l'inesorabile estinzione del lavoro autonomo – circa la ragione di una vera e propria fobia nei confronti del lavoro stesso, quando – almeno nelle componenti rappresentate dalle nuove professioni, il numero di cui operatori in assoluto può essere poco rilevante, ma comunque è in impetuosa crescita – il lavoro autonomo appare destinato a contribuire, secondo le teorie dell'economia della conoscenza, in maniera determinante ai processi di innovazione da cui dipende la competitività del sistema: S. BOLOGNA, *op. cit.*, 560.

Di più: l'ordinamento sembra addirittura incontrare una risalente difficoltà a prendere atto della fattispecie e certamente dura fatica ad annoverarla tra quelle a giusto titolo lavoristiche.

Il rilievo non è circoscritto agli spazi dove attività lavorative non dipendenti vengano praticate nel buio e nel sommerso. Nello stesso sistema dell'economia ufficiale il lavoro autonomo pena a far constare, a livello giuridico, la sua presenza, con tutti i naturali corollari quanto a disciplina.

Opportuno appare, quindi, rivisitare la fattispecie, cosicché sia anche dato stabilire in che misura una simile direzione di ricerca del giuslavorista vada ascritta a ingiustificate inclinazioni annessionistiche alla propria disciplina di materia, viceversa, per sua natura alla stessa estranea; oppure obbedisca al proposito di assolvere a un debito di attenzione a torto dalla dottrina da lungo tempo onorato.

3. La scarsa concentrazione sul problema rimonta a una impostazione originaria. I giuristi che hanno appuntato la loro attenzione sulla scelta sistematica del codice civile in tema di lavoro autonomo convengono su un ricorrente e deluso rilievo conclusivo: nell'ordinamento, non sarebbe facile rinvenire un compiuto disegno ricostruttivo e una positiva logica ordinatrice del lavoro autonomo stesso. Alla conclusione si giunge sulla base della constatazione che studiosi, e giudici, si sono esauriti prevalentemente nell'indagine sulla distinzione tra autonomia e subordinazione. Distinzione in cui il lavoro autonomo affiora, *a contrario*, dall'esclusione del requisito della subordinazione, piuttosto che per suoi peculiari e consistenti tratti fisionomici, avulsi dal confronto con il lavoro dipendente ⁽¹⁰⁾.

Gli esiti della ristretta angolazione della visuale non sono di poco conto. Il *deficit* di visibilità dell'istituto, addebitabile a questa sorta di freno premuto dagli studi dedicatigli, fa da riscontro alla carenza di iniziativa regolatrice e, in ultima analisi, al *deficit* di protezione. È indubbio che l'ordinamento investe genericamente il compimento di prestazioni di lavoro autonomo, ma non concentra il suo interesse sulla condizione soggettiva di chi abbia scelto, quale sua normale attività, tale compimento, se non quando se ne verifichi una condensazione dal lato del committente ⁽¹¹⁾. Il peso della dottrina, però, poteva essere diverso.

Il riferimento è al possibile tentativo che si fosse indirizzato a costruire il lavoro autonomo collocandosi su altro piano, muovendo dal soggetto e dai suoi diritti. Qualora l'indagine intorno ai lavoratori autonomi avesse trascorso l'ambito dell'identificazione dei connotati il cui difetto precluda l'applicazione della normativa riservata ai lavoratori dipendenti; e, pertanto, qualora – non esaurendosi, in ipotesi, la prevalente attenzione intorno alla fattispecie nel ripercorrere la linea di confine che la separa dall'area della subordinazione – i profili essenziali della figura del lavoratore autonomo, comunque ricostruibili pur nella scarna delimitazione legislativa, fossero stati più accuratamente colti dall'interprete per come di per sé si presentino, il risvolto giuslavoristico avrebbe conseguito più chiara evi-

⁽¹⁰⁾ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Arriva un bastimento carico di "A"*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, 36; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., 12.

⁽¹¹⁾ C. ASSANTI, *op. cit.*, 1473.

denza. Infatti, si sarebbe potuto approfondire le correlate ragioni di una modulata applicazione, anche in questo campo, del principio protettivo: ma così non è stato.

Il principio informa di sé la disciplina giuridica del lavoro con un'estensione che – nella stessa logica codicistica (articolo 2060 c.c.) e, sia pure con diverso limite, in quella della Costituzione (articolo 35, comma 1, della Costituzione), che in ogni caso tiene fuori l'imprenditore, cui destina altra considerazione (articolo 41, comma 1, della Costituzione) – supera le frontiere del lavoro subordinato. Risulta perciò aperto lo spazio a una ricerca intesa a sondare in quale eventuale direzione, verso chi e con quali frutti, sia prospettabile l'impostazione di uno statuto, ossia di una disciplina che per la sua (almeno tendenziale) organicità possa denominarsi tale, da riconoscersi ai soggetti di forme di lavoro svolte senza il contrassegno della subordinazione.

L'elaborazione di un simile statuto non può essere condotta se non in base all'analisi delle, poche, norme in tema e alla loro coerente sistemazione. Però, si tratta di intraprendere la ricerca su uno statuto, per così dire, scritto in parte con inchiostro simpatico: dunque, occorre aspettare che quelli dei suoi lineamenti che così risultino tracciati vengano a preciso risalto, quando siano ravvivati dall'impatto di idonei interventi che l'ordinamento ponga in essere a completamento del lacunoso disegno già positivamente percepibile. E in tal senso l'importanza – opportunamente sottolineata anche ai fini dell'identificazione della fattispecie della subordinazione⁽¹²⁾ –, in vista della piena emersione della figura, del complesso di norme e istituti di tutela approntato a favore del prestatore di lavoro, a ben vedere, si conferma, ma *a contrario* nel caso in esame, quando si rifletta sulla scarsa consistenza dello statuto protettivo della correlativamente sbiadita figura del lavoratore autonomo.

Vero è che la ricerca può avvantaggiarsi dei positivi riscontri offerti da alcuni innovativi interventi legislativi, e particolarmente dalla recente normativa sul lavoro a progetto (articoli 61 e ss., decreto n. 276 del 2003) e dal dibattito che ne è originato o ne è stato rianimato. Peraltro, gli spazi che, per i motivi di cui si è fatto cenno, si aprono alla ricerca sono più ampi di questa importante ma circoscritta ipotesi.

Comunque sia, se, in linea di principio, non suscita troppe perplessità la legittimità, anche nei confronti dei lavoratori autonomi, di una disciplina protettiva, altro spessore presentano i problemi relativi al suo possibile tenore. Le obiettive difficoltà insorgono quando si tratti di determinare gli stampi sui quali avviare un simile completamento dell'edificio protettivo giuslavoristico.

Volendo seguire un paradigma consolidato, si può essere indotti a pensare che essi riguardino essenzialmente la controparte in cui direzione alzare le difese.

Per i lavoratori autonomi, premesso che, ovviamente, non è dato individuare datori di lavoro al cui potere direttivo i primi soggiacciono, tuttavia può venire naturale ipotizzare che la tutela debba essere assicurata nei confronti dei committenti. Gioca, in una tale impostazione del problema, la suggestione dei moduli consueti al lavoro subordinato, finalizzato a colmare, o almeno a ridurre, lo squi-

⁽¹²⁾ E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro, Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006, 121 ss.

librio tra le parti del rapporto grazie a tutele compensative a favore della posizione della parte debole e al contenimento del potere di quella forte. E rileva una latente propensione a ritenere che quelle che si presentino come tipologie lavorative parasubordinate, in fin dei conti, altro non siano che varianti della fattispecie della subordinazione; o comunque sia rileva la valutazione di un presupposto squilibrio socialtipico tra le parti.

La traccia, però, è insufficiente a coprire tutto l'orizzonte nel quale, a sostegno del lavoro autonomo, si postulino tutele commisurate a condizioni di sottoprotezione, non emergenti necessariamente e unicamente nel rapporto con, e nei riguardi di, committenti: come, invece, si verifica allorché imprese alla ricerca di margini di competitività, mettendo da parte la verticalità della loro struttura, al cui interno integravano ogni funzione produttiva, optino per un articolato e flessibile modello organizzativo, contemplante il ricorso a nuove forme di collaborazioni lavorative sganciate dalla subordinazione.

L'orizzonte si apre a esigenze di difesa avvertite anche indipendentemente dalla considerazione di uno stabile rapporto concluso con chi affida la realizzazione dell'opera o del servizio; e tuttavia si tratta di esigenze relative alla posizione e agli interessi professionali del lavoratore.

4. Tanto premesso circa le occasioni non sfruttate e gli sviluppi non tentati ancorché potenzialmente racchiusi in una possibile più comprensiva impostazione dell'istituto, prendendo in considerazione il dato positivo, è incontestabile come la configurazione del lavoro autonomo in una logica che può dirsi eccezzuativa (perché riferita alla assenza di quell'elemento che denoterebbe la normalità della figura di lavoratore e ne giustifica lo statuto protettivo, ossia dell'eterodirezione) si riveli quella privilegiata dalla sistematica del codice civile. Di qui la difficoltà di rappresentare con precisione il lavoratore autonomo e di additarne lo statuto che gli convenga.

Dal legislatore non viene offerta una rappresentazione dettagliata ed esauriente della figura generale del lavoro autonomo (semplicemente richiamato dall'intitolazione del titolo III) né dei suoi prestatori. Il codice preferisce dare una definizione del contratto d'opera, come strumento regolatore della attività, piuttosto che dedicare attenzione a chi la svolge (articolo 2222 c.c.)⁽¹³⁾; e, a sua volta, la definizione ha meritato il giudizio di lacunosa, stretta, come risulta, tra l'altra, più reputata, faccia della realtà (rappresentata dal lavoro dipendente) e una propria regolamentazione per la quale, però, essenzialmente si rinvia ad altri contratti tipici, regolati nel libro IV delle obbligazioni⁽¹⁴⁾.

I contratti riproducono il paradigma disegnato dall'articolo 2222 c.c. (scambio tra compimento di un'opera o di un servizio e corrispettivo), ma discostandosene per peculiari modalità di compimento o di natura dell'opera, e segnatamente in ordi-

⁽¹³⁾ P.G. JAEGER, *La nozione di impresa dal codice dello statuto*, Giuffrè, Milano, 1985, 43; C. ASSANTI, *op. cit.*, 474.

⁽¹⁴⁾ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro, seconda edizione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 81 ss. L'osservazione per cui il lavoro autonomo viene a giuridica esistenza, nella consapevolezza del legislatore del 1942, sotto il segno della compressione tra la fattispecie della subordinazione e quella dell'impresa (nella forma dell'appalto, come sarà più precisamente illustrato nel successivo paragrafo n. 5) è condivisa da A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 7.

ne al tratto della prevalente attività personale del debitore della prestazione lavorativa. Questo risulta il connotato essenziale del ceppo contrattuale generale, ma non anche di figure che hanno acquistato rilevanza proprio a motivo dell'importanza assunta, nell'esecuzione dell'opera prestata, dall'organizzazione produttiva.

Il dettato legislativo, però, impone una precisazione in ordine alla chiave di lettura sopra riferita: nella definizione codicistica di contratto d'opera, di un elemento è comunque sia riscontrabile la formulazione in positivo, ed è quello dello svolgimento di lavoro prevalentemente personale, mentre contestualmente emerge l'anzidetto profilo proposto in negativo (l'assenza di subordinazione).

Pur nella sua lacunosità, la fisionomia disegnata dall'articolo 2222 c.c. non si esaurisce quindi nel connotato, di segno negativo, con cui il lavoro autonomo è presentato come lavoro non subordinato, secondo la ricostruzione più seguita. Il legislatore, se appare propenso a disegnare la figura del lavoro autonomo in controtuce rispetto alla subordinazione, rovesciando la relativa formulazione definitoria, tuttavia, superando la tradizionale figura della *locatio operis* accolta nel codice del 1865, non omette di porre l'accento sul lavoro come esplicazione di attività personale produttiva, anziché sulla concessione del godimento di tale attività. E se viene doverosamente sottolineato come risulti più agevole ravvisare il connotato dell'attività personale nel lavoro subordinato, nondimeno se ne sottolinea la presenza altresì nel lavoro autonomo, ancorché secondo diverse modalità di esplicazione⁽¹⁵⁾.

Lo spunto in positivo, attinente all'implicazione personale nell'attività, rimanda ad altri scenari.

Il richiamato dato del lavoro prevalentemente personale rimanda a un significativo raffronto con la nozione di piccolo imprenditore, definito dall'articolo 2083 c.c., e con il quale il lavoro autonomo viene, per così dire, mescolato. Anche il piccolo imprenditore, nella configurazione codicistica, è un produttore che svolge un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia⁽¹⁶⁾.

Si è perciò sottolineato che la nozione di lavoratore autonomo, alla luce dell'accennato duplice criterio di identificazione, appare come schiacciata nell'interstizio tra imprenditorialità e subordinazione. Prendendo a prestito un linguaggio da scolaretti delle elementari, per dare icastica rappresentazione alla

⁽¹⁵⁾ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Opera (contratto di)*, cit., 983 e 985; F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, II, 1961, 1072; L. RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro V, *Del Lavoro*, Bologna-Roma, 1963, 151; C. LEGA, *Il diritto del lavoro ed il lavoro autonomo*, in *RDL*, 1950, I, 115. Circa la formulazione definitoria adoperata nell'art. 2222, che viene ripresa, ma rovesciata, dall'art. 2094 c.c., al fine di fissare la distinzione tra i due tipi legali, si veda E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., 128.

⁽¹⁶⁾ Sulla distinzione tra lavoratore autonomo e piccolo imprenditore, rinviamo alle pagine successive per ulteriori riferimenti bibliografici in tema, cfr. G. GIACOBBE, D. GIACOBBE, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera. Artt. 2222-2228 c.c.*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1966, 6; G. SANTORO PASSARELLI, voce *Lavoro autonomo. 1) Diritto del lavoro*, in *EGT*, Roma, 1990, 25 ss. Ma per l'inadeguatezza del criterio del prevalente lavoro proprio e dei familiari nella piccola impresa, si veda C. BACCARANI, *Alcune valutazioni sul valore segnaletico del concetto di impresa minore in una prospettiva organizzativa*, in *Risparmio*, 1987, 25.

difficoltà di sbizzare la figura, secondo una propria, coerente e forte evidenza, si è detto che il lavoro autonomo è quello che confina a nord con l'impresa e a sud con il lavoro subordinato⁽¹⁷⁾.

Lavoro subordinato la cui disciplina – alla luce di un fondamentale insegnamento – trova la ragione più profonda e unificante della propria giuridica regolamentazione nell'implicazione della persona del lavoratore nel lavoro prestato ad altri⁽¹⁸⁾.

L'ordinamento serba una considerazione nettamente differente a seconda delle modalità di svolgimento di attività lavorativa nell'altrui interesse. Disciplina protettiva, intensa e rigorosa, viene riservata, per mezzo di norme inderogabili, a coloro che sono legati da vincolo di dipendenza nello svolgimento dell'attività. Al contrario, all'attività lavorativa espletata al di fuori dell'assoggettamento ai poteri direttivo e disciplinare della controparte, in quanto libera da simile condizionamento, l'ordinamento non dedica un parallelo riguardo. L'attività lavorativa è qui lasciata al principio dell'autonomia delle parti, non compressa da norme inderogabili di tutela del genere di quelle applicate al lavoro subordinato.

Il legislatore non assume, in questo caso, una prospettiva propriamente personalistica. Né a sostenere il contrario può bastare la richiamata circostanza per cui l'articolo 2222 c.c. indichi che si dia fattispecie di lavoro autonomo quando “una persona” sia obbligata al compimento della prestazione “con lavoro prevalentemente proprio”. L'impiego dell'espressione non trova corrispondenza in contenuti normativi tali da confermare, nel codice, un deciso intento di tutela personalistica, concentrandosi invece la normativa, nel regolare il lavoro autonomo, sul merito dell'obbligazione contrattuale.

Nel libro V del codice civile, innegabilmente, si deve riscontrare la mancanza di una compiuta definizione e soprattutto di una peculiare regolazione (e di conseguenti tutele) della figura del lavoratore autonomo, a differenza di ciò che è previsto per il lavoratore subordinato *ex* articolo 2094 c.c.

Quella che si ricava dagli articoli raggruppati al capo I del titolo III del libro V si dimostra poi, in contrasto con l'intitolazione, una previsione più generica che generale. Tali norme, infatti, lasciano agevolmente scorgere il loro limite di portata in quanto non comprendono il sottotipo, sicuramente di non secondaria importanza sul piano sociale, avente ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale (di cui al capo II).

La conclusione trattane è che quelle di cui al capo I, titolo III, del libro V sono norme residuali e sussidiarie⁽¹⁹⁾. L'archetipo normativo è applicabile in quanto il rapporto non abbia disciplina particolare nel libro IV. Insomma, viene sottolineato che tali norme, senza pervenire a una significativa ricomposizione sistematica, a una esauriente sintesi unitaria, dettano una disciplina positiva del contratto

⁽¹⁷⁾ O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 82.

⁽¹⁸⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 17. Si veda anche M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *ADL*, 1999, 309 ss.

⁽¹⁹⁾ Così U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 35; G. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 2; P. ICHINO, *Autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990, 66 ss.; A. PERULLI, *Locatio operis e lavoro “sans phrase” nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *AA.VV.*, *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, cit., 78.

d'opera scarna, che, da un lato, non toglie la rilevanza primaria delle richiamate normative particolari contenute nel libro IV; e che, dall'altro, non appare ispirata a quel finalismo in chiave protettiva nel quale va riconosciuto il carattere costitutivo delle norme giuslavoristiche ⁽²⁰⁾.

La collocazione del lavoro autonomo nel libro V, dunque, finisce per rivelarsi il frutto – come si è affermato – di un'operazione ideologica ed estetica, ispirata all'*esprit de géométrie*, “entro la cornice delle superiori armonie dell'ordine corporativo” ⁽²¹⁾, piuttosto che il genuino portato della sottostante realtà economico sociale; o la risposta ai problemi scaturenti da tale realtà.

L'osservazione pungente sostanzialmente coglie nel segno. La leggerezza dell'impianto normativo riservato dall'ordinamento al lavoro autonomo sembra doverlo condannare a una costitutiva gracilità.

Tuttavia occorre mettere ben a fuoco il quadro storico nel quale la scelta sistematica in esame venne compiuta e quello ad esso successivo. In una prospettiva nella quale, indipendentemente dal versante ideologico prescelto ove collocarsi, finiva per essere condivisa la credenza nella profezia dell'assorbimento delle (ipotizzate come residue) sacche di lavoro autonomo nell'area, percepita in inesorabile espansione, del lavoro subordinato, la fragilità dell'impianto giuridico di una figura tendenzialmente destinata a tale riassorbimento, in effetti, poteva non destare soverchio disagio.

La realtà, però, ha deviato dal corso che era stato pronosticato, e il mutamento sollecita il giurista a riflettere sull'opportunità, così venuta in più chiara luce, di assicurare consistenza a una figura che esce dalle trasformazioni sociali confermata, quanto alla radicazione e alla versatilità di configurazioni, in contrasto con la pochezza del suo statuto giuridico. E gli spunti normativi, pur se frammentari, che ciò nonostante si registrano, confortano il proposito e dall'interprete vanno utilizzati al limite delle loro potenzialità, al fine di accreditare una figura giuridica meno vaga e con uno statuto più corrispondente alla confermata vitalità.

Del resto, è stato autorevolmente profilato un *iter* simmetrico a quello che ha derivato dalla definizione di imprenditore la nozione dell'impresa: dalla specifica, ancorché scarna, previsione codicistica del lavoro autonomo, dovrà ricavarsi, interpretativamente, la definizione di lavoratore autonomo ⁽²²⁾. Definizione peraltro, secondo quanto è stato in precedenza sottolineato, strettamente compenetrata con il relativo statuto protettivo.

Il compito dell'interprete risulta, dunque, quello di imboccare il sentiero indicato dal dato normativo che consacra la distinta presenza, nel sistema, di una figura la cui centralità resiste a disattenzione e sottovalutazione del legislatore e degli in-

⁽²⁰⁾ A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., 76.

⁽²¹⁾ Così A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 5, che richiama, per la sottolineatura dell'impostazione ideologica del codice civile inteso a disciplinare nella stessa sede e ad assoggettare al controllo dello Stato totalitario tutte le figure di produttori, R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1990, 203 ss. Si veda pure, per l'analoga indicazione della ragione decisiva alla base della previsione della figura generale di imprenditore *ex art.* 2082 c.c. e della stessa unificazione dei codici civile e di commercio, sotto l'impulso della pretesa di superare le distinzioni di “classe” e di valutare unitariamente la posizione dei partecipanti alla produzione economica nazionale, concepiti tutti come produttori-imprenditori, C. ANGELICI, *op. cit.*, 29; e E. GLIOZZI, *L'imprenditore commerciale*, Il Mulino, Bologna, 1998.

⁽²²⁾ G. OPPO, *Diritto dell'impresa. Scritti giuridici*, Cedam, Padova, 1992, 282.

terpreti; e reclama che la scheletrica rappresentazione, nondimeno lasciata scorgere dalla previsione normativa, sia arricchita e corroborata dalla ricostruzione di un proporzionato corredo di disciplina, anche in chiave di politica del diritto.

5. L'esposta riflessione intorno all'opportunità di non trascurare i successivi momenti nei quali si sia presentata diversamente alla sensibilità degli osservatori la previsione in ordine alla tenuta nel tempo del lavoro non dipendente, invero, suggerisce come l'approfondimento dell'oggetto di studio si avvantaggi della collocazione in prospettiva diacronica. I rilievi che già si è avuto agio di formulare e gli spunti che si è ritenuto di cogliere circa la vigente soluzione legislativa, a ben vedere, escono rafforzati dalla controprova del vaglio storico.

Una conferma delle potenzialità, suscettibili di interessanti attuazioni, che una pur tanto sommaria regolamentazione codicistica della fattispecie nondimeno lascia intravedere attraverso la giustapposizione alla propria matrice storica, infatti, è possibile desumere dalla genesi dell'articolo 2222 c.c. ⁽²³⁾; norma che segna il risultato di una lunga evoluzione subita nel tempo dallo schema locativo, esteso ad abbracciare l'esercizio per altrui conto di qualsiasi attività umana atta alla produzione o allo scambio di beni e servizi ⁽²⁴⁾.

L'esame della genesi della norma, nel dare conto delle ragioni della predetta povertà di consistenza normativa, d'altra parte, fornisce argomenti utili alla delucidazione dell'essenziale carattere della fattispecie. E per contrasto con la figura con la quale, onde farne risaltare l'immagine, viene, per così dire, naturale mettere a confronto il lavoratore autonomo: ossia con la figura dell'imprenditore, e segnatamente del piccolo imprenditore.

Senonché, la varietà delle sembianze con le quali l'ordinamento, mettendo a fuoco isolati aspetti, assume la figura dell'imprenditore, in effetti, carica di forti dosi di incertezza il confronto, peraltro necessario quando si desideri collocare in giusta luce il lavoro autonomo e i principi regolativi ad esso appropriati.

A stare alle definizioni codicistiche, quelle riferibili all'imprenditore e all'impresa variano alla stregua, rispettivamente, degli artt. 2082 (nozione generale), 2083 (piccolo imprenditore), 2135 (imprenditore agricolo: ma vedi articolo 1, decreto legislativo n. 228 del 2001), 2195 (imprenditore commerciale: v. pure l. n. 580 del 1993); e variano le discipline collegate a tali definizioni, giacché alcune – quelle *ex* artt. 2083 e 2135 – si connotano in senso eccezzuativo, risolvendosi in deroghe alla normativa organica che mette capo allo statuto tipico dell'imprenditore. Dal complesso delle disposizioni, peraltro, sembra doversi ricavare un'unitaria realtà giuridica.

A identificare l'imprenditore è l'esercizio di attività caratterizzate dai requisiti della economicità – e non necessariamente della lucratività – della professionalità e dell'organizzazione: il più importante e significativo, quest'ultimo, e tale da richiedere un coordinamento dei fattori della produzione che risulti oggettivamente riconoscibile. La normativa riguardante l'attività di impresa muove, perciò, dal presupposto della riferibilità a una struttura di mezzi e di persone che assume un

⁽²³⁾ Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 6 ss.

⁽²⁴⁾ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Opera (contratto di)*, cit., 983.

significato oggettivo ulteriore rispetto alla persona del singolo imprenditore ⁽²⁵⁾. La questione, tuttavia, non è uniformemente risolta.

Il polimorfismo dell'impresa – al quale, pure indipendentemente dai riscontri fenomenologici, l'interprete pare condannato a rassegnarsi nel registrare la molteplicità delle angolazioni sotto cui, a effetti diversi, l'ordinamento la riguarda – non toglie peraltro che il confronto tra lavoratore autonomo e imprenditore esiga, dai termini confrontati, certezza di fattezze normativamente verificate. Allo scopo, torna vantaggioso ritornare all'origine della disciplina codicistica del lavoro autonomo.

Nei progetti di codice civile, dopo l'abbandono dello schema della *locatio operis* per l'impossibilità di scindere le energie lavorative dal soggetto che le esplica, in un primo momento, il lavoro autonomo non riceveva distinta regolazione ⁽²⁶⁾. Al contrario, era contemplata una fattispecie generale, quella dell'appalto concepito – è stato osservato – quale sorta di supercontratto, comprendente ogni attività in cui il lavoro che ne è oggetto miri a un risultato finale che una parte debba realizzare per l'altra; e supercontratto caratterizzato dal solo elemento del rischio dell'utilità del lavoro gravante sul suo autore ⁽²⁷⁾. Alla fine dell'*iter* formativo della norma, però, ha trovato luogo anche l'elemento della organizzazione a caratterizzare l'appalto *ex* articolo 1655 c.c.

Richiama l'attenzione la tardiva emersione, nel codice civile, di una fattispecie, quella del contratto d'opera, in cui, al contrario, manchi il profilo dell'organizzazione: e dunque difetti ciò che un'opinione largamente condivisa, pur se costretta a difendersi da critiche mosse alla rigidità con cui reagirebbe alle disarticolanti novità del contesto legislativo, ancora ha ragione di scorgere quale essenziale tratto imprenditoriale; e in cui il risultato dedotto in contratto si ponga in funzione esclusiva, o almeno prevalente, del lavoro di una persona e non dell'organizzazione alla stessa facente capo ⁽²⁸⁾.

Siffatta emersione ha offerto la spiegazione del motivo per cui la relativa fattispecie – caratterizzata in negativo, per assenza dell'elemento della organizzazione, in confronto alla fattispecie da cui è germinata – presenti interessanti, ancorché deboli, differenziazioni rispetto alla disciplina dell'appalto. Così l'imperizia del prestatore, nell'appalto, apre al rimedio della risoluzione di diritto, mentre, nel contratto d'opera, richiede il recesso del committente (artt. 1662 e 2224 c.c.); i termini di decadenza e prescrizione per la denuncia di difformità e vizi dell'opera, nei confronti di quelli dell'appalto, sono abbreviati (artt. 1667 e 2226 c.c.). Si tratta di diversità comprensibili in ragione del peso dell'organizzazione

⁽²⁵⁾ G. OPPO, *Realtà giuridica dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *RDC*, 1976, I, 991 ss.; C. ANGELICI, *op. cit.*, 27 ss.

⁽²⁶⁾ Il lavoro autonomo compare per la prima volta nella versione del 1941 del codice civile (*Bozze provvisorie del libro dell'impresa e del lavoro*, 1941).

⁽²⁷⁾ Cfr. A. PERULLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽²⁸⁾ In ordine alla distinzione tra contratto d'opera e contratto d'appalto, basata sulla caratteristica che nel secondo l'attività personale del debitore è applicata non direttamente alla produzione dell'*opus*, ma all'organizzazione dei mezzi all'uopo necessari, si veda F. SANTORO PASSARELLI, *op. ult. cit.*, 984, e già G. PETRACCONI, *Appalto, lavoro autonomo e lavoro subordinato*, in *Massimario di giurisprudenza corporativa*, 1942, 51 ss. Cfr. altresì; D. RUBINO, *In tema di distinzione fra appalto, contratto d'opera e vendita*, in *Giurisprudenza completa della Cassazione, sezioni civili*, 1950, II, 40; F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *Contratto d'appalto e contratto d'opera*, in *GC*, 1955, I, 558 ss.

rispetto all'attività del lavoratore. Le differenze riscontrabili nella disciplina positiva dei due contratti all'esito del loro rispettivo processo formativo, indubbiamente, sono lievi; comunque sia, invitano ad approfondire i motivi, e le conseguenze logiche, della eterogeneità di fondo alla quale esse sono riconducibili. Anzitutto la conseguenza che, nonostante l'omogeneità di matrice tecnico-giuridica, il contratto d'appalto, a ragione della diversa incidenza del menzionato elemento organizzativo, venga attratto a rientrare nei contratti d'impresa, e il contratto d'opera, invece, possa subire l'attrazione della disciplina giuslavoristica⁽²⁹⁾.

D'altro canto, l'esperienza della realtà contemporanea mostra come si vadano diffondendo rapporti di collaborazione tra imprese caratterizzati da continuità e coordinamento, il quale può attingere forme che, per intensità, richiamino l'eterodirezione (subfornitura industriale: l. n. 192 del 1998; affiliazione commerciale: legge n. 129 del 2004; direzione e coordinamento nei gruppi di società: articolo 2497 c.c., come modificato dal decreto legislativo n. 6 del 2003). Per intendere appropriatamente i conseguenti fenomeni di dipendenza economica e di disparità di poteri contrattuali, che prospettano esigenze di tutela del contraente debole pure nelle relazioni tra imprese, è dato pensare che possa riuscire suggestivo il riferimento ai paradigmi giuslavoristici. Soltanto, però, onde arricchire gli strumenti conoscitivi a disposizione dell'interprete, che invece trova ostacoli insormontabili all'eventuale proposito di trasporre i contenuti della disciplina protettiva giuslavoristica a tali situazioni, dove, appunto, difetta il requisito della prestazione lavorativa personale. Nonostante le analogie di posizioni asimmetriche delle parti, l'applicabilità del principio di tutela lavoristica urta contro il blocco della struttura organizzativa in cui resta diluita l'attività personale dell'imprenditore, ancorché versi in condizioni di disparità economica e di debolezza contrattuale. Passato e presente delle figure lavorative, nella più lata delle accezioni in cui le si vogliono accogliere, hanno da fare sempre i conti con l'elemento discriminante dell'organizzazione, che qualifica giuridicamente le diverse figure.

Tenendo conto dello stesso *iter* formativo della fattispecie del contratto d'opera è, insomma, rinvenibile, nel carattere della preminenza del lavoro della persona rispetto alla organizzazione produttiva, la ragione che – ad onta della derivazione dallo schema dell'appalto e della conclamata differenziazione rispetto a quella che abbiamo chiamato l'altra, e più importante, faccia della realtà del lavoro, ossia quella della subordinazione – porta nondimeno a sottolineare l'esigenza di un confronto tra le fisionomie e le tutele dall'ordinamento rispettivamente assegnate alle due tipologie lavorative.

In effetti, la considerazione dell'*iter* formativo della normativa codicistica concernente il lavoro autonomo, da un lato, offre elementi all'opinione che ascrive la collocazione sistematica della normativa stessa a un'astratta e sterile propensione ideologica del legislatore; però, dall'altro, tra le pieghe del complessivo quadro regolativo cui approda, racchiude spunti che possano legittimare la ricerca in direzione della sostanza giuridica dell'istituto. E di una sostanza, allo stato, certa-

⁽²⁹⁾ Cfr. A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 9. Sui contratti d'impresa, si veda V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000.

mente scarsa, ma propriamente giuslavoristica, così come mette in luce il peso decisivo della mancanza dell'organizzazione: ulteriore discriminazione, questa volta verso l'altra realtà – quella imprenditoriale – che insieme con la subordinazione, stringe la definizione codicistica di lavoro autonomo in una morsa che le ha impedito piena affermazione sullo scenario giuslavoristico.

6. Si è rilevato come la risposta all'interrogativo circa la configurazione del lavoro autonomo sia stata cercata, anzitutto, alla stregua del concetto di autonomia, osservata, *a contrario*, dal versante della subordinazione; e secondo una finalità negativa, quella dell'esclusione della normativa protettiva del lavoro dipendente, alla luce dell'articolo 2222 c.c., che ha riguardo a un soggetto il quale si obbliga a prestare il proprio lavoro “senza vincolo di subordinazione”. Questo è stato il taglio di osservazione propriamente giuslavoristico, ma se ne sono già sottolineati i limiti.

Per una esauriente ricostruzione dell'essenziale natura del soggetto in esame un utile contributo è recato dalla fissazione dell'incerto confine tra impresa e lavoro autonomo. In merito, si registrano le accennate oscillazioni della dottrina, divisa tra la loro assimilazione, dove il secondo è fagocitato dalla prima ⁽³⁰⁾, e una netta distinzione incentrata sul profilo dell'organizzazione ⁽³¹⁾, significativo in base sia al dato normativo, sia alla coscienza sociale.

È consentito così stabilire se lo svolgimento di attività qualificabile come lavoro autonomo, in aderenza alla localizzazione delle relative norme nella sistematica del codice civile, alla espressa loro intitolazione, oltreché al contenuto – in verità, non trasparente – delle norme stesse, possa essere ricondotta ad un'area giuslavoristica quanto più estesa; ovvero – tenuto conto anche, a livello sistematico, del fatto che nel libro V del codice civile non sono disciplinati soltanto istituti giuslavoristici – se l'attività sia classificabile diversamente, e precisamente tra quelle d'impresa. Con il risultato che il riconoscimento della qualifica di imprenditore, nei confronti di chi tale attività eserciti, comporti l'attribuzione del complesso delle situazioni soggettive proprie dello statuto dell'imprenditore, piuttosto che di uno statuto e di tutele di marca lavoristica ⁽³²⁾.

Come si è premesso, la soluzione della questione dipende, in realtà, dalla nozione di impresa che si ritenga accolta dall'ordinamento. Sul punto si registrano due

⁽³⁰⁾ W. BIGIAMI, *La piccola impresa*, Giuffrè, Milano, 1947, 94 ss.; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1970, 21 ss.; F. GALGANO, *Il concetto di imprenditore e di imprenditore commerciale*, in AA.VV., *L'impresa*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1978, 41 ss.; F. CAVAZZUTTI, *Le piccole imprese*, ivi, 569 ss.; C. ASSANTI, *op. cit.*, 1475. In questo senso pare propendere anche M. MOCELLA, *Impresa artigiana e diritto del lavoro*, ESI, Napoli, 2005, 33.

⁽³¹⁾ Così M. FRANCESCHELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1949, 14; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1960, vol. XI, 40; L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo. Artt. 2222-2238*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (diretto da), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, *Libro quinto. Del lavoro. Artt. 2188-2246*, 1972 (stampa 1978), 153; V. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1974; G. MINERVINI, *L'imprenditore: fattispecie e statuto*, Morano, Napoli, 1966, rist.; V. CORRENTI, *op. cit.*, 202; G. GIACOBBE, *op. cit.*, 420 ss.; V. BUONOCORE, *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 1997, 48; G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, n. 2, 448 ss.

⁽³²⁾ G. GIACOBBE, *op. cit.*, 419.

posizioni contrapposte. Una prima nega valore, ai fini dell'individuazione della nozione di impresa, al dato dell'organizzazione del lavoro altrui e dei mezzi di produzione ⁽³³⁾, in cui, invece, già l'opinione prevalsa antecedentemente alla pubblicazione del codice civile ha identificato lo specifico elemento costitutivo dell'impresa ⁽³⁴⁾. Distaccandosi dall'orientamento consolidato, la posizione richiamata ammette che il requisito dell'imprenditorialità vada riconosciuto anche all'auto organizzazione, e dunque anche all'organizzazione di se stessi e non soltanto a quella di altri lavoratori. Troverebbe così collocazione nell'area della imprenditorialità una schiera di figure che comprende, in scala decrescente, la grandissima, grande, media e piccola impresa, collettiva e individuale, gli artigiani, ma altresì i lavoratori autonomi, operanti con il supporto di modesti strumenti: vale a dire comprende ogni specie di soggetti attivi nel mercato (concepito come circuito economico totale), quale che siano le forme di esercizio della rispettiva attività ⁽³⁵⁾.

In tal guisa viene prospettata l'impostazione accolta dal legislatore del 1942 (l'indirizzo, a ben vedere, trova riscontri in impostazioni successive ispiratrici, pur dietro altro impulso ideologico, segnatamente, della politica del diritto e della giurisprudenza dell'Unione Europea), che avrebbe riunito, sotto la nozione di imprenditore, tutti i produttori, a prescindere dai modi nei quali venga organizzata in concreto l'attività: ma alla conclusione si perviene purgando programmaticamente le previsioni normative della rilevanza riconoscibile ai profili organizzativi, che pure presso queste previsioni è dato registrare.

Giova distinguere i piani. Quanto al piano della storia delle ideologie giuridiche, certamente va preso atto che sul codice civile si è esercitato l'influsso della ideologia corporativa, tendente ad imprimere il sigillo legale a un blocco sociale coeso in cui venisse realizzata la saldatura, in un'unitaria immagine di imprenditore, tra i ceti capitalistici tradizionali e i medi e piccoli produttori ⁽³⁶⁾. Tuttavia, la realizzazione normativa del progetto ha risentito degli altri e differenti influssi che hanno segnato la gestazione del codice e lo hanno infine marcato in modo non coincidente con le cennate propensioni ideologiche e con il loro obiettivo di discontinuità rispetto all'animazione liberale del legislatore di cui ci si accingeva a sostituire il prodotto.

La menzionata prima corrente dottrinale amplia il concetto di impresa al punto che nella nozione stessa verrebbero fatte rientrare anche figure minime e residuali di operatori economici, ovviamente, se autonomi. È stato fatto riferimento al portabagagli, alla guardia giurata, al barbiere e all'infermiere a domicilio, al massaggiatore, al bagnino e al *pony express* ⁽³⁷⁾. Se si volesse estendere la vista a un

⁽³³⁾ W. BIGIAMI, *op. cit.*, 94.

⁽³⁴⁾ A. ROCCO, *Principi di diritto commerciale. Parte generale*, Utet, Torino, 1928, 195 ss.; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, I commercianti*, Vallardi, Milano, 1922, I, 100 ss.; F. CARNELUTTI, *Il concetto di impresa nella legge su gli infortuni*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, II, 19 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr., ma criticamente, A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 29.

⁽³⁶⁾ F. CAVAZZUTTI, *op. cit.*, 573.

⁽³⁷⁾ Gli esiti paradossali derivanti dall'eliminazione dalla nozione di impresa – alla quale pertanto sarebbero riferibili attività svolte da uomini di fatica, con poverissima attrezzatura e misero compenso, offrendo servizi di poco conto – dell'elemento dell'organizzazione sono messi in luce da E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Giuffrè, Milano, 1962, 157; G. SANTINI, *Commercio e servizi*, Il Mulino, Bolo-

orizzonte giuslavoristico planetario, dovrebbero essere ricompresi nel novero, ad esempio, i conduttori di riscio e gli appartenenti a quella miriade di persone che nelle strade e nelle spiagge del terzo mondo offrono le più svariate e misere mercanzie, immensa retroguardia degli ambulanti extracomunitari che hanno fatto ingresso nel nostro paese. E addirittura si constata il tentativo di aggancio, sul piano del positivo trattamento destinatele da determinate disposizioni di legge, a quella di imprenditore della figura di lavoro autonomo ritenuta tradizionalmente più lontana, vale a dire del libero professionista, prescindendo dal rilievo della organizzazione a suo supporto ⁽³⁸⁾.

Diversi, e opposti, sono gli esiti ricostruttivi, se si accede o non a una nozione di impresa in cui elemento centrale della definizione è l'organizzazione di lavoro altrui (oltre che di capitali e di mezzi). Accolta una tale nozione, il lavoro autonomo si prospetta come una figura a sé stante di produttore, qualificato dal peculiare ruolo svolto, sul piano definitorio, dal carattere personale del lavoro.

Invero, la richiamata, e opposta, dilatazione della nozione di imprenditore trascura la rilevanza, positiva sul piano giuridico, dell'organizzazione ⁽³⁹⁾, evidente non soltanto nel riferimento contenuto nell'articolo 2082 c.c., ma altresì nella distinzione tra il fenomeno del lavoro e quello dell'impresa delineata dalla Costituzione. La legge fondamentale, se usa talvolta il termine lavoro in senso genericamente dilatato (articolo 1 della Costituzione), nelle disposizioni propriamente precettive ha cura di designare con precisione le due diverse categorie di fenomeni, alla prima riservando, come si conviene, il termine, appunto, di lavoro (articolo 35 della Costituzione) e alla seconda quello di iniziativa economica (articolo 41 della Costituzione) ⁽⁴⁰⁾. Prendendo in conto l'elemento della organizzazione – così come del resto, per coerenza logica, impone di fare la circostanza che, appunto in forza di misurazioni effettuate sul terreno dell'organizzazione, la piccola impresa è distinta dalla grande ⁽⁴¹⁾ – invece si supera la nozione di impresa quale mero soggetto attivo sul mercato che tendenzialmente riunirebbe, accomunandoli, ogni sorta di produttori professionali, indipendentemente dalle forme di esercizio dell'attività. L'organizzazione – del lavoro altrui, ma pure del capitale e dei mezzi di produzione – rileva per distinguere all'interno di un siffatto insieme.

A conforto della sottrazione, sulla base di dati testuali, del lavoro autonomo al menzionato spazio indistinto dove si voglia ricomprendere ogni specie di operatori economici, tutti comunque reputati esercenti attività imprenditoriale, può valere – come d'altronde è avvenuto per l'individuazione della nozione di lavoro subordinato – il rimando al modello sociale, le cui caratteristiche diano conto di

gna, 1988, 440; A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 29. Nello stesso ordine di idee si veda già C. VIVANTE, *op. cit.*, 103.

⁽³⁸⁾ G. GIACOBBE, *op. cit.*, 420. Cfr. F. FARINA, *Esercizio di professione intellettuale ed organizzazione di impresa*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Morano, Napoli, 1968, V, 2087 ss.

⁽³⁹⁾ T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, 1955, 122 e 188; M. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, 114.

⁽⁴⁰⁾ G. GIACOBBE, *op. cit.*, 423.

⁽⁴¹⁾ A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 30, che ritiene non corretto degradare l'organizzazione a pseudo requisito della nozione giuridica di impresa, salvo poi misurare proprio sul piano quantitativo dell'organizzazione la distanza che separa la piccola dalla grande impresa.

significativi profili della normativa e spieghino le ragioni della peculiare valutazione dell'ordinamento giuridico⁽⁴²⁾. A conforto, beninteso, e non in sovrapposizione, giacché non si tratta di far derivare direttamente da fenomeni sociali ed economici retrostanti conseguenze sulla qualificazione della figura che prescindano da considerazioni logico-giuridiche ricavabili da elementi positivi. Il richiamo a realtà empiriche è volto non a desumere elementi di qualificazione della fattispecie, bensì piuttosto a controllare, come in via sperimentale, la validità della ricostruzione giuridica ipotizzata.

Riportare la figura giuridica del lavoratore autonomo alla sua propria condizione effettiva, senza fare astrazione dagli elementi esterni alla struttura della fattispecie, significa valorizzare opportunamente, e convalidare usando il metro delle tipologie sociali, il requisito della personalità della prestazione, legislativamente sancito per il lavoro autonomo, e il dato dell'organizzazione, che sostanzia la nozione giuridica di impresa. I tratti fisionomici della serie di lavoratori autonomi cui si è fatto cenno palesano una realtà dove il fatto sociale del lavoro risulta irriducibile ad astrazioni formalistiche, che pervengano alla dissoluzione, a un tempo, dell'identità dei connotati imprenditoriali⁽⁴³⁾ e di quelli lavoristici.

Si vorrebbe dire che una sorta di fisiognomica giuridica, portando a dedurre dalle fattezze socio economiche delle figure la loro indole giuridica, può contribuire, pur al riparo da scivolose sociologizzanti, a sciogliere le perplessità interpretative e a corroborare i risultati incentrati su distinte previsioni formali.

D'altro canto, poco comprensibile appare lo sforzo di recuperare, una volta che si sia consegnato il lavoro autonomo al campo imprenditoriale, peculiari tutele a favore di chi lo espliciti, ma in ridotte dimensioni⁽⁴⁴⁾. La proiezione, in ambiti che non sono loro naturali, di logiche di differenziato trattamento protettivo, appartenenti alla tradizione giuslavoristica, sconta la difficoltà di coniugare la loro essenza con un contesto che rimane estraneo, per difetto di preponderante implicazione personale, e dove i soggetti agiscono alla stregua di un diverso statuto; e soprattutto sembra celare un'ingiustificata riluttanza ad accettare che l'universo lavoristico e il suo fondamentale principio protettivo non sono racchiusi nei confini della subordinazione.

Astenendosi dal moltiplicare senza necessità – ma con difficoltà – i piani sui quali postulare tutele di stampo lavoristico, basta allargare lo spazio dove esse siano, con poca lungimiranza, recintate.

Se l'ordinamento – è stato *supra* ribadito – regola il lavoro, nelle differenti forme, di subordinazione e di autonomia, nelle quali lo contempla, sempre come attività della persona coinvolta nel processo produttivo, alla varietà del coinvolgimento personale, in ragione della intensità di questo e del contesto in cui si inserisce, corrisponde diversità di tutele assicurate al soggetto: il lavoro è tutelato in tutte le forme e applicazioni (articolo 35, comma 1, della Costituzione).

⁽⁴²⁾ Si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato*, in *Scritti giuridici*, vol. II, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1996, 969 ss.; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁽⁴³⁾ T. ASCARELLI, *op. cit.*, 122; A. PERULLI, *op. ult. cit.*, 30.

⁽⁴⁴⁾ C. ASSANTI, *op. cit.*, 1477.

Non vi è motivo per disattendere il consolidato convincimento che alla varietà stessa, nondimeno, faccia riscontro tuttora l'emergere e il primeggiare della peculiare posizione di chi presta attività lavorativa subordinata, per la tipica debolezza sociale ed economica registrabile nella sua condizione, ma altresì per la profonda implicazione della sua presenza nel rapporto. Nell'ampio quadro protettivo tracciato dalla norma costituzionale, l'intervento legislativo – raccogliendo, del resto, indicazioni della medesima Costituzione che, pur rifiutando di riferirsi a un tipo di prestazione di attività lavorativa da essa rigidamente determinato, dedica nel suo articolato peculiare attenzione al lavoro subordinato – si è rivolto, come già prima delle previsioni costituzionali, in direzione di coloro che versano nella posizione di lavoro subordinato, corroborandola con tutela compensativa della loro situazione di debolezza e di forte implicazione personale.

7. Sulla scorta delle considerazioni che precedono è consentito raccogliere elementi sui quali abbozzare le linee di uno statuto del lavoro autonomo quanto più consistente e rispondente alla logica giuslavoristica.

L'esito del tentativo si pone in rapporto alla prospettiva in cui si prenda in esame l'oggetto considerato.

L'angolo di osservazione può essere quello del mercato, e allora il lavoratore autonomo non ha modo, né motivo, di risaltare rispetto agli altri operatori che nel mercato interagiscano e non postula particolare attenzione da parte dell'ordinamento, se non in ragione del complessivo ottimale funzionamento del sistema.

Del resto, non è contestabile che la considerazione del diritto possa positivamente rivolgersi a determinate situazioni e ai lavoratori loro protagonisti anche in via riflessa, ma, comprensibilmente, con non forte tensione. Gli esordi del diritto del lavoro comunitario, il cui carattere è compendiato nella nota e icastica formula della frigidità sociale, danno esempio di come sia possibile registrare normative comunque definibili giuslavoristiche la cui primaria finalità vada ricondotta al buon funzionamento del mercato (nella specie, quello comune europeo), con ricadute bensì sulle condizioni di lavoro, ma a bassa intensità di tutela⁽⁴⁵⁾.

Secondo la prospettiva del mercato, non è avvertita necessità di attribuire decisiva importanza, ai fini dell'individuazione del particolare operatore economico nel quale viene risolto il lavoratore autonomo, al requisito organizzativo della impresa. L'organizzazione è vista come mera variante delle possibili modalità di strutturazione degli operatori di mercato; e riconosciuta rilevante agli effetti, anziché dell'identificazione della fattispecie, piuttosto della definizione dello specifico ambito in cui trovi applicazione lo statuto proprio a tutti gli operatori di mercato.

Altra è la prospettiva tradizionalmente e propriamente seguita dal diritto del lavoro: quella della persona che svolge l'attività lavorativa. In forma subordinata, secondo l'orientamento rivolto a concentrare la disciplina giuslavoristica sul lavoro dipendente, nondimeno senza che siffatta particolare focalizzazione esaurisca le ragioni della prospettiva imperniata sulla figura del lavoratore, non necessariamente connessa a un rapporto contrattuale già o ancora in atto.

⁽⁴⁵⁾ Cfr G.F. MANCINI, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, in *DLRI*, 1985, 477 ss., e, in senso parzialmente difforme, M. GRANDI, *Diritto del lavoro e comunità europea*, in *RIDL*, 1995, I, 133 ss.

Dal punto di vista giuslavoristico, appunto per il suo orientamento personalistico, non si ripropone l'irrelevanza del requisito organizzativo che induca, agevolati dall'assumere la prima prospettiva, a concludere per la coincidenza del lavoratore autonomo *ex* articolo 2222 c.c. con il piccolo imprenditore di cui all'articolo 2083 c.c., se non addirittura con l'imprenditore di cui all'articolo 2082 c.c.

In siffatta prospettiva personalistica, non pare più sufficiente richiamarsi alla diversa forza dei contraenti, ancorché si riscontri come il legislatore tenda ad allargare a ulteriori soggetti tutele giuslavoristiche, costruite secondo i moduli di questa disciplina e originariamente riservate ai soggetti appartenenti all'area della subordinazione. La storica novità arrecata dalla costituzionalizzazione del diritto del lavoro va stimata sulla conseguente sovrapposizione, alla strategia di tutela compensativa – e alla figura – del contraente debole, di un più impegnativo programma di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale diretto a rimuovere le disparità radicate nella realtà (articolo 3, comma 2, della Costituzione). La vastità di simile orizzonte spinge ad ampliare l'ambito di applicazione del principio protettivo a soggetti che ne restavano esclusi per l'autonomia dell'attività lavorativa espletata. Autonomia giustamente valutata tale da connotare solo apparentemente – quando confrontata con le dipendenze multiformi e multidirezionali accennate in pagine precedenti – questa categoria di lavoratori, che lungi dal risultare suscettibile di appiattimento ad anodina componente di un indifferenziato universo di operatori economici, palesa una propria caratterizzazione sociale, segnata da subalternità⁽⁴⁶⁾.

Allorché si guardi al soggetto che lavora, alla sua collocazione nella società e nell'ordinamento giuridico, piuttosto che al contratto o al rapporto che ne scaturisca, inevitabilmente reclama attenzione una questione che – giustamente si è sottolineato – investe dalle fondamenta il modo di pensare il sistema delle libertà e dei rapporti privati.

È dunque da ritenere che giovi la trasposizione, nello studio del lavoro autonomo, di un'intersezione di prospettive già registrabile nello studio del lavoro subordinato⁽⁴⁷⁾, dove due approcci orientati secondo direzioni diverse – quello fondato sullo *status* lavorativo e l'altro indirizzato al recupero di una riequilibrata contrattualità del rapporto di lavoro – si sono raffrontati, ma si sono potuti incontrare⁽⁴⁸⁾. Analoga intersezione, in maniera indubbiamente calzante, può sperimentarsi nello studio del lavoro autonomo.

La generale configurazione dell'evoluzione giuslavoristica ora richiamata sottolinea come gli sviluppi fatti segnare dal lavoro autonomo evocino una nuova tappa del cammino che riconduce dal contratto agli *status*.

Senza timore che venga riecheggiata una sostanza storica anacronistica – bastando allo scopo porre in evidenza che si fa riferimento non a uno *status* necessario ma, seguendo quanto già si è affermato nel corso della elaborazione della posi-

⁽⁴⁶⁾ P. RESCIGNO, *Introduzione* al vol. XV, tomo I, del *Trattato di diritto privato* da lui diretto, cit., XII.

⁽⁴⁷⁾ Per la dottrina che fa derivare la subordinazione da una condizione di *status* del lavoratore, si veda U. PROSPERETTI, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Giuffrè, Milano, 1958. L'utilità di riferirsi allo *status*, ai fini della esatta determinazione della fisionomia di quella particolare categoria di lavoratori autonomi costituita dai liberi professionisti, viene sottolineata, agevolato dalla positiva previsione di una tale posizione, da A. VALLEBONA, *Liberi professionisti e uomo libero*, cit., 605.

⁽⁴⁸⁾ P. RESCIGNO, *op. loc. ult. cit.*

zione del lavoratore subordinato, a uno *status* accidentale perché comunque risultato di scelte liberamente compiute – proporre oggi la ricostruzione della condizione giuridica del lavoratore autonomo in termini di *status* professionale significa consentire di collocarlo in un quadro più ampio e consistente rispetto alle situazioni derivanti dalle relazioni costituite nell'esercizio dell'autonomia individuale. Situazioni – come è stato lumeggiato – regolate in maniera poco soddisfacente per il giuslavorista, al punto da invogliarlo a disinteressarsene.

La immagine dello *status* professionale vuole indicare la premessa e le ragioni di un intervento regolativo, e protettivo, che trascenda la disciplina di obbligazioni e posizioni contrattuali, verso le quali il legislatore è stato precipuamente attratto, e sia imperniato sulla posizione assunta dal soggetto nel sistema sociale, idonea a giustificare una coerente considerazione dell'ordinamento nei suoi confronti.

In questo senso, lo *status* – o, se si preferisce l'espressione, la posizione soggettiva, volendosi con l'uso di questa espressione evitare l'equivoco terminologico rispetto a situazioni caratterizzate da attinenza vincolata – si traduce in una condizione personale di appartenenza, in virtù di previsioni normative riflesso di fattori sociali, comunque volontaria, ad un aggregato sociale variamente articolato, ma omogeneamente marcato dal coinvolgimento personale nella prestazione lavorativa non meno intenso di quello che denota il lavoro subordinato. Pur se per aspetti differenti da quanto è stato lumeggiato con riguardo a quest'ultimo, anche il lavoratore autonomo è suscettibile di essere riguardato dall'ordinamento quale soggetto situato, vale a dire calato in una tipica condizione sociale che giustifica peculiare attenzione da parte della disciplina che lo concerne. E pertanto la condizione può valere da presupposto di un complesso di prerogative che il lavoratore merita gli siano riconosciute in virtù di tale impronta, affinché sia affrancato dalle dipendenze che, pur se in forme diverse da quelle dei lavoratori subordinati e parasubordinati, comunque lo limitano nei confronti di realtà economiche sociali e istituzionali.

Si tratta di prerogative, e di doveri, riferibili a norme alle quali, in forza dell'opzione metodologica proposta, è consentito di superare la sporadicità e la dissociazione da cui, quando vigenti, le norme stesse sono caratterizzate. Ed è consentito loro di comporsi in aggregato coerente, prendendo, allo scopo, le misure sulle esigenze di libertà dignità e sicurezza di questa figura soggettiva di lavoratore. La coerenza del complesso normativo prospettabile adottando un simile criterio soggettivo implica che alla costruzione del complesso medesimo si proceda dinamicamente, per successive interventi, tasselli di un mosaico normativo destinato a riempire il profilo di una figura che anticipatamente si staglia con l'evidenza raggiunta grazie alla richiamata scelta metodologica.

La scelta vale a ricondurre organicamente all'interno di una fattispecie così prospettata effetti protettivi, realizzati o ancora da realizzare, la cui inerenza alla figura del lavoratore autonomo, altrimenti, fatica ad affermarsi. Né perciò possono profilarsi perplessità, in ordine alla sfasatura tra fattispecie ed effetti stessi, del genere di quelle che si è ritenuto di ravvisare, per il lavoro dipendente, a seguito dell'accoglimento della tesi che collega alla determinazione negoziale il criterio di applicazione – la subordinazione – degli effetti protettivi, mentre tale criterio

si rivelerebbe logicamente anteriore alla manifestazione dell'autonomia contrattuale⁽⁴⁹⁾. Anzi, il ragionamento va in senso opposto.

La costruzione giuridica qui proposta per il lavoro autonomo, al contrario, non sovraccarica l'elemento negoziale indipendentemente dalla situazione economica sociale di riferimento, denotata dalla implicazione della persona del lavoratore autonomo, alla quale è riconducibile l'efficienza produttiva di effetti normativi in chiave protettiva, dall'ordinamento approntati o da esso plausibilmente sollecitabili.

8. Il complesso normativo che, in conformità con l'opzione metodologica nel senso della prospettazione di uno *status* professionale di lavoratore autonomo sensibile alle esigenze di libertà dignità e sicurezza del soggetto, è dato tentare di comporre in aggregato coerente risulta orientabile in una pluralità di direzioni.

La varietà delle dipendenze cui è assoggettata questa figura dà conto della necessità che alla costruzione dell'aggregato normativo, per sua completezza, si proceda anche su terreni inconsueti al diritto del lavoro. Tuttavia, alla luce degli stessi riscontri positivi che si ricavano dall'esperienza della significativa area di lavoro autonomo denotata dalla parasubordinazione, capitolo essenziale e punto di partenza resta quello della tutela previdenziale.

Il legame del lavoro autonomo con il sistema giuslavoristico, del resto, storicamente è stato assicurato appunto sul piano previdenziale. Sennonché, come è antico il nesso, così evidenti appaiono le incongruenze della normativa alla quale esso ha messo capo, suscitando critiche di diversa fonte.

Il lavoro autonomo – dato che l'implicazione della persona che lo connota non ha, per sua intrinseca natura, maniera di ribaltare, almeno nella tradizionale forma di esplicazione dell'attività avulsa da continuativo coordinamento con la committenza, su una controparte l'esposizione a bisogni sociali – deve interamente trovare per essi protezione in ambito extracontrattuale. I lavoratori autonomi, per la liberazione dei bisogni sociali, devono rivolgersi unicamente verso il sistema pubblico di protezione, tranne le esperienze imperniate su istituzioni a base prettamente professionale avviate da categorie di lavoratori autonomi economicamente più forti, o che tali abbiano reputato di essere.

In via generale, il punto debole del sistema di previdenza sociale degli autonomi si dimostra quello per cui a bassa contribuzione corrispondono basse prestazioni. Il correttivo è ricavabile dall'applicazione di logiche solidaristiche tali da sganciare la misura delle prestazioni stesse da valutazioni strettamente contabili.

Il principio protettivo del lavoro in tutte le forme e applicazione *ex* articolo 35, comma 1, della Costituzione e il diritto riconosciuto dall'articolo 38, comma 1, della Costituzione a tutti i cittadini di valersi di tutele sociali atte a garantire i necessari mezzi di vita, in una prospettiva che trascenda l'ambito della solidarietà professionale e compenetri previdenza e sicurezza sociale, legittimano che coloro i quali nell'area del lavoro autonomo, alla sola stregua di tale ordine di valutazioni, non siano in grado di attingere livelli di prestazioni adeguate rispetto a detta garanzia, ciò nonostante, godano di misure integrative analoghe a quelle disposte

⁽⁴⁹⁾ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, *passim*.

per il lavoro subordinato. Tanto al di fuori di ingiustificate polemiche che vi scorgano accondiscendenze dei pubblici poteri a strati sociali parassitari: una volta verificato l'adempimento degli obblighi contributivi, nello *status* professionale non meno che in quello di cittadinanza è il titolo per fruire di dignitosa copertura previdenziale. E così può dirsi pienamente soddisfatto il diritto dei lavoratori, anche di quelli autonomi, a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita nelle ipotesi contemplate dall'articolo 38, comma 2, della Costituzione.

È stato recentemente ricordato come l'aggregazione – consentita dall'adozione della prospettiva dello *status* professionale – intorno a una figura soggettivamente identificata di un complesso di norme che in sé possano presentare eterogeneità, consentendone una sistemazione improntata a coerenza, dovrebbe dare luogo, quale naturale corollario, all'agevolazione della osmosi tra l'area del lavoro subordinato e quella del lavoro autonomo ⁽⁵⁰⁾.

In un tempo nel quale la stabilità degli assetti di lavoro cede alla loro temporaneità, e quindi frequenti risultano i passaggi dall'una all'altra delle due aree, all'esigenza che essi si risolvano non in esodi avventurosi, bensì in transiti accompagnati da opportune misure su itinerari tutelati, invero, è dato rispondere anche impostando il problema in termini di *status* professionale. Incentrando l'attenzione sul soggetto protagonista del passaggio, la segmentazione delle discipline previdenziali e la conseguente incomunicabilità tra i risultati protettivi che ne possano derivare, aggravando il peso di tale mobilità, perde di ragionevolezza a vantaggio di una *ratio* di integrazione insita nell'idea di *status*.

Nella sintesi della condizione professionale del lavoratore autonomo, rilevante per l'ordinamento giuridico, espressa da tale idea si possono inserire altri interventi normativi, già disposti o prospettabili in chiave di politica del diritto, onde è atteso affrancamento da dipendenze di carattere istituzionale.

Il lavoratore autonomo, per l'esercizio della sua attività, entra continuamente in contatto con le autorità pubbliche, dalle quali ha bisogno di ottenere concessioni e autorizzazioni oppure riceve prescrizioni e controlli. La serie di questi contatti è ampia e varia, ma tutti, ancorché con diversa intensità, incidono o sulla facoltà di esercitare il diritto al lavoro ovvero sul proficuo svolgimento della prestazione lavorativa, impacciato da oneri burocratici talora irragionevoli e mortificanti. Oneri che distolgono dallo stesso svolgimento, che per questo soggetto è prettamente personale e non può contare sul supporto dell'organizzazione proprio dell'impresa. Cosicché, facendo leva sul peculiare *status* professionale del lavoratore autonomo e sulla sua connotazione protettiva, si giustificano differenze, rispetto a quanto previsto per l'impresa, di normative e prassi amministrative.

Il riferimento vale, in particolare, per la disciplina tributaria e l'amministrazione finanziaria, nei cui riguardi è da chiedersi quale rilevanza dimostri, accanto al principio costituzionale per cui tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva (articolo 53, comma 1, della Costituzione), l'altro principio, qui ripetutamente richiamato a fondamento dello *status* di lavoratore autonomo, di protezione di tutte le tipologie lavorative.

⁽⁵⁰⁾ P. SANDULLI, *Intervento* nella giornata di studio dedicata al ricordo di U. Prosperetti, tenutasi il 30 aprile 2006 in Roma, presso la facoltà di giurisprudenza della LUISS.

Altro risvolto della peculiarità di protezione a livello di poteri pubblici attiene alla sfera giurisdizionale, dove, in direzione del lavoro non subordinato ma prevalentemente personale continuativo e coordinato, si sono manifestate le prime estensioni della normativa in precedenza riservata al lavoro subordinato (articolo 409, n. 3, c.p.c.). Atteso che a tutti i lavoratori autonomi, ai sensi dell'articolo 442 c.p.c., trovano applicazione le speciali disposizioni concernenti le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, si pone il problema, in prospettiva di politica legislativa, di una mirata estensione della disciplina processuale dei rapporti di lavoro di cui al citato articolo 409 c.p.c., peraltro complessivamente insuscettibile di applicazione oltre i limiti della parasubordinazione. L'estensione potrebbe riguardare la gratuità del processo; l'eventuale devoluzione al giudice del lavoro recherebbe il vantaggio della sensibilità alla materia lavoristica da lui acquisita nella trattazione delle controversie ex articolo 409 c.p.c., ma dovrebbe fare i conti con l'ardua riducibilità del rito del lavoro a controversie di lavoro autonomo il cui sostrato sostanziale può lasciare scorgere una posizione di debolezza social tipica dal lato del lavoratore, ma non anche necessariamente una sua posizione di inferiorità nei riguardi della controparte processuale.

Le dipendenze che reclamano affrancamento non sono circoscritte all'ambito della pubblica amministrazione. Per il lavoro autonomo, di non minore incidenza appaiono quelle registrabili sul terreno economico, segnatamente verso il sistema creditizio, nei cui confronti il lavoratore autonomo, appunto per la connotata mancanza di un proprio corredo di capitale, versa in situazione svantaggiata rispetto all'imprenditore. Selettive agevolazioni nell'accesso al sistema rientrano nel processo di aggregazione normativa caratteristico dello *status* esaminato.

Per finire, è da sottolineare che le prerogative aggregabili nello *status* medesimo possono trovare opportuna realizzazione anche in virtù dell'azione di sindacati che modulino le loro funzioni sulla specificità della posizione e degli interessi della categoria rappresentata: vale a dire di sindacati che svolgano segnatamente il ruolo di interlocutori dei pubblici poteri o di enti privati da cui dipendano, a livello socio economico, i loro rappresentati. Non mancano esperienze del genere come ad esempio, in campo tributario, quella degli studi di settore, ma il terreno è aperto a ulteriori sviluppi.

L'implicazione della persona nel lavoro autonomo – Riassunto. *L'A., constatata la centralità nella sistematica lavoristica della subordinazione, rileva la marginalità della fattispecie lavoro autonomo, anche nell'elaborazione scientifica e dottrinale. Per contro, istanze di adeguamento alla mutata realtà sociale inducono a valorizzare l'insegnamento di autorevole dottrina che aveva già sottolineato come l'elemento della persona del lavoratore assuma rilevanza in quanto tale, anche in fattispecie diverse dalla subordinazione, e ad operare, coerentemente, una rivisitazione della fattispecie lavoro autonomo anche in funzione di una maggiore consapevolezza sulla verifica non ideologicamente condizionata in merito alla opportunità che il diritto del lavoro si occupi a pieno titolo della fattispecie. L'elemento della personalità della prestazione appare qualificante nel momento in cui costituisce già nella sistematica codicista – dall'A. puntualmente ripercorsa e contestualizzata – l'elemento distintivo del lavoro autonomo rispetto alle nozioni di imprenditore, impresa e appalto, richiamate dall'A. in chiave dialettica e considerate per il tramite dei differenti orientamenti ricostruttivi ad esse relativi. Così riscoperto l'elemento della personalità, l'A. lo identifica come fondamento per la individuazione di uno status del lavoratore autonomo da intendersi*

nell'accezione aggiornata di premessa e sintesi delle ragioni di un intervento regolativo e protettivo che trascende la disciplina delle obbligazioni e posizioni contrattuali, si impernia sulla posizione assunta dal soggetto considerato nel sistema sociale, risulta quindi idoneo a giustificare una coerente considerazione dell'ordinamento nei confronti di tale soggetto considerato. Tale status si può dunque basare, nel caso in esame, oltre che sulla valorizzazione della personalità come elemento discrezionale fondamentale, sulla prospettiva del mercato, posto che in un tempo nel quale la stabilità degli assetti di lavoro cede alla loro temporaneità, i passaggi dall'area del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo non devono tradursi in esiti avventurosi, ma in transiti accompagnati da opportune misure su itinerari tutelati. A fronte di tali premesse, l'A. conclude la propria riflessione traendo alcune specifiche indicazioni in merito alle prerogative aggregabili allo status professionale di lavoratore autonomo.

The role of the individual in self-employment (Article in Italian) – Summary. *This paper takes as its starting point the fact that in the labour law system, salaried employment still plays a central role, while self-employment has a marginal position, also in the discussion by legal scholars. However, bearing in mind the need to bring the legal framework up to date in line with changing social conditions, it is argued that greater attention should be paid to the authoritative legal scholars who have underlined the importance of the individual worker as such, even in forms of employment other than self-employment. This means reconsidering the role of self-employment, based on an awareness of the need for labour law to take a close interest in self-employment, without ideological prejudices. The individual or personal nature of the work performed appears to be particularly significant, when it is taken to be the distinctive characteristic of self-employment in the provisions of the civil code, that the author examines and contextualises. In this way the role of self-employment can be clearly distinguished from that of entrepreneurs or contractors, which the author considers in a contrastive manner, while noting the different interpretations that have been applied to these functions. On the basis of this definition of the personal or individual nature of self-employment, the author considers an updated version of the status of self-employed workers. This gives rise to the need for regulatory provisions offering some form of protection, over and above regulation in terms of contractual obligations and roles, based on a position in which the individual is considered as part of a social system, with adequate provisions laid down under labour law. This definition of self-employment can be based not only on the promotion of the personal dimension of work as the fundamental distinctive feature, but also on a market perspective. This means taking account of the fact that in an age in which stable employment is declining while fixed-term contracts are increasing, the transition from salaried employment to self-employment should not be dominated by risk, but needs to be accompanied by adequate support measures. The author concludes the discussion by providing a summary of the measures that could be implemented in support of self-employed workers.*

La controversa riforma del lavoro autonomo nell'ordinamento giuridico spagnolo

María José Rodríguez Ramos

Sommario: **1.** La regolamentazione giuridica del lavoro autonomo fino alla legge 11 luglio 2007, n. 20, che disciplina lo Statuto del lavoratore autonomo: considerazioni preliminari. – **1.2.** La difficile definizione dei confini tra il lavoro autonomo ed il lavoro subordinato: la distinzione tradizionale. – **2.** Breve accenno all'evoluzione della normativa spagnola sul lavoro autonomo fino allo Statuto del lavoratore autonomo. – **2.1.** La tutela costituzionale del lavoro autonomo *versus* il lavoro subordinato. – **2.2.** La tutela giuridica del lavoro autonomo nell'ordinamento spagnolo. – **3.** La regolamentazione del lavoro autonomo secondo la legge 11 luglio 2007, n. 20: prime considerazioni. – **4.** La controversa natura del *Código del Estatuto del Trabajador Autónomo*: la eterogeneità delle tipologie e dei regimi giuridici: codice del lavoro autonomo o "miscuglio" di tipologie e regimi giuridici? – **4.1.** Ambito di applicazione dello Statuto del lavoratore autonomo. – **4.2.** Particolari considerazioni sulla disciplina della prevenzione dei rischi sul lavoro. – **5.** Il problema della distinzione tra lavoratore autonomo, lavoratore subordinato e lavoratore autonomo economicamente dipendente: un confine instabile. – **5.1.** Il concetto di TRADE. – **5.1.1.** In particolare: l'elemento della dipendenza economica *versus* la dipendenza giuridica. – **5.1.2.** La necessaria sussistenza dei requisiti legali per ottenere la condizione di TRADE. – **5.2.** Gli effetti della regolamentazione del TRADE da parte dello Statuto del lavoratore autonomo: tutela effettiva o esclusione dalla tutela del diritto del lavoro? – **5.3.** Lo specifico regime giuridico applicabile ai TRADE: alcune precisazioni. – **6.** Consensi e critiche allo Statuto del lavoratore autonomo.

1. Il diritto del lavoro è nato come diritto a tutela del lavoro stipendiato, liberamente prestato, per conto altrui ed in forma subordinata o dipendente. Lo schema tradizionale su cui si è fondata questa disciplina, nei termini di cui al Rapporto Supiot, è stato quello del «lavoro stipendiato a tempo pieno, disciplinato da un contratto di lavoro non temporaneo e prestato essenzialmente da uomini adulti» che si iscrive nel modello fordista ⁽¹⁾, «con un alto grado di subordinazione e controllo disciplinare da parte del datore di lavoro e con un alto livello di stabilità, di garanzie di previdenza sociale e di tutele per il lavoratore». Diversamente, almeno inizialmente, il lavoro autonomo era caratterizzato dal fatto di essere un lavoro prestato da personale altamente qualificato, che spesso si

* María José Rodríguez Ramos è professore ordinario di Diritto del lavoro e della previdenza sociale presso l'Università di Siviglia (Spagna). Traduzione dallo spagnolo a cura di Rosa Rubino.

⁽¹⁾ Per il quale «l'impresa è considerata come una collettività riunita intorno ad una medesima attività economica e diretta da un unico datore di lavoro di vari lavoratori aventi differenti specializzazioni». *Transformation of Labour and the Future of Labour Law in Europe*, Final report, giugno 1998, c.d. Rapporto Supiot.

andava a sovrapporre con la figura dell'imprenditore, svolgendo le proprie prestazioni in autonomia e, ciò nonostante, protetto dall'ordinamento giuslavorista. Contrariamente a ciò, i lavoratori subordinati svolgevano il loro lavoro in forma gerarchicamente dipendente dall'imprenditore, collocandosi come parte debole del rapporto contrattuale e, pertanto, degna di protezione giuridica.

Tuttavia, questa impostazione è mutata a seguito dei cambiamenti della organizzazione produttiva, che hanno comportato modifiche nell'organizzazione del lavoro nell'ambito di un sistema globalizzato, nonché l'inserimento della donna nel mercato del lavoro; tutto ciò ha comportato «l'aumento del livello dell'autonomia professionale» ⁽²⁾ e modifiche nei confini del diritto del lavoro; ne sono esempio la *laborización* dell'*Estatuto de los funcionarios públicos* ⁽³⁾ o l'estensione del sistema delle tutele ad alcuni settori del lavoro autonomo.

È da tempo che la dottrina parla della crisi del diritto del lavoro, nel senso di un suo necessario cambiamento e di una maggiore e migliore adattabilità della sua estensione; il dibattito su tale crisi è incentrato sulla crisi stessa del criterio della dipendenza giuridica, che serve come riferimento di base per delimitare quali siano i rapporti giuridici rientranti nella sua sfera soggettiva di applicazione. Tale criterio è stato valido per molto tempo «poiché la maggior parte dei rapporti erano o chiaramente collocabili nel suo ambito di applicazione o ne restavano chiaramente esclusi, senza che potesse esistere alcuna variabile che richiedesse una interpretazione qualificatoria» ⁽⁴⁾. I notevoli cambiamenti del mercato del lavoro, però, hanno portato all'emersione di nuovi criteri, come quello della dipendenza economica, considerato che oggi esistono rapporti di lavoro "puri", cioè qualificabili come di tipo autonomo oppure di tipo subordinato, altri che si possono realizzare sia in regime di subordinazione sia in regime autonomo, a seconda della scelta effettuata dalle parti, e, persino, rapporti di lavoro parzialmente subordinati.

La questione è dunque se il diritto del lavoro possa configurarsi come l'ordinamento giuridico idoneo per la disciplina e regolamentazione delle prestazioni lavorative caratterizzate da una posizione di debolezza giuridica o economica del soggetto che le effettua. È in gioco l'applicazione di un sistema giuridico più protettivo, il diritto del lavoro, a tutti i livelli (di tutela sociale, collettiva, individuale nonché processuale). In questo contesto, il dibattito europeo sul lavoro autonomo, in generale, e su quello economicamente dipendente, in particolare, ha fatto traballare i pilastri del diritto del lavoro.

1.2. Il lavoro autonomo è stato concepito socialmente in contrapposizione alle forme di lavoro subordinato o dipendente. Ciò ha comportato, tradizionalmente, la sua esclusione dall'ambito delle tutele del diritto del lavoro.

⁽²⁾ Rapporto Supiot, cit.

⁽³⁾ *Ndt*: letteralmente, la "laborizzazione" dello Statuto dei dipendenti pubblici, con cui si indica il processo di graduale estensione del diritto del lavoro al pubblico impiego, che in Spagna è ancora prevalentemente disciplinato dal diritto amministrativo. Cfr. M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Comares, Granada, 1997. Vedi anche la l. n. 7/2007, del 12 aprile, *Estatuto básico del Empleado Público*.

⁽⁴⁾ A. GOLDIN, *Las fronteras de la dependencia*, in *Relaciones Laborales*, 1988, I.

Ad ogni modo, non si è trattato di una esclusione assoluta, considerato che i lavoratori autonomi sono stati inclusi nel sistema spagnolo di previdenza sociale, attraverso l'iscrizione a diversi *Regimi Speciali* – dei lavoratori autonomi, del settore agrario e dei lavoratori marittimi – sebbene con un diverso grado di tutela rispetto ai lavoratori subordinati. Allo stesso modo, sono stati inclusi nell'alveo delle tutele volte alla prevenzione dei rischi sul luogo di lavoro, essendo considerati soggetti destinatari della tutela dei diritti alla salute e alla sicurezza, sebbene non integralmente, anche in quei casi in cui essi hanno lavoratori alle proprie dipendenze, e si presentano quindi come veri e propri soggetti obbligati alla sicurezza, tenuti all'assolvimento di quegli oneri, in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro, stabiliti dalla normativa specifica per i datori di lavoro.

Occorre anche ricordare che questi soggetti sono titolari del diritto alla libertà sindacale, essendo stati inclusi nell'ambito di tutela della *Ley Orgánica de Libertad Sindical* del 1985: i lavoratori autonomi che non hanno altri lavoratori alle proprie dipendenze possono associarsi ad un sindacato già esistente, sebbene non possano costituirne uno proprio.

Detta tradizionale esclusione, sebbene parziale, dall'alveo della tutela del diritto del lavoro è dovuta, oltre che per altre ragioni, al fatto che il legislatore spagnolo non ha valutato l'evoluzione della figura del lavoratore autonomo negli ultimi tempi; né, tantomeno, ha disciplinato in maniera unitaria la categoria "lavoratore autonomo", passo necessario per delineare i contorni di un concetto così eterogeneo.

In questo senso, analizzando la situazione precedente all'entrata in vigore dello Statuto del lavoratore autonomo (*Estatuto del trabajador autónomo* – ETRA d'ora in avanti), è stata per prima disciplinata l'ipotesi dei lavoratori autonomi con dipendenti, quindi quella più vicina alla figura dell'imprenditore o datore di lavoro, dimenticando che in Spagna la maggior parte dei lavoratori autonomi non ha dipendenti o ne ha due o anche meno di due. Basti citare, a tal proposito, il parere del *Consejo Económico y Social* sul progetto di legge dell'ETRA, il quale ha sottolineato che 1.755.703 lavoratori autonomi non hanno dipendenti e che dei rimanenti (457.933) circa 330.000 ne hanno uno o due. In altri termini, il 94% degli autonomi che esercitano un'attività professionale o economica, non denominati come "impresa", non ha dipendenti o ne ha uno o due.

Ciò nonostante, questa importante distinzione relativa all'applicabilità dell'uno o dell'altro regime giuridico, legata all'attività svolta dal lavoratore autonomo nel mercato del lavoro, è stata considerata dal legislatore – fino all'emanazione dell'ETRA – solo in materia di diritti sindacali e, con l'emanazione di esso, in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro.

Per questi motivi, sarebbe stato opportuno, prima di tracciare le basi di uno Statuto del lavoratore autonomo, aver considerato almeno due aspetti di fondamentale importanza:

– in primo luogo, che non è possibile una disciplina unitaria del lavoro autonomo se non si differenziano le ipotesi in cui ci sono dipendenti da quella in cui non ci sono;

– in secondo luogo, che sarebbe stato preferibile considerare le modalità in cui costoro agiscono nel mercato; in alcuni casi, infatti, "falsi autonomi" sono in realtà dei veri e propri lavoratori subordinati, mentre in altri casi sono autonomi

che effettuano le loro prestazioni in forma esclusiva per un unico committente e dipendono economicamente da esso – se vi dipendessero anche giuridicamente allora ci troveremmo dinanzi ad un falso autonomo.

Partendo da questa situazione dovremmo giungere ad una prima conclusione: il diritto del lavoro e della previdenza sociale non può rimanere ai margini di questa realtà, non già per quel che riguarda i falsi autonomi, veri lavoratori subordinati, che formalmente appaiono come autonomi e che invece devono rientrare pienamente nell'ambito delle tutele della normativa, bensì con riferimento ai lavoratori autonomi senza dipendenti, in particolar modo quando essi economicamente dipendano da un solo committente, ovvero quando non godono di una posizione di parità giuridica, propria del lavoro autonomo, bensì sono gerarchicamente soggetti al committente. In questi casi occorre fare ricorso a quei meccanismi di controllo *inter partes* in misura maggiore rispetto a quelli utilizzati da soggetti collocabili in posizione paritaria.

Siamo di fronte ad un problema di delimitazione dei confini del diritto del lavoro, non facilmente tracciabili. Alla soluzione di questo problema contribuiranno il lavoro dei Tribunali e la prassi quotidiana, che fisseranno indici o elementi atti a stabilire se ci troviamo di fronte ad un lavoratore autonomo o ad uno subordinato. Tale questione è di vitale importanza, tenuto conto che il regime giuridico applicabile presenta differenze significative tra le due diverse situazioni. Il problema è che «la tecnica dei “gruppi di indici” utilizzabile per dare delle risposte ai cosiddetti “casi grigi” [...] è positiva se la si utilizza in forma solo marginale (per risolvere situazioni che in forma eccezionale si discostano dal modello ordinario) o, in altri termini, che è tanto è più efficace quanto meno la si utilizza»⁽⁵⁾.

È chiaro che è irrilevante la denominazione attribuita dalle parti, dato che potremmo trovarci dinanzi ad un rapporto giuridico di prestazione di servizi in forma autonoma che occulta un vero e proprio contratto di lavoro, o prestazione di lavoro dipendente. Si tratterebbe di una simulazione relativa che attiene alla natura giuridica del negozio giuridico, dovuta a varie cause, prima fra tutte l'elusione del diritto del lavoro da parte dell'imprenditore. Potrebbe verificarsi, anche se raramente, il caso contrario: un rapporto giuridico subordinato, con un contratto di lavoro, anche se consistente in un rapporto di lavoro autonomo, che potrebbe derivare dalla volontà di accantonamento delle quote per la previdenza sociale, al fine di percepire le prestazioni sociali secondo il *Regime Ordinario*, ovvero quello dei lavoratori autonomi. La tutela fornita dalla previdenza sociale per questi ultimi, infatti, non solo è più ampia – ovvero comprende più prestazioni – ma è anche quantitativamente più cospicua.

Non si tratta di una questione nuova: il dibattito sulla distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato è classico nel nostro sistema e non è ancora stato risolto. In questo contesto, i Tribunali spagnoli si sono pronunciati, dalla promulgazione dello Statuto dei lavoratori del 1980 (*Estatuto de los Trabajadores* – ET), stabilendo quando esiste subordinazione o dipendenza giuridica, in base all'esistenza di una serie di indici, quali: l'esclusività della

⁽⁵⁾ A. GOLDIN, *op. cit.*

prestazione dei servizi, l'esistenza del termine o il rispetto di un orario, l'esistenza della retribuzione – dato che se non esiste non c'è un rapporto di lavoro –, la possibilità per il lavoratore di rifiutare o meno i lavori o le prestazioni dei servizi a sua discrezione, l'esistenza di un'assistenza sociale o il compimento di altri requisiti formali. Ad ogni modo, nessuno di essi può essere sufficiente per ritenere che esista la subordinazione. Di modo che, se si lavora sotto il potere direttivo di un imprenditore ma non si percepisce una retribuzione, non esiste un rapporto di lavoro.

La subordinazione è stata intesa come inserimento del lavoratore nell'impresa e soggezione del lavoratore al potere direttivo dell'imprenditore. Già da qualche anno, però, viene interpretata in maniera più flessibile «non come subordinazione rigorosa e assoluta del lavoratore al suo *dominus*, ma si ritiene che sia sufficiente l'esistenza di alcuni elementi, senza pretendere la necessaria soggezione ad una durata lavorativa predeterminata, all'orario fisso o all'esclusività» ⁽⁶⁾. Questa flessibilità del criterio si è diffusa anche in altri paesi dell'Unione Europea attraverso il lavoro dei Tribunali, come dichiara il Rapporto Supiot precisando che deve desumersi «non solamente dalla sottomissione agli ordini relativamente alla stretta esecuzione del lavoro, bensì dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione collettiva del lavoro e dall'esecuzione del proprio lavoro per un altro [...]». Il Rapporto riconosce però che «questo criterio sta divenendo sempre più complesso», sottolineando le incertezze dei confini del lavoro dipendente ⁽⁷⁾.

Ad ogni modo, sebbene sia stato e continui ad essere un criterio discutibile, resta quello decisivo per differenziare il contratto di lavoro da altre figure simili; dovrà poi valutarsi caso per caso, in base all'esistenza di tali indici, quando esista un contratto di lavoro e conseguentemente un lavoratore subordinato e quando invece ci si trovi di fronte ad altre figure giuridiche (contratto d'opera o di servizi) e, pertanto, dinanzi a soggetti che effettuino prestazioni in forma autonoma e indipendente, senza sottomissione al potere direttivo di un imprenditore.

Di fatto, «essere inseriti nell'organizzazione ed essere sottomessi al potere direttivo» di un imprenditore sono la caratteristica fondamentale per tracciare i confini tra le due specie di lavoro; solo quando si tratta di «prestazione di lavoro subordinato, per conto altrui, volontaria e retribuita» potremo dire che si tratti di un lavoratore ai sensi dell'articolo 1.1 dell'ET.

2. La regolamentazione giuridica del lavoro autonomo nell'ordinamento giuridico spagnolo, fino alla promulgazione della legge n. 20 dell'11 luglio 2007

⁽⁶⁾ Lo studio su *Il lavoro economicamente dipendente (lavoro parasubordinato)* della Commissione per l'Occupazione e gli Affari Sociali del Parlamento Europeo, elaborato dal prof. Adalberto Perulli (ottobre 2002), precisa che la subordinazione sta ad indicare che il lavoratore si trova soggetto alla volontà del datore di lavoro per quanto riguarda la direzione o gestione del lavoro, qualcosa che costituisce una prerogativa del datore di lavoro a: a) dare istruzioni al lavoratore circa il modo, il luogo e il tempo in cui si realizza il lavoro; b) sanzionare eventuali inadempimenti del contratto; c) controllare il lavoratore durante l'orario di lavoro.

⁽⁷⁾ Rapporto Supiot, cit.

(⁸) è stata parziale e frammentaria ed era contenuta in diverse fonti, di lavoro, civili, commerciali, il che ha reso ancor più difficile la distinzione lavoro autonomo-lavoro dipendente, dalla quale dipendono importanti effetti giuridici circa l'applicazione del regime giuridico più protettivo per i lavoratori dipendenti.

Ritengo interessante una breve esposizione circa l'evoluzione della disciplina giuridica del lavoro autonomo, partendo dalla Costituzione spagnola del 1978 (in seguito CE).

2.1. La CE disciplina in vari articoli il tema del lavoro: l'articolo 38 CE riguarda la libertà di impresa nell'ambito di un'economia di mercato; l'articolo 35 CE riconosce il dovere di lavorare ed il diritto al lavoro, alla libera scelta della professione o mestiere, alla progressione di carriera, alla remunerazione sufficiente a soddisfare i bisogni propri e della famiglia; l'articolo 40 CE è relativo alla tutela della sicurezza e igiene sul lavoro; l'articolo 41 CE assicura l'esistenza di un regime pubblico della Previdenza Sociale per tutti i cittadini, che garantisca assistenza e prestazioni sociali sufficienti laddove necessari.

Sebbene, in linea di massima, sembrerebbe che tali principi siano applicabili solo al lavoro dipendente e per conto altrui, in realtà non esiste alcun impedimento giuridico all'applicazione al lavoro autonomo, così come stabilisce la stessa *Exposición de Motivos* dell'ETRA. In realtà ciò avviene in materia di Previdenza Sociale (articolo 41 CE), di sicurezza e igiene sul lavoro (articolo 40 CE), di libertà di impresa (articolo 38 CE) ed anche dello stesso diritto al lavoro (articolo 35 CE) o del diritto alla libertà sindacale (articolo 28.1 CE).

Ad ogni modo, questi principi costituzionali relativi al lavoro, sebbene siano applicabili al lavoro autonomo, non lo sono in egual misura per i lavoratori autonomi e per quelli subordinati; ne è esempio la diversa tutela in materia di Previdenza Sociale, essendo prevista una diversa tipologia di azioni per la tutela, a seconda dei casi che, tra l'altro, non è stata ritenuta anticostituzionale – in quanto discriminatoria – dal *Tribunal Constitucional*.

A ciò dobbiamo aggiungere che esistono altri precetti costituzionali sul lavoro subordinato non applicabili al lavoro autonomo: l'articolo 37 CE che disciplina il diritto alla contrattazione collettiva o l'articolo 28.2 CE, sul diritto di sciopero la cui titolarità ed il cui esercizio sono più restrittivi di quelli sulla libertà sindacale e non si riferiscono ai lavoratori autonomi.

Non ha alcun rilievo, al riguardo, che i lavoratori autonomi si vedano riconosciuta una tutela costituzionale relativamente ai diritti fondamentali ed alle libertà pubbliche, ovvero ai cosiddetti diritti fondamentali, applicabili a tutti i cittadini, indipendentemente dal fatto che siano o meno lavoratori dipendenti. Tale riconoscimento deriva proprio dal testo costituzionale, senza che la nuova previsione dell'ETRA apporti modifiche, riconoscendo semplicemente che essi sono titolari dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche. Noi ci riferiamo al diritto all'uguaglianza e alla mancanza di discriminazioni, al rispetto dell'intimità

(⁸) L'*Estatuto del Trabajador Autónomo* (ETRA), in *Boletín Oficial de España*, 12 luglio 2007.

e della dignità, ad una protezione speciale nei casi di molestie, sessuali o non, all'integrità fisica e alla effettiva tutela giudiziale.

La stessa affermazione può essere fatta per i diritti fondamentali specificamente previsti per i lavoratori subordinati e che devono applicarsi ad ogni forma di lavoro, non solo a quello dipendente o per conto altrui. Così il diritto alla formazione e alla progressione di carriera, a percepire puntualmente la controprestazione pattuita per la prestazione professionale, alla possibilità di conciliare lavoro e famiglia, nonché il diritto alla assistenza e alle prestazioni sociali sufficienti in caso di bisogno.

2.2. Nella normativa ordinaria, i lavoratori autonomi sono stati esclusi dall'ambito di applicazione dell'ET, disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti e che effettuano le proprie prestazioni per conto altrui, per uno o più imprenditori; l'articolo 1.1 dell'ET, infatti, che individua la tipologia di lavoratore a cui esso si applica, contrappone il lavoratore dipendente al lavoratore autonomo.

L'ordinamento giuridico spagnolo non prevede una definizione di lavoratore autonomo, bensì lo individua contrapponendolo a quello subordinato; questa scelta è stata confermata anche dall'articolo 1 dell'ETRA che definisce la propria sfera di applicazione: «alle persone fisiche che in forma abituale, personale e diretta effettuano per conto altrui e non sotto la direzione e l'organizzazione di altre persone, un'attività economica o professionale, a scopo di lucro, occupando o meno lavoratori per conto altrui».

Ciò nonostante, la legislazione ordinaria prevede altre norme che si riferiscono al lavoro autonomo: quelle sulla prevenzione dei rischi sul lavoro, sulla Previdenza Sociale e sulla libertà sindacale. In particolar modo possiamo citare la legge n. 32 del 18 ottobre 2006, sul subappalto nel settore edilizio, o il regio decreto n. 1627/1997 del 24 ottobre, che prevede disposizioni minime di sicurezza e salute nell'edilizia, e che considera lavoratori autonomi «tutte le persone fisiche diverse dall'appaltatore o subappaltatore, che realizzano in forma personale e diretta un'attività professionale senza essere soggetti ad alcun contratto di lavoro, e che assume contrattualmente dinanzi al promotore, all'appaltatore o al subappaltatore l'impegno a realizzare determinati impianti o parti dell'opera».

Ci troviamo dinanzi alle cosiddette *zone grigie* del diritto del lavoro, per cui si parla di “falsi autonomi” con riferimento a quei lavoratori dipendenti privi dei diritti che la normativa lavorista in realtà riconosce loro, essendo formalmente inquadrati come lavoratori autonomi (per cui iscritti al *Régimen Especial de Seguridad Social* dei lavoratori autonomi, aventi *licencia fiscal* ⁽⁹⁾, un'assicurazione per la responsabilità civile).

Questa realtà dei fatti ha reso necessario prevedere e prevenire alcune ipotesi fraudolente, che si sono verificate nei casi di conversione dei lavoratori per conto altrui in lavoratori autonomi, a volte anche in subappaltatori. Di fronte a questa situazione, i Tribunali spagnoli hanno dovuto fare un grande lavoro di interpretazione per distinguere i lavoratori autonomi da coloro che esercitano la

⁽⁹⁾ *Ndt*: letteralmente licenza fiscale; è una sorta di partita IVA prevista dalla legislazione italiana.

propria attività in autonomia ma che sostanzialmente sono autentici lavoratori dipendenti.

La questione lavoro autonomo-lavoro dipendente si è protratta dalla promulgazione dell'ET del 1980 fino ai giorni nostri. Ne è esempio l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'ET di alcuni gruppi di lavoratori autonomi, per motivi di politica legislativa, tra cui i trasportatori con mezzo proprio e licenza amministrativa effettuata dalla riforma del diritto del lavoro del 1994.

La situazione è stata controversa essenzialmente perché non sono stati rari i casi di lavoratori che figuravano formalmente come autonomi (secondo i dati di iscrizione al *Régimen Especial de seguridad social* o alla *licencia fiscal*) ma che agivano nel mercato come veri lavoratori dipendenti. Ciò ha comportato una importante conflittualità giudiziaria per cui il lavoro dei Tribunali in Spagna è stato arduo e produttivo ed individuato un'ampia casistica per determinare quando ci si trova dinanzi ad un lavoratore autonomo e quando, invece, ad un subordinato. Spesso il problema consisteva nella distinzione tra contratto di lavoro ed altre forme contrattuali che, in varie occasioni, occultavano un vero contratto di lavoro (come l'appalto di servizi, i contratti amministrativi, i contratti commerciali).

La tradizionale esclusione dei lavoratori autonomi dall'ambito di applicazione dell'ET coesiste con la loro inclusione nel sistema della previdenza sociale, sebbene con una tutela differenziata in funzione dell'inquadramento in uno o nell'altro *Régimen Especial de Seguridad Social* (dei lavoratori autonomi, dei marittimi, dei lavoratori agricoli). Ad ogni modo, da alcuni anni i lavoratori autonomi rivendicano una tutela sociale più ampia, paragonabile a quella dei lavoratori per conto altrui. Di fatto qualche intervento in materia di Previdenza Sociale, settore in cui si riscontrano cambiamenti qualitativamente e quantitativamente più rilevanti per questa categoria di persone, si è avuto, ma le misure introdotte sono state insufficienti e non si è giunti ad una riforma omnicomprensiva.

La stessa tendenza si è verificata in materia di salute e sicurezza sul lavoro dopo la legge n. 31 del 31 novembre 1995, sulla prevenzione dei rischi sul lavoro e sulla successiva normativa integrativa. Tale normativa ha previsto l'inclusione, sebbene parziale, dei lavoratori autonomi relativamente alla tutela della loro salute o sicurezza. In particolare si è fatto riferimento al coordinamento di quelle attività preventive laddove nello stesso luogo di lavoro siano collocati lavoratori dipendenti da due o più imprenditori o vari lavoratori autonomi.

Diversamente, in materia di diritti collettivi, l'esclusione dei lavoratori autonomi dall'ambito di applicazione dell'ETRA significa che essi non hanno diritto a scegliere i loro rappresentanti nell'impresa o unità produttiva – *delegados de personal y comités de empresa* ⁽¹⁰⁾ – diritto stabilito dal Titolo II dell'ET. Ad ogni modo dopo la *Ley Orgánica de Libertad Sindical* del 1985, sebbene siano stata negati, in termini generali, diritti come la libertà sindacale o il diritto di

⁽¹⁰⁾ *Ndr*: si tratta delle “rappresentanze unitarie” previste dall'ET. La differenza tra (letteralmente) i “delegati del personale” ed il “gruppo di impresa” dipende dal numero dei lavoratori presenti nell'unità produttiva. I primi sono presenti laddove ci siano meno di 50 dipendenti, i secondi laddove i dipendenti superino i 50.

sciopero, mancando la controparte datoriale, si è arrivati al riconoscimento, per i lavoratori autonomi non aventi alle proprie dipendenze altri lavoratori, del diritto a iscriversi a sindacati già costituiti, senza però poterne costituire di propri.

In questi ultimi anni è stato modificato il regime giuridico applicabile ai lavoratori autonomi, in cerca di una maggiore tutela, soprattutto ai piccoli autonomi senza dipendenti. Si è trattato di modifiche parziali di scarso peso che non hanno considerato il fenomeno in forma unitaria. È avvenuto in materia fiscale (imposte sulle attività economiche) tutela del lavoro, Previdenza Sociale e pari opportunità tra uomo e donna. Ne è un esempio la *Ley Orgánica* n. 1 del 28 dicembre 2004, *de medidas de Protección integral contra la Violencia de Género*, applicabile ai lavoratori per conto altrui vittime delle discriminazioni di genere.

Ciò dimostra un senso di “abbandono”, si potrebbe dire di scarsa attenzione, da parte del legislatore nei confronti dei lavoratori autonomi, riconosciuto nella *Exposición de Motivos* dell’ETRA. Di fronte a questa situazione l’ETRA si presenta come un testo unico che disciplina tutti gli autonomi, senza differenziare le varie tipologie giuridiche comprese nella specie “lavoro autonomo”. Vi sono state risposte nella legislazione speciale (ad esempio per gli agenti commerciali, trasportatori, amministratori o soci lavoratori delle società commerciali).

Il panorama normativo che abbiamo tracciato deriva dalla necessità di tutela dei lavoratori autonomi, anche a seguito del loro aumento qualitativo e quantitativo, verificatosi sia in Spagna che negli altri paesi vicini. In realtà il concetto di lavoratore autonomo cambia da un paese all’altro. Cambia anche il peso dell’agricoltura nell’ambito dell’economia di ciascun paese industrializzato. Ad ogni modo, questi aspetti, oltre alla differente tipologia di orario di lavoro prestato dal lavoratore autonomo e da quello subordinato (più di sei ore di differenza o anche più in settori quali quello alberghiero o edile), l’incremento della partecipazione della forza lavoro, tendenzialmente incanalato verso il lavoro dipendente ⁽¹¹⁾, stanno portando, assieme ad altri elementi, ad una diminuzione del numero di lavoratori autonomi.

In conclusione, possiamo dire che la regolamentazione del lavoro autonomo è stata, almeno fino all’emanazione dell’ETRA, frammentaria e molto lontana dalla normativa protezionista del diritto del lavoro attuata nei confronti dei lavoratori subordinati, anche a causa di una scarsa tutela sociale, che non si addice ad uno Stato sociale e democratico come la Spagna.

3. Di fronte a questo scenario, che dimostra una scarsa attenzione nei confronti del lavoro autonomo, il legislatore spagnolo ha deciso di seguire le orme già segnate dall’Unione Europea e di promulgare la legge n. 20/2007, l’ETRA. Così, utilizzando le parole del Rapporto Supiot ⁽¹²⁾, «le nuove forme di potere, i nuovi equilibri tra l’autonomia del lavoro e la tutela socio-legale, nonché le prestazioni

⁽¹¹⁾ AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Informe sobre Proyecto de un Estatuto para el Trabajo Autónomo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, 25-27 e 54.

⁽¹²⁾ Rapporto Supiot, cit.

all'interno del rapporto di lavoro possono essere visti in maniera molto diversa e possono trovare risposte giuridiche altrettanto diverse».

Si tratta di una norma che non ha precedenti nell'ordinamento giuridico spagnolo né negli altri paesi dell'Unione Europea, costituendo, con le parole del *Exposición de Motivos* «il primo esempio di regolamentazione sistematica ed unitaria del lavoro autonomo nell'Unione Europea» e questo è ovviamente il suo principale merito.

D'altro canto la normativa comunitaria ha avuto modo, sebbene in forma frammentaria e relativamente a questioni specifiche, di regolamentare alcuni aspetti del lavoro autonomo. Ci riferiamo alla direttiva n. 86/613/CEE del Consiglio, dell'11 dicembre 1986, sull'applicazione del principio di uguaglianza tra uomini e donne che esercitano attività autonome, incluse quelle agricole, così come alla tutela della maternità, o alla raccomandazione del Consiglio del 18 febbraio 2003, relativa alla maggiore tutela in tema di salute e sicurezza nel lavoro autonomo.

Nella *Exposición de motivos* dello Statuto si indicano i motivi che hanno portato alla sua approvazione:

- la diffusione della normativa sul lavoro autonomo nell'ordinamento giuridico, non solo lavorista, ma commerciale e civile;
- i cambiamenti, nel corso del tempo, della figura del lavoratore autonomo, dal punto di vista sia qualitativo che quantitativo, dovuto alle nuove tecnologie, alle nuove forme di organizzazione del lavoro e all'aumento dell'imprenditoria. Con le parole del Rapporto Supiot⁽¹³⁾ «lo sviluppo del lavoro indipendente risponde a due logiche diverse: la prima è la svalorizzazione del lavoro autonomo, dovuta all'espulsione dal diritto del lavoro dei lavoratori meno qualificati, laddove la individuazione del lavoratore indipendente è legata a ipotesi fraudolente per sfuggire alle tutele giuslavoriste. La seconda, al contrario, è la valorizzazione del lavoro autonomo, in quanto il ricorso a tale forma stimola la capacità innovativa e di adattamento dei lavoratori realmente autonomi e altamente qualificati»;
- infine «l'importanza del lavoro autonomo per la crescita economica, per il suo contributo all'impiego e alla coesione sociale», che si ripercuote sulla «produzione giuridica e sulla realtà sociale».

Tenuto conto di queste premesse, l'ETRA ha come obiettivi: creare una omogeneità della fattispecie, sviluppare una tutela sociale del lavoro autonomo come previsto dal *Pacto de Toledo*, rafforzare la tutela della salute e sicurezza sul lavoro, promuovere l'*autoimpiego*. Inoltre, considerata la situazione di debolezza in cui versano gli autonomi senza dipendenti o con uno o due dipendenti, la cui sopravvivenza dipende da uno o due committenti, si è arrivati ad introdurre una regolamentazione più protettiva attraverso la creazione della figura del *trabajador autónomo económicamente dependiente* (lavoratore autonomo economicamente dipendente)⁽¹⁴⁾.

4. Questo Statuto nasce con la vocazione di codice, disciplinando, come stabilito dalla *Exposición de motivos*, in maniera sistematica ed unitaria il lavoro

⁽¹³⁾ Vedi ancora il Rapporto Supiot, cit.

⁽¹⁴⁾ Ndt: per brevità espositiva d'ora innanzi TRADE.

autonomo, cosa mai avvenuta nel resto dell'Unione Europea. La legge ne conferma dunque il carattere sistematico, precisando che in precedenza non vi erano stati che interventi sporadici, sia nel settore fiscale che nella previdenza sociale e del lavoro, mentre con questa normativa si intende regolamentare in maniera unitaria l'intero settore del lavoro autonomo.

Ciò nonostante, e questo porta alle discussioni sulla natura del *Código del Trabajo Autónomo*, sono ancora vigenti altre norme e quindi *resta immutata la disciplina giuridica preesistente in queste materie* sempre relative al lavoro autonomo. Ad esempio, in materia di previdenza sociale, la *Ley General de la Seguridad Social* o il decreto n. 2530/1970 del 20 agosto, che disciplina il Regime Speciale dei Lavoratori per conto proprio o autonomi; e ancora in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro il regio decreto n. 1627/1997 del 24 ottobre, che fissa misure minime sulla salute e sicurezza in edilizia o la legge n. 32 del 18 ottobre 2006, sul subappalto in edilizia. Altri esempi sono costituiti, in materia di discriminazioni di genere riferita ai lavoratori per proprio conto, dall'articolo 25.1 della *Ley Orgánica* n. 1 del 28 dicembre 2004 sulle misure di protezione contro la violenza di genere. Altri esempi sono costituiti dalla normativa civile o commerciale su ipotesi particolari riguardanti il lavoro autonomo. Lo stesso dicasi anche per la *Ley Orgánica* n. 3/2007 del 22 marzo sulla parità effettiva tra uomo e donna, che avrebbe potuto essere facilmente inserita, per quel che si riferisce al lavoro autonomo, nell'ETRA così come ha fatto il legislatore per altre norme (ad esempio l'*Estatuto del Empleado público* ha recepito la legge sulla parità uomo-donna).

Questo aspetto si riflette nell'articolo 3 dell'ETRA, relativo alle fonti del «regime professionale del lavoro autonomo», il quale tra le fonti suddette annovera la legislazione ordinaria – civile, commerciale o amministrativa – nonché la legislazione speciale, sempre se non contrastante con la prima. Sono altresì richiamati gli accordi stabiliti tra lavoratore autonomo e committente per lo svolgimento dell'attività professionale, nonché gli usi e costumi locali e professionali.

Tutto ciò rende evidente che, anche dopo l'emanazione dell'ETRA, è tuttora vigente una cospicua normativa e ciò porta a discutere sulla natura del *Código del Trabajo Autónomo*. La sua “vocazione” di Codice, inoltre, si incrina nuovamente allorché esso esclude dal suo ambito di applicazione un settore in cui il lavoro autonomo ha un'importanza cruciale: il settore agrario, che continua ad essere regolamentato da una disciplina specifica. Ciò significa che, da un lato, l'ETRA non ricomprende in sé tutte le tipologie di lavoro autonomo, che restano disciplinate da altre norme tuttora vigenti; dall'altro, che il suo campo di applicazione non riguarda tutti coloro che svolgono un'attività in forma autonoma e non subordinata; infine che esso cerca di disciplinare una figura intermedia, un *tertium genus*, il lavoratore autonomo economicamente dipendente, collocabile in un terreno sconosciuto, non comune a nessuna delle due forme “pure”, rispettivamente del lavoro autonomo e di quello dipendente.

La legge parte dal presupposto che siano intervenuti cambiamenti quantitativi – aumento del numero dei lavoratori autonomi soprattutto nel settore servizi – e qualitativi – la comparsa di attività legate alla diffusione delle nuove tecnologie di informazione e comunicazione e delle nuove forme di organizzazione del

lavoro – cosicché si arriva a parlare, come in tutti i paesi europei, di «lavoro autonomo di seconda generazione». Il lavoro autonomo, in realtà, «non cresce, ma cambia»⁽¹⁵⁾ e sono questi cambiamenti a giustificare la mutevolezza dei confini del diritto del lavoro, fino al punto che la dottrina lavorista ha anche affermato che forse potremmo trovarci dinanzi ad una crisi della disciplina.

Per questi motivi, pensiamo che l'idea di unificare la disciplina del lavoro autonomo in un unico codice sia davvero ardua, sia per la diversità degli interessi in gioco, sia per le possibilità di applicazione della normativa lavorista e della Previdenza Sociale a tutte le prestazioni di lavoro autonomo, essendo ancora esistente una notevole eterogeneità sociale proprio sulla figura del “lavoro autonomo”, cosa che il legislatore avrebbe dovuto affrontare in maniera più chiara in questa riforma.

In conclusione, *la sua configurazione di codice è più fittizia che reale*; manca il carattere di onnicomprensività della normativa, sebbene il legislatore lo abbia definito come regolamentazione di tutte le tipologie di lavoro autonomo e come Codice del lavoro autonomo. Il legislatore avrebbe dovuto essere più incisivo nel trattare in forma diretta i temi che effettivamente interessano i lavoratori autonomi e che questa normativa non ha risolto o, in alcuni casi, addirittura trattato (ad esempio sul trattamento di disoccupazione).

4.1. L'ETRA si applica «alle persone fisiche che svolgono in forma abituale, personale, diretta, per proprio conto e non sotto la direzione ed organizzazione di altre persone, un'attività economica o professionale a fine di lucro, occupando o meno lavoratori per conto altrui». Si applica altresì a coloro che svolgono attività in forma abituale per i familiari; è stata quindi utilizzata una interpretazione restrittiva di “familiare”, quella tradizionalmente intesa nel diritto del lavoro, ai sensi dell'articolo 1.3 dell'ET, che non considera lavoratori coloro che effettuano lavori familiari.

Questo concetto si avvicina molto a quello utilizzato nel decreto n. 2530/1970 che disciplina il *Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores Autónomos* (quelli che svolgono in forma abituale, personale e diretta una attività economica a scopo di lucro, senza soggezione ad alcun contratto di lavoro anche utilizzando il lavoro retribuito di altre persone, articolo 2.1). Ad ogni modo si tratta di un diverso concetto di lavoratore autonomo, senza voler dire con ciò che quello contenuto nell'ETRA ne sostituisca altri più restrittivi, contenuti in norme preesistenti (sulla previdenza sociale, sulla prevenzione dei rischi sul luogo di lavoro)⁽¹⁶⁾.

I tratti caratterizzanti il lavoro autonomo sono in contrapposizione con quelli qualificanti i rapporti di lavoro e, conseguentemente, il rapporto di lavoro subordinato, delimitando indirettamente il campo di applicazione soggettivo dell'ETRA. Sebbene l'articolo 1.2 dell'ETRA stabilisca espressamente i soggetti a cui si applica, la clausola finale della norma rivela che non si tratta di un

⁽¹⁵⁾ A. ACCORNERO, B. ANASTASIA, *Realtà e prospettive del lavoro autonomo: un po' di attenzione, please*, in *DLRI*, 2006, 4, 753.

⁽¹⁶⁾ Così come viene espressamente riconosciuto in AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., 91-92.

numerus clausus, riferendosi lo Statuto a tutti coloro che abbiano i requisiti previsti nell'articolo 1.1 dello stesso ETRA, ancora una volta ribadendo che l'aspetto qualificante è lo svolgimento della prestazione non in forma subordinata e non sotto la direzione e l'organizzazione di un'altra persona denominata "datore di lavoro" o "imprenditore".

D'altro canto vengono effettuate espressamente alcune esclusioni come «i titolari di stabilimenti o locali commerciali e industriali, di locali aperti al pubblico o di studi professionali che esercitano la loro attività congiuntamente ad altri, in forma societaria o in qualsiasi altra ammessa dalla legge».

4.2. L'ETRA disciplina aspetti specifici in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro dei lavoratori autonomi, sia con riferimento alla Pubblica Amministrazione sia con riferimento alle obbligazioni ed ai diritti di questi relativamente alla salute e sicurezza.

Tra i suoi obiettivi vi è quello di promuovere una cultura preventiva nell'ambito del settore autonomo, mediante un'azione di informazione sulla normativa sulla prevenzione, attraverso la sensibilizzazione e la presa di coscienza di introdurre una cultura preventiva, programmi formativi sulla prevenzione, assistenza tecnica, vigilanza e controllo dell'osservanza da parte dei lavoratori autonomi della normativa di prevenzione dei rischi sul lavoro, nonché attraverso sostegni economici.

Il secondo aspetto, relativo alla prevenzione dei rischi sul lavoro per i lavoratori autonomi, è connesso al coordinamento delle attività in materia preventiva. Si tratta di una regolamentazione che non introduce alcuna novità rispetto a quanto previsto nella *Ley de prevención de riesgos laborales* (LPRL). In conclusione non possiamo che criticare l'atteggiamento del legislatore che non ha introdotto nell'ETRA alcun riferimento a tale questione.

Relativamente alla prevenzione dei rischi sul lavoro, l'ETRA opera una differenziazione tra lavoratori autonomi che hanno lavoratori alle proprie dipendenze e quelli che non ne hanno. In questo secondo caso, l'ordinamento dovrebbe assicurare una tutela più efficace, trattandosi di una tipologia più vicina a quella del lavoratore dipendente, stabilendo i doveri di cooperazione e informazione che dovranno essere rispettati quando in un medesimo luogo di lavoro svolgono la propria attività lavoratori autonomi e lavoratori dipendenti di una o più imprese. Doveri, questi, a cui si aggiunge quello di controllo del rispetto della normativa antinfortunistica delle imprese che contrattino la realizzazione di opere o servizi propri con lavoratori autonomi.

Da una prima lettura potrebbe apparire come novità la previsione di una responsabilità delle imprese che non ottemperino a tali obbligazioni, essendo previsto un risarcimento per danni e pregiudizi derivanti dal loro inadempimento. Tale responsabilità ed il conseguente obbligo risarcitorio, però, erano già previsti dall'articolo 1101 e ss. del *Código Civil* relativamente alla responsabilità contrattuale e dall'articolo 1902 e ss. per quella extracontrattuale. L'unica novità, pertanto, è rappresentata dalla previsione di una norma contenuta nell'ETRA e non meramente civilistica. Ad ogni modo, costituisce una innovazione il fatto che questa responsabilità ed il conseguente obbligo risarcitorio, non dipenda dal fatto

che il lavoratore autonomo abbia o meno accettato l'attività per contingenze professionali.

L'ETRA ha anche previsto il diritto del lavoratore autonomo, nonché per quello autonomo economicamente dipendente, a interrompere la propria attività e ad abbandonare il luogo di lavoro laddove ritenga che tale attività rappresenti un rischio grave ed imminente per la sua salute o per la sua vita. Tale diritto deve essere interpretato nel senso previsto dalla LPRL, ricordando comunque che il concetto di pericolo grave e imminente è giuridicamente indeterminato, così come per i lavoratori dipendenti.

Con riferimento alla normativa antinfortunistica vi sono altre questioni aperte: ci si chiede se il lavoratore autonomo debba sottoporsi ai controlli medici. L'articolo 22 LPRL stabilisce il dovere per il datore di lavoro di vigilare sulla salute dei propri lavoratori in relazione al tipo di lavoro svolto. Niente di tutto ciò, invece, è previsto per gli autonomi, se non nel caso in cui essi abbiano lavoratori alle proprie dipendenze.

La dodicesima disposizione aggiuntiva dell'ETRA stabilisce la partecipazione dei lavoratori autonomi ai programmi di formazione ed informazione sulla prevenzione dei rischi sul lavoro, con il fine di ridurre il numero dei sinistri ed evitare la comparsa di malattie professionali in ciascun settore, anche mediante la partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori autonomi e delle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Ad ogni modo, non si è tenuto conto delle direttive impartite dal Consiglio Economico e Sociale nella sua relazione al progetto di legge dell'ETRA, con cui si segnalò la necessità di dare precisazioni sull'utilizzo, da parte dei lavoratori autonomi, di macchinari, attrezzature, prodotti, materie o strumenti forniti dall'impresa, cosa che si dovrebbe verificare in circostanze particolari o occasionali.

Concludendo, possiamo dire che non vi è alcuna innovazione circa la materia antinfortunistica, rilevando, piuttosto, una mera trascrizione della normativa preesistente.

5. La questione della differenza tra lavoro autonomo-lavoro subordinato è tipica di tutti gli ordinamenti giuslavoristi dei paesi vicini ed è stata una questione ricorrente nel diritto del lavoro in Spagna, sebbene sia stata utile per delimitarne i confini. L'essere lavoratore subordinato che presta lavoro sotto l'esercizio del potere direttivo e organizzativo di un imprenditore è servito per essere inglobati in un sistema di ampie protezioni, quello lavorista, che considera il lavoratore come soggetto debole del rapporto giuridico con il datore di lavoro. Come precisato dal *Tribunal Constitucional* «definire un rapporto *di lavoro* presuppone un interesse degno di essere tutelato e comporta notevoli conseguenze giuridiche», ovvero l'applicazione delle norme del diritto del lavoro e della Previdenza Sociale (*STC 71/1991*).

In questa situazione burrascosa, il legislatore spagnolo ha creato la figura del lavoratore economicamente dipendente (TRADE). Il TRADE è una figura giuridica intermedia, un *tertium genus* che è lavoratore autonomo ma che è caratterizzato da particolari tutele e garanzie maggiormente vicine al lavoro subordinato che a quello autonomo. Tale figura, infatti, non gode di una teorica

posizione paritaria nei confronti del committente, da cui dipende economicamente, e le cui condizioni è tenuto ad accettare, dovendo a volte addirittura sottomettersi alle stesse⁽¹⁷⁾.

Si tratta di un vero e proprio lavoratore autonomo dal punto di vista giuridico, anche se economicamente dipendente da un unico committente, nei confronti del quale viene munito almeno formalmente di una certa tutela giuridica più vicina a quella del lavoratore subordinato. Non è, per definizione, un “falso autonomo” anche se si verificano dei casi in cui un lavoratore autonomo opera come TRADE. In questi casi, l’oggetto del contratto o del negozio giuridico tra il committente e il TRADE formalmente può sembrare un contratto di tipo commerciale o amministrativo, se opera per un’Amministrazione Pubblica, ma è senza dubbio un contratto di lavoro. Ci troviamo di fronte ad una sorta di simulazione relativa che riguarda la natura del contratto, sembrando esternamente un contratto diverso da quello che è in realtà. L’oggetto del contratto può essere un elemento chiarificatore, utilizzando la teoria del *lifting the veil* e, scoprendo la simulazione giuridica dell’esistenza di un rapporto giuridico subordinato o di uno autonomo, ma ciò che effettivamente serve a questo fine è la forma e le caratteristiche dell’esecuzione delle prestazioni stabilite con l’impresa committente⁽¹⁸⁾.

La comparsa di questa figura e della sua disciplina giuridica, è dovuta alla ricerca di rapporti stabili tra committente e subappaltatori per evitare una situazione di vulnerabilità dei committenti in caso di inadempienze dei subappaltatori⁽¹⁹⁾.

In Spagna i TRADE sono, secondo quanto stabilito dalla Relazione del Consiglio Economico e Sociale sul progetto di legge dell’ETRA, il 94% dei lavoratori autonomi «che svolgono un’attività professionale o economica senza essere qualificati come impresa, che non hanno dipendenti, o ne hanno al massimo uno o due. Siamo in presenza di un ampio gruppo che svolge un lavoro professionale, mettendo a rischio i propri mezzi economici e attraverso l’apporto del lavoro personale e, nella maggior parte dei casi, senza l’aiuto di alcun dipendente». Questi elementi sono stati ritenuti sufficienti per essere meritevoli di una tutela sociale più incisiva, che trova il proprio fondamento nella disciplina giuridica applicabile al lavoratore subordinato.

L’introduzione di questa figura e della sua disciplina giuridica pone un nuovo problema di delimitazione del regime giuridico applicabile e, conseguentemente, delle frontiere del diritto del lavoro, essendo aumentate le cosiddette zone grigie tra le due specie, lavoro autonomo e subordinato. Sebbene nella *Exposición de Motivos* dell’ETRA si precisi che il concetto di TRADE è molto restrittivo e che l’intenzione è quella di eliminare le zone grigie che esistono tra il lavoro autonomo ed il lavoro subordinato o dipendente, questa nuova regolamentazione complica la distinzione tra le varie tipologie nel momento in cui bisogna scegliere quale sia il regime applicabile. Di fatto, tanto il *Consejo General del Poder Judicial* che il *Consejo Económico y Social*, nella Relazione preliminare al

⁽¹⁷⁾ Relazione al *Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo* del Consejo General del Poder Judicial.

⁽¹⁸⁾ STSJ de Cataluña (Social, Secc. 1ª) del 13 dicembre 2006, sul ricorso n. 5366/2005.

⁽¹⁹⁾ Rapporto Supiot, cit.

progetto di legge dell'ETRA, avevano già previsto l'avvicinarsi del problema ed avevano richiesto al legislatore massima chiarezza nella differenziazione tra queste figure, cosa che in realtà non è mai avvenuta.

Il legislatore spagnolo, nel disciplinare i TRADE, avrebbe potuto scegliere quattro soluzioni diverse: 1) mantenere il regime del diritto civile, chiaramente insufficiente nei termini sopra indicati; 2) creare una nuova figura intermedia tra il lavoratore subordinato ed il lavoratore autonomo; 3) ridefinire il concetto di lavoratore subordinato, sebbene esso presupponga l'ampliamento delle frontiere ed il campo di applicazione delle tutele del lavoro subordinato; 4) creare un solido nucleo di diritti sociali applicabili ai contratti di lavoro ⁽²⁰⁾. Il legislatore spagnolo ha scelto la seconda ipotesi, sebbene né la normativa europea né quella internazionale lo obbligassero a farlo. La figura del TRADE è stata fortemente criticata dalla dottrina italiana che ne ha sconsigliato l'utilizzo ⁽²¹⁾.

Sono davvero molte le questioni da considerare, per i lavoratori subordinati, sia per i diritti collettivi che per quelli individuali, di Previdenza Sociale, o relative alla normativa antinfortunistica.

Relativamente al lavoratore autonomo, il TRADE ha, secondo la Relazione del *Consejo General del Poder Judicial* al Progetto di legge dell'ETRA, le seguenti caratteristiche:

– riduzione della iniziativa imprenditoriale o, perlomeno, scarsa iniziativa imprenditoriale, considerato che la propria attività è condizionata dalla impresa da cui dipende;

– carenza di offerte dei suoi servizi al mercato o ad altri committenti, visto che la sua attività si limita a prestare servizi all'impresa con cui ha stipulato un contratto. Dobbiamo precisare, però, che è possibile essere in presenza di un TRADE che presti la sua attività per più di un committente, sempre che adempia al requisito che le sue risorse economiche dipendano al meno per il 75% da uno solo di essi;

– assunzione del rischio di impresa, sebbene l'impresa con cui contratta detenga quei margini di beneficio dall'utilizzo di un autonomo, impedendo che egli acquisisca una posizione forte nel mercato e nei confronti della propria impresa.

Rispetto ai lavoratori subordinati esistono delle analogie, ma anche differenti e peculiari caratteristiche, come sottolineato dal Rapporto Perulli ⁽²²⁾ e che essenzialmente consistono nei seguenti fattori:

a) lavoro personale: da qui l'esigenza che il TRADE non abbia lavoratori alle proprie dipendenze, svolga la propria attività per un committente dal quale dipende economicamente; non è necessaria l'esclusività della prestazione, come accade per i lavoratori subordinati, salvo che non sia formalmente pattuito. In questo caso la remunerazione sarà assicurata da un solo committente;

b) percezione di una controprestazione per lo svolgimento dell'attività;

c) continuità nel tempo e durata del rapporto contrattuale;

⁽²⁰⁾ Rapporto sul *Lavoro economicamente dipendente (lavoro parasubordinato)*, cit.

⁽²¹⁾ M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2008, n. 65, 11.

⁽²²⁾ Rapporto sul *Lavoro economicamente dipendente (lavoro parasubordinato)*, cit.

d) mancanza di rapporto diretto con il mercato e rapporto con l'organizzazione dell'impresa;

Ad ogni modo, il rapporto tra il TRADE ed il committente dal quale dipende economicamente è caratterizzata dalla mancanza di subordinazione giuridica, sebbene esista un coordinamento delle attività da parte del committente e la dipendenza economica. Il TRADE deve disporre di infrastrutture e materiali propri e svolgere la propria attività secondo i criteri organizzativi che lo caratterizzano. Per queste ragioni ha bisogno di una tutela giuridica specifica, intermedia tra quella lavorista e quella propria dei lavoratori autonomi.

Questi criteri sono stati affermati dalla *Unión profesional de Trabajadores Autónomos* (UPTA), che ha definito i TRADE «lavoratori per conto altrui o autonomi che, in forma coordinata e continuata, personale, diretta e senza vincolo di esclusiva, svolgono un'attività per un imprenditore dal quale dipendono economicamente».

5.1. L'ETRA definisce i TRADE come «coloro che svolgono un'attività economica o professionale a fini di lucro ed in maniera abituale, personale, diretta e prevalente per una persona fisica o giuridica, chiamata committente, dal quale dipendono economicamente, percependo dallo stesso almeno il 75% delle proprie rendite per lavoro svolto ⁽²³⁾ e attività economiche o professionali (art. 11)».

Come sottolinea la Relazione Perulli, il lavoro economicamente dipendente si basa su varie caratteristiche, alcune simili a quelle del lavoro subordinato: a) in primo luogo si tratta di lavoro personale – da qui la condizione che il TRADE non abbia lavoratori alle proprie dipendenze – svolto prevalentemente per un cliente dal quale dipende economicamente, sebbene non sussista vincolo di esclusiva, come accade per il lavoratore subordinato che può lavorare anche per due imprenditori, salvo patto espresso; b) in secondo luogo richiede continuità nel tempo. A differenza del lavoro subordinato, la prestazione si svolge in regime di coordinamento e non di subordinazione giuridica, pur rispettando le eventuali indicazioni tecniche fornite dal committente.

5.1.1. Fino ad oggi il diritto del lavoro ha utilizzato il criterio della dipendenza giuridica come elemento fondamentale per includere o escludere dal proprio campo di applicazione varie tipologie di prestazioni di servizi; ora è il criterio della dipendenza economica quello che permette di estendere alcune caratteristiche del sistema giuslavorista, con maggiori tutele, ai TRADE. Come ha affermato Goldin, «il criterio della dipendenza lavorativa è stato efficace sino ai giorni nostri perché la maggior parte dei rapporti lavorativi erano chiaramente

⁽²³⁾ Per un chiarimento su quel che si intende per rendite di lavoro, vedi la l. n. 40 del 9 dicembre 1998, sulle imposte sui redditi delle persone fisiche, modificata dalla l. n. 35 del 28 novembre 2006. Si considerano rendite nette da lavoro «tutte le controprestazioni o utili, di qualsiasi denominazione o natura, monetarie o meno, derivanti direttamente o indirettamente dal lavoro personale o dal rapporto di lavoro o statutario e che non siano rendite da attività economiche».

ricompresi nel suo alveo di applicazione o ne erano chiaramente esclusi, senza che alcuna variabile potesse creare problemi qualificatori»⁽²⁴⁾.

In considerazione di ciò, è il criterio della dipendenza economica quel che serve per definire il TRADE. Si tratta di un concetto inizialmente utilizzato dal diritto del lavoro, poi sostituito da quello della dipendenza giuridica «con la scomparsa del lavoratore semi-indipendente»⁽²⁵⁾. In questo modo, il diritto del lavoro cessa di essere un diritto esclusivamente disciplinante i rapporti di lavoro per conto altrui o dipendenti e si occupa anche della tutela di forme di lavoro indipendenti, con esclusione del lavoro per proprio conto.

Il TRADE ha una dipendenza economica, ma non organizzativa e non è soggetto al potere direttivo dell'imprenditore presso il quale svolge la propria attività. In questi termini, sembrerebbe di trovarsi di fronte ad un'ipotesi di "falso autonomo", il che fa capire l'importanza di delimitare il concetto di lavoro autonomo e di lavoro subordinato.

Il fatto che la distinzione tra le due figure si basi su un aspetto economico, quale è la dipendenza economica del TRADE nei confronti del committente dal quale dipende, pone delle problematiche. Non si tratta, come erroneamente sostenuto da alcuni autori, di un concetto giuridico, come quello della *ajenidad*⁽²⁶⁾ o della dipendenza, bensì economico ed è anche un *prius*, visto che la definizione di TRADE è propedeutica alla scelta della disciplina giuridica applicabile, tenuto altresì in considerazione che quella del lavoratore autonomo non assicura maggiori benefici. Ritroviamo questi termini nella *Exposición de Motivos* dell'ETRA, in cui si precisa che è un vero lavoratore autonomo e che la dipendenza economica «non deve significare in alcun caso dipendenza organizzativa né *ajenidad*».

Ad ogni modo tale criterio viene ormai considerato inadeguato⁽²⁷⁾, nel senso che «non si tratta di un criterio in senso stretto, ma di enfasi di situazioni di fatto non imputabili al committente». Inoltre, tale criterio è utilizzabile solo a posteriori ed è soggetto a continui mutamenti.

La questione è come calcolare le entrate del lavoratore autonomo. L'unica proposta, non accolta dal legislatore, è stata quella dell'UPTA, che ha sostenuto l'esistenza di una dipendenza economica basata sul fatto che «il lavoratore autonomo riceve mensilmente, da un medesimo imprenditore, entrate maggiori o uguali al doppio del salario minimo professionale». Occorrerà attendere gli sviluppi della normativa sull'ETRA per saper come calcolare le entrate del TRADE e solo allora sapremo se esistono lacune giuridiche o carenze nella sua regolamentazione. Fino a quel momento, difficilmente si potrà parlare di una disciplina efficace, considerato che il concetto di TRADE si fonda sulla dipendenza economica. Ci troveremo di fronte, quindi, a situazioni in cui vi è mancanza di controllo delle entrate laddove non sia stata formalizzato il rapporto

⁽²⁴⁾ A. GOLDIN, *op. cit.*

⁽²⁵⁾ Rapporto Supiot, cit.

⁽²⁶⁾ *Ndt*: il concetto di *ajenidad*, letteralmente "estraneità", non è previsto dall'ordinamento italiano. Indica la condizione in cui si trova il lavoratore che non assume i rischi della propria attività, nonché il fatto che il risultato di tale attività appartiene all'impresa. Non corrisponde al concetto di "subordinazione", anche se è sicuramente uno degli aspetti fondamentali del lavoro subordinato.

⁽²⁷⁾ M. ROCCELLA, *op. cit.*, 11.

giuridico tra TRADE e committente. È evidente, quindi, che il rapporto giuridico intercorrente tra le parti deve essere formalizzato in un atto scritto da cui emerga espressamente la condizione di TRADE.

Alcuni autori si sono chiesti se occorre considerare anche le entrate dovute ad eventuali prestazioni effettuate come vero lavoratore per conto altrui o dipendente di un'altra impresa, ed hanno finito con il rispondere affermativamente ⁽²⁸⁾. Ad ogni modo ritengo che, trattandosi di un vero lavoratore autonomo, debbano considerarsi le entrate in quanto tali, verificandosi una duplice tutela: quella del lavoratore subordinato nei casi in cui ciò si verifichi e quella di TRADE negli altri.

Forse bisognerebbe chiedersi se interessa ad un committente essere controparte di un TRADE, dipendendo questi economicamente dal primo al meno per il 75% delle proprie entrate. Tale questione è legata al fatto che una simile ipotesi produce una serie di diritti per il TRADE rispetto al committente che questi (cosa che avviene anche con gli imprenditori nei confronti dei lavoratori subordinati) vorrà evitare. Invece di parlare di fuga dal diritto del lavoro, pertanto, potremmo parlare di fuga dalla disciplina speciale prevista per il TRADE.

Resta fermo il fatto che la dipendenza economica non è l'unico criterio da valutare per determinare l'esistenza di un TRADE; sebbene sia una *conditio sine qua non*, devono sussistere tutti i requisiti di cui all'articolo 11 dell'ETRA.

La situazione si complica per il settore dei trasporti (articolo 1.3, lettera g, ET), laddove i requisiti necessari per essere ritenuti TRADE sono più blandi, dovendo sussistere solamente quelli di cui agli articoli 11.1 e 11.2, lettera a, ovvero il TRADE deve avere un livello di dipendenza almeno del 75% delle proprie entrate rispetto al committente, non avere lavoratori per conto altrui e non subcontrattare l'attività in tutto o in parte. Stupisce il fatto che non si tenga conto del requisito di avere proprie infrastrutture o materiale per lo svolgimento dell'attività, laddove siano economicamente rilevanti. Tutto ciò soprattutto perché l'articolo 1.3, lettera g, dell'ET esige che essi possano disporre di un veicolo e di un'autorizzazione amministrativa propria.

I requisiti sono meno categorici anche per gli agenti di commercio i quali, lavorando come intermediari indipendenti, promuovono, in maniera continua o stabile e in cambio di una remunerazione, operazioni commerciali per conto altrui, o si impegnano a promuoverle e concluderle in nome e per conto altrui. A costoro non si richiede anche l'assunzione del rischio ad esse connesso per poter essere inclusi nel concetto di TRADE.

La *Confederación de Empresarios de España* (CEOE) e la *Confederación de Empresarios de Pequeñas y Medianas empresas* (CEPYME) avevano precisato che era preferibile escludere i lavoratori autonomi del settore trasporti e assicurazioni dal concetto di TRADE, avendo essi una regolamentazione speciale, ma ciò non è avvenuto.

5.1.2. Devono sussistere diverse condizioni affinché il TRADE possa svolgere la propria attività professionale, come precisa l'ETRA. Non deve avere a proprio

⁽²⁸⁾ F.J. FERNÁNDEZ, *La contradictoria figura del trabajador autónomo económicamente dependiente*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, gennaio 2008, vol. I, n. 3, 232.

carico, infatti, lavoratori per conto altrui; non deve contrattare o subcontrattare una parte o tutta l'attività con terzi, sia per quanto riguarda l'attività pattuita con il committente dal quale dipende economicamente, sia le altre attività contrattate con altri committenti. Lo stesso non deve svolgere la propria attività in maniera "indifferenziata" rispetto ai lavoratori che prestano il loro servizio sotto qualsiasi forma di contratto di lavoro per conto del committente. Inoltre, deve disporre di strutture produttive, materiale proprio necessario allo svolgimento dell'attività e in forma indipendente dal committente, laddove per l'attività svolta siano rilevanti economicamente. Deve anche svolgere la propria attività con criteri organizzativi propri, indipendentemente dalle indicazioni tecniche eventualmente ricevute dal committente; percepire una controprestazione economica in funzione del risultato di quella attività, secondo quanto pattuito con il committente e assumendosi il rischio.

1) Non avere a proprio carico lavoratori per conto altrui.

Questo elemento restringe il concetto di TRADE ai lavoratori autonomi che non hanno lavoratori alle proprie dipendenze, i quali già ricevono una particolare tutela dal diritto del lavoro, ad es. sono titolari del diritto alla libertà sindacale, sebbene con alcune particolarità, potendo associarsi ai sindacati già costituiti. Con questo viene confermato il fatto che il lavoratore autonomo con lavoratori alle proprie dipendenze è un vero datore di lavoro o imprenditore e non merita dall'ordinamento giuridico lavorista alcuna tutela tra quelle previste per il lavoro subordinato, ma possa far riferimento ai diritti previsti per gli imprenditori.

Ci si può chiedere se venga richiesta l'esclusività della prestazione dei servizi del TRADE a favore di una azienda committente o se sia possibile svolgere le proprie attività per conto anche di altre. L'articolo 11.1, lettera *a*, dell'ETRA stabilisce che non si devono avere lavoratori per conto altrui, sia con riferimento all'attività pattuita con «il committente dal quale dipende economicamente, sia per le altre attività pattuite eventualmente con altri committenti». Non si esige l'esclusività della prestazione per un solo committente, ma la dipendenza economica da uno di essi «almeno per il 75% delle proprie entrate lavorative e delle attività economiche o professionali».

2) «Non appaltare o subappaltare parte o tutta l'attività con terzi, sia con riferimento all'attività pattuita con il committente dal quale dipende economicamente sia con riferimento a quelle attività contrattabili con altri committenti».

Non è permessa la stipula di appalti o di subappalti di secondo grado, ma solo il rapporto diretto tra TRADE e committente dal quale dipende economicamente. In questo modo si vuole evitare che si produca una serie di subcontratti relativi all'attività, i quali potrebbero condurre, a loro volta, ad un'altra serie di subcontratti, in considerazione dei diversi soggetti partecipanti alla stessa attività come TRADE. Tutto questo renderebbe sicuramente difficile l'individuazione di quei lavoratori autonomi aventi tali connotati e, conseguentemente, l'applicazione del regime giuridico specifico stabilito dall'ETRA.

3) «Non eseguire l'attività in maniera "indifferenziata" rispetto ai lavoratori che svolgono la loro prestazione sotto qualsiasi forma di contratto di lavoro per conto del committente».

Mediante questo requisito si vuole evitare che il TRADE sia confuso con i lavoratori dipendenti che prestano la propria attività per conto altrui per un determinato imprenditore, ovvero che, invece di un TRADE, ci si trovi di fronte ad un vero lavoratore subordinato che effettua le proprie prestazioni soggiacendo al potere direttivo e organizzativo di un imprenditore. Il legislatore, attraverso questo requisito, rivela la propria preoccupazione circa l'ipotesi che il TRADE qualificato inizialmente come tale, sia in realtà un falso autonomo o un falso TRADE o, in altri termini, un vero lavoratore subordinato.

Occorre allora valutare le circostanze o la modalità in cui il TRADE presta la propria attività per il committente dal quale dipende economicamente, considerato che se questi ha lo stesso orario o lo stesso numero di giornate dei lavoratori che svolgono la loro opera per il proprio committente in forma subordinata, se partecipa alla scelta dei turni per le ferie, utilizza i materiali dall'azienda e, soprattutto, è soggetto al potere direttivo e organizzativo dell'imprenditore circa lo svolgimento della prestazione, se la supervisione o il controllo dell'attività è realizzato da personale incaricato, sempre sotto il potere disciplinare dell'imprenditore, allora ci troveremo dinanzi ad un vero lavoratore subordinato tutelato dal diritto del lavoro. Questo significa «eseguire l'attività non in maniera indifferenziata». In questo caso è un arduo lavoro distinguere se si tratti o meno di un autonomo. È necessario valutare caso per caso per capire se si ha o meno un vero TRADE o se si è dinanzi ad un lavoratore subordinato.

Il legislatore, attraverso questo requisito, vieta qualsiasi «prestazione di servizi indifferenziata» del TRADE con i lavoratori indipendentemente dalla tipologia contrattuale stipulata, perché altrimenti ci troveremo dinanzi ad un lavoratore subordinato. Ad ogni modo, non ha tenuto conto che tale requisito ha senso solo se la “prestazione indifferenziata” del TRADE rispetto ai lavoratori della impresa committente nasconde in realtà una tipologia contrattuale non lavorista, perché in questo caso starebbe davvero occultando un contratto di lavoro. In altri termini, lo “svolgimento indifferenziato” della prestazione da parte di un autonomo con lavoratori subordinati nel caso di appalto o subappalto di opere o servizi è un indice di mancanza di autonomia e, pertanto, di sottomissione al potere direttivo dell'imprenditore.

Di fatto non si spiega come il testo definitivo dell'ETRA abbia eliminato la norma stabilita dal Progetto finale che stabiliva di non eseguire la prestazione in maniera congiunta ed indifferenziata rispetto ai lavoratori che svolgono la loro attività secondo qualsiasi forma contrattuale per conto del committente. È certo che se esistesse un rapporto giuslavorista tra il TRADE ed il committente, ci troveremo di fronte ad un lavoratore subordinato tutelato dal diritto del lavoro e non dinanzi ad un TRADE.

I tribunali spagnoli hanno utilizzato il criterio “dell'attività indifferenziata” in altre occasioni, ad esempio per stabilire quando si verifichi una cessione illegale di lavoratori e non un appalto o subappalto di opere e servizi. In questo modo, quando i lavoratori dell'impresa appaltatrice svolgono il proprio lavoro assieme a quelli dell'impresa principale, con medesime mansioni, per attività ordinarie e

permanenti ⁽²⁹⁾ ci troveremo di fronte ad una cessione illegale di manodopera. Ai nostri fini, la prestazione indifferenziata di servizi può essere un elemento per stabilire che i primi sono anche lavoratori subordinati. Per questo motivo il legislatore ha stabilito che il TRADE non svolga la propria attività in maniera "indifferenziata" rispetto ai lavoratori subordinati dell'impresa committente.

In questo contesto, il fatto che il rapporto giuridico, commerciale civile o amministrativo che unisce il TRADE con il committente appaia formalmente come autonomo, con alcune peculiarità come l'iscrizione alla *licencia fiscal*, alla previdenza sociale, l'esistenza di un piano di prevenzione proprio, un tecnico della prevenzione non è decisivo per stabilire che ci troviamo dinanzi ad un vero autonomo, dato che potrebbe trattarsi di un lavoratore subordinato, ovvero un falso autonomo.

4) «Disporre di strutture produttive e materiali propri necessari all'esercizio dell'attività, indipendentemente da quelli del committente, qualora tale attività sia economicamente rilevante».

Avere una propria organizzazione è un criterio che è stato utilizzato dai Tribunali Spagnoli in altre occasioni per distinguere fattispecie come l'appalto o subappalto di opere e servizi e la cessione illegale dei lavoratori. In particolare, i Tribunali fanno riferimento al fatto di *mettere in gioco la propria organizzazione imprenditoriale* ⁽³⁰⁾, rafforzando, quindi, il concetto: non è sufficiente disporre di strutture produttive e materiali propri, ma occorre utilizzarli per l'opera o servizio pattuito con la committente. In altri termini, «l'esistenza dell'impresa si misura attraverso il capitale, il patrimonio, la solvibilità e la capacità produttiva» ⁽³¹⁾.

Si tratta di un requisito richiesto dal legislatore anche in altre norme, come la legge n. 32 del 19 ottobre 2006, sul subappalto in edilizia, in cui si stabilisce che le imprese appaltatrici o subappaltatrici, del settore, abbiano una organizzazione produttiva propria, mezzi materiali e personali necessari e li utilizzino per lo svolgimento dell'attività pattuita. La norma, inoltre, vieta il subappalto a partire dal terzo livello di subcontrattazione alle imprese «la cui organizzazione produttiva utilizzata per lo svolgimento dell'opera consista essenzialmente nell'apporto di manodopera, ovvero che siano dotate solo di strumenti manuali – compresi quelli meccanici trasportabili – anche se utilizzino l'apporto di altri gruppi di lavoro diversi da quelli segnalati, sempre che questi appartengano ad altre imprese, con appalto o subappalto dell'opera».

La necessaria sussistenza di questo requisito, ovvero disporre di strutture produttive e materiali propri, necessari all'esercizio dell'attività e indipendenti da quelle della committente, viene stabilita perché il TRADE deve essere un vero autonomo, con una impresa realmente costituita con organizzazione e patrimonio propri, che assuma il rischio d'impresa e non sia solo una mera impresa

⁽²⁹⁾ STSJ del País Vasco (Social) del 14 febbraio 2006, ricorso n. 3195/2005 (JUR 172454), nonché STSJ del País Vasco (Social) del 7 febbraio 2006, ricorso n. 2541/2005 (JUR 175903).

⁽³⁰⁾ STSJ del País Vasco (Social) del 7 febbraio 2006 (JUR 175903), cit.; SSTJ (Social) del 16 giugno 2003 (RJ 7092), del 3 ottobre e del 30 novembre 2005. Vedi anche STSJ de Cataluña (Social, secc. 1^a) del 13 dicembre 2005, ricorso n. 5366/2005.

⁽³¹⁾ STSJ de Cataluña (Social, secc. 1^a) del 25 gennaio 2006, ricorso n. 6201/2005.

apparente, che nasconda un rapporto di lavoro attraverso la figura del falso autonomo.

Il punto è che non è facile accertare quando esista una vera organizzazione imprenditoriale, per cui si ricorre a dei meri indici che verranno valutati congiuntamente al fine di stabilire se ci troviamo o meno dinanzi ad un TRADE avente una struttura produttiva e materie proprie necessarie all'esercizio dell'attività. Tutto questo perché si ha contratto d'opera quando il contraente si obbliga, secondo quanto previsto dal *Código civil*, a svolgere la prestazione in cambio di un *quantum* determinato proprio in funzione dell'opera o servizio.

Possono verificarsi almeno tre ipotesi:

– prima: un TRADE con struttura produttiva propria e strumenti materiali per l'esecuzione dell'opera o servizio, che si obbliga ad un determinato risultato;

– seconda: un TRADE con struttura produttiva propria e strumenti materiali ma inadeguati rispetto al proprio oggetto sociale e insufficienti allo svolgimento dell'attività produttiva.

– terza: il TRADE non ha una struttura organizzativa propria.

Non è quindi sufficiente che il TRADE abbia una struttura produttiva propria e strumenti materiali, visto che anche in questo caso se egli è soggetto al potere organizzativo e direttivo dell'imprenditore, potrebbe essere considerato un lavoratore subordinato o un falso autonomo. Per questo motivo il legislatore dell'ETRA ha richiesto l'esistenza anche di altri requisiti affinché possa parlarsi di TRADE.

L'assenza di una struttura produttiva propria e mezzi materiali può essere un indizio del fatto che non ci troviamo dinanzi ad un TRADE, ma non è determinante, visto che – come abbiamo visto – potremmo trovarci dinanzi ad un falso autonomo anche in presenza di strutture e mezzi, dovendo piuttosto fare riferimento al rapporto con la committente e alle modalità di svolgimento dell'opera o servizio. Si è in presenza di un falso autonomo anche quando si è forniti di strutture e mezzi ma non li si “metta in gioco”, essendo invece necessario farlo. Al contrario, si è in presenza di un TRADE quando egli non sia dotato di strutture e mezzi ma essi «non sono economicamente rilevanti» al fine di poterlo qualificare in quanto tale.

In altri termini, se risulta chiaro che l'esistenza di una propria struttura produttiva e di mezzi materiali è un aspetto rilevante per essere qualificato come TRADE, non è al tempo stesso un fattore decisivo, considerato che è la stessa norma a specificare «laddove per quella attività siano economicamente rilevanti». Si tratta di un concetto giuridico astratto, occorre valutare il caso concreto per poter stabilire se si tratti o meno di un TRADE. È infatti irrilevante, come ha più volte precisato la giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, la denominazione data dalle parti al rapporto giuridico, sia che si parli di contratto di lavoro che di qualsiasi altra forma contrattuale (appalto di servizi, contratto di *franchising*)⁽³²⁾.

Questa affermazione può essere applicata alla fattispecie di cui discutiamo, per cui sarà irrilevante che una figura venga qualificata come TRADE o lavoratore autonomo puro, soprattutto perché tale condizione non deve ritenersi sussistente

⁽³²⁾ Vedi, per tutte, la *STS (Social)* del 12 dicembre 2007, ricorso n. 2673/2006.

ab origine e pattuita con la committente, ma può anche realizzarsi successivamente, quando costui dipenda economicamente per almeno il 75% da un solo committente. In conclusione, ciò che è rilevante è la modalità di esecuzione della prestazione, che non potrà svolgersi sotto il potere direttivo e organizzativo dell'imprenditore, essendo il TRADE un vero lavoratore autonomo.

5) *Svolgere l'attività con propri criteri organizzativi, pur rispettando le eventuali indicazioni tecniche ricevute dalla committente.*

L'oggetto del contratto tra TRADE e committente deve essere la prestazione di un'opera o servizio determinato, con natura civile o commerciale, mai di lavoro, dato che il TRADE è un lavoratore autonomo. Ad ogni modo può verificarsi l'ipotesi che il rapporto giuridico tra le parti occulto un vero e proprio rapporto di lavoro.

Il TRADE si obbliga a raggiungere un risultato, ma la forma in cui esso sarà raggiunto dipenderà da lui, senza che egli possa essere soggetto al potere direttivo e organizzativo del committente, rischiando altrimenti di essere confuso con un vero lavoratore subordinato. In altri termini, egli deve organizzare la propria attività obbligandosi al raggiungimento di un risultato.

L'esercizio del potere direttivo e delle altre facoltà datoriali serve all'imprenditore per distinguere il negozio giuridico della cessione illecita dei lavoratori dall'appalto o subappalto di opere o servizi ed è anche l'elemento che serve a capire se si tratti di una prestazione di un'opera o servizio di un lavoratore autonomo, in questo caso TRADE, e non di un lavoratore subordinato. L'autonomia dell'oggetto del contratto⁽³³⁾ o la forma e le caratteristiche della esecuzione dei servizi pattuiti con l'impresa⁽³⁴⁾ sono elementi di cui tenere conto nella modalità dell'effettuazione dei servizi del TRADE per la committente.

È decisiva «la posizione dell'appaltatore nel contratto»⁽³⁵⁾, o, in altri termini, la posizione del lavoratore autonomo rispetto al committente; ovvero, se quest'ultimo agisce come imprenditore nei confronti del TRADE⁽³⁶⁾, visto che l'impresa committente non può esercitare funzioni imprenditoriali nei suoi confronti, nel senso di esercitare il potere direttivo, potere complesso che comprende i poteri disciplinari, di vigilanza e di controllo.

Ovviamente l'impresa committente eserciterà le funzioni inerenti alla propria condizione di imprenditore ovvero il potere direttivo sui propri lavoratori e sui TRADE, fornendo loro istruzioni concrete sullo svolgimento della loro attività⁽³⁷⁾. Il committente può solo impartire istruzioni generali sui modi di produzione.

Questi elementi sono stati utilizzati dai Tribunali per capire se ci si trovava dinanzi ad un vero appalto o subappalto di opere e servizi e non dinanzi ad una cessione illecita di lavoratori. È stato affermato che «esiste un appalto genuino quando l'impresa appaltatrice svolge attività imprenditoriale propria ed è

⁽³³⁾ Vedi *STSJ de Cataluña (Social, Secc. 1ª)* del 15 dicembre 2006, ricorso n. 7001/2005 (JUR 816189)

⁽³⁴⁾ Vedi *STSJ de Cataluña (Social, Secc. 1ª)* de 13 de diciembre de 2006, ricorso n. 5366/2005.

⁽³⁵⁾ Vedi *STSJ del País Vasco (Social)* del 7 febbraio 2006, ricorso n. 2541/2005 (JUR 175903).

⁽³⁶⁾ Vedi *STSJ de Aragón (Social)* del 7 novembre 2000 (AS 4296); *STSJ de la Comunidad valenciana (Social)* del 9 novembre 2000 (AS 92360).

⁽³⁷⁾ Vedi *STS (Social, secc. 1ª)* del 15 dicembre 2005, ricorso n. 426/2005 (JUR 84047).

pertanto dotata di patrimonio, mezzi, macchinari e di una stabile organizzazione». In questo caso essa può assumersi le proprie responsabilità contrattuali, l'esecuzione dell'appalto avviene secondo la propria capacità direzionale e gestionale, con conseguente assunzione dei rischi, e nei confronti dei lavoratori *esercita il potere direttivo nonché gli altri diritti, rispetta le obbligazioni, assume le responsabilità e rischi che sono connessi alla condizione di datore di lavoro* ⁽³⁸⁾.

È necessario osservare la posizione del lavoratore autonomo nei confronti dell'impresa committente e se il primo svolge la propria attività con "organizzazione propria". Questo non significa che l'impresa committente non possa fornire indicazioni tecniche circa l'esecuzione del lavoro, non solo relativamente alle condizioni inizialmente stabilite nel contratto ma anche durante l'esecuzione della prestazione.

Se invece l'impresa committente esercita il potere direttivo sul lavoratore autonomo, che svolge la propria attività sotto la direzione e l'organizzazione della prima, ci troveremo dinanzi non ad un lavoratore autonomo, bensì dinanzi ad un lavoratore subordinato, al quale si applicherà *tout court* il diritto del lavoro. Pertanto, l'esercizio del potere direttivo è il principale criterio per determinare l'esistenza dei rapporti di lavoro, ma può anche essere utilizzato per capire quando ci si trova dinanzi ad un lavoratore autonomo, e quindi un vero TRADE, o a un lavoratore subordinato.

Ad ogni modo, bisognerà valutare il caso concreto, perché le particolarità che esige uno specifico lavoro contrattato, i casi in cui non si assiste ad un effettivo esercizio del potere direttivo ma ad una semplice supervisione dell'attività, l'eventuale presenza di un incaricato che dirige le operazioni senza esercitare un reale potere direttivo delegatogli dall'imprenditore, possono indurre in errore e far qualificare un lavoratore autonomo come un lavoratore subordinato.

Allo stesso modo, la legge n. 32 del 19 ottobre 2006, che disciplina il subappalto nel settore dell'edilizia, richiede alle imprese che appaltino o subappaltino nel settore edile l'esercizio di quel potere direttivo e organizzativo sul lavoro svolto dai propri lavoratori. Richiede, altresì, che «assumano rischi, obblighi e responsabilità tipiche dell'attività imprenditoriale». Si tratta di un requisito di solvibilità o qualità dell'impresa che operano in questo settore e, comunque, ribadisce il concetto che un imprenditore, appaltatore o subappaltatore, deve essere un effettivo imprenditore ed assumere gli obblighi stabiliti dalla legge. Circa i lavoratori autonomi, questa norma prevede che essi svolgano il lavoro autonomamente e sotto la propria responsabilità, fuori dall'ambito dell'organizzazione e direzione della committente. Evidentemente essa si riferisce a quegli autonomi che non utilizzano lavoratori per conto altrui, nel qual caso si verificherebbero le condizioni per essere appaltatore o subappaltatore.

6) *Percepire una controprestazione economica quale risultato della propria attività, secondo quanto stabilito con la committente, e assumersi rischi e pericoli ad essa connessi.*

⁽³⁸⁾ Vedi STSJ de la Comunidad Valenciana (Social, secc. 1^a) de 31 gennaio 2006, ricorso n. 3571/2005 (JUR 134979), citando la STS (Social) del 17 gennaio 1991 (RJ 58).

Si tratta del pagamento correlato al risultato della prestazione, sebbene, a seconda di quanto pattuito dalle parti, possano aversi diverse modalità di pagamento e con diverse scadenze. Ciò che è certo è che per avere la condizione di TRADE questi debba svolgere il proprio lavoro in cambio di una controprestazione economica, assumendo rischi e pericoli della sua attività.

Per poter stabilire se ci troviamo o meno dinanzi ad un TRADE, tutti questi elementi devono essere valutati congiuntamente, il che comporta l'applicazione di un regime giuridico diverso. In pratica, anche laddove sussistano alcuni degli elementi che possano avere maggior importanza per stabilire tale condizione, la valutazione degli stessi dovrà essere fatta complessivamente. Questo è quanto stabilisce l'ETRA laddove prevede che dette condizioni devono verificarsi contemporaneamente. Già il Consiglio Economico e Sociale, in fase di approvazione del *Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo*, aveva precisato che per stabilire l'esistenza di un TRADE, oltre all'aspetto economico, doveva essere valutato anche il grado di sviluppo tecnico, organizzativo o produttivo della struttura e delle attrezzature utilizzate per l'esecuzione autonoma del lavoro, nonché il sistema di acquisizione delle entrate.

7) *Altri elementi non stabiliti dalla legge: è necessario l'assolvimento di qualche requisito formale?*

Per stabilire l'esistenza di un TRADE, il legislatore non ha previsto il compimento di requisiti formali, come l'iscrizione al *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos* o all'*Impuesto de Actividades Económicas*. Si tratta di requisiti che devono rispettare tutti i lavoratori autonomi, ma che non sono decisivi per stabilire se ci si trova o meno dinanzi ad un vero lavoratore subordinato.

In conclusione, sebbene la *Exposición de Motivos del Estatuto del Trabajador autónomo*, stabilisca un concetto di TRADE molto restrittivo, e si basi su criteri oggettivi, l'utilizzo di concetti giuridicamente indeterminati e da valutare caso per caso, al fine di eliminare le zone grigie tra lavoratore autonomo, TRADE e lavoratore per conto altrui, dà luogo, a nostro avviso, ad una notevole conflittualità dinanzi ai Tribunali. Saranno costoro, infatti, a dover stabilire le differenze tra l'una e l'altra figura, soprattutto in considerazione degli effetti che ciò comporta sulla scelta del regime giuridico applicabile.

Sebbene l'ETRA stabilisca espressamente che sia suo compito eliminare i confini incerti tra le tre categorie, ciò rappresenta un compito ancora da adempiere. Infatti, se già pone problematiche il concetto di lavoratore subordinato – visto l'alto numero di sentenze dei vari Tribunali del lavoro –, stabilire la differenza tra TRADE, lavoratore subordinato e lavoratore autonomo in senso stretto, sarà uno dei problemi giuridici che dovremo affrontare nei prossimi anni.

5.2. Una volta chiariti i problemi giuridici che scaturiscono dalla individuazione della figura del TRADE, ci si chiede quali siano gli effetti della inclusione di questa figura nell'ETRA, considerato che nessuno obbligava il legislatore a fare tale scelta.

Potremmo pensare che, visto che si tratta di autentici lavoratori autonomi, si è voluto dotarli di una maggiore tutela, prevedendo per loro un particolare regime giuridico che si colloca a cavallo tra quello del lavoratore autonomo e quello del

lavoratore subordinato. Conseguentemente, pur non godendo di una tutela totale da parte del diritto del lavoro, avrebbero comunque una protezione intermedia, essendo stato ritenuto competente il Giudice del lavoro per tutte le controversie derivanti dal contratto stipulato con la committente da cui dipende.

Sembra proprio che sia stata questa l'intenzione del legislatore: prevedere un regime con maggiori tutele, più vicino a quello del diritto del lavoro, per i lavoratori autonomi che dipendano economicamente, almeno per il 75%, da un solo committente.

Ad ogni modo, non è escluso che derivino distorsioni da questa regolamentazione. Ci riferiamo, in particolare, a quei liberi professionisti che svolgono la propria attività in regime di lavoro autonomo, muniti di *licencia fiscal* ed iscritti al *Régimen Especial de Trabajadores autónomos*, con un'assicurazione per la responsabilità civile, insomma dei veri e propri lavoratori autonomi e che appaiono formalmente come tali. È il caso degli investigatori, reporter, corrispondenti televisivi, che utilizzano propri mezzi e che vengono retribuiti per il loro risultato. Costoro sono stati alcune volte qualificati come lavoratori subordinati e, dopo l'entrata in vigore dell'ETRA, nel caso in cui dipendano almeno per il 75% da un solo committente, potrebbero essere inquadrati come TRADE, sempre in caso di sussistenza degli altri requisiti di cui all'articolo 11 dell'ETRA.

Alcune volte, questi liberi professionisti, formalmente lavoratori autonomi, sono stati qualificati dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo* come lavoratori subordinati per conto altrui ed inclusi nell'articolo 1.1 dell'ET. A titolo di esempio, possiamo ricordare quanto stabilito nella *STS (Social)* del 12 dicembre 2007, ricorso n. 2673/2006, relativo ad alcuni odontoiatri che prestavano la propria attività in regime di contratto d'opera per una clinica dentistica. In questo caso, il rapporto giuridico di tipo civilistico, è stato ritenuto un vero e proprio contratto di lavoro, sussistendo vari elementi tipici della subordinazione o dipendenza. Costoro, infatti, svolgevano il loro lavoro «integrati nell'organizzazione professionale della clinica, la quale disponeva di una propria organizzazione sanitaria per lo svolgimento dei propri servizi. Il luogo, l'orario, gli strumenti, e incluso il modo di lavorare, sebbene derivassero da indicazioni e non da ordini, erano stati programmati o predisposti dalla clinica [...] per cui sussistono gli elementi per configurare tale rapporto di lavoro (retribuzione, volontarietà, *ajenidad* e subordinazione), senza che vi sia bisogno della individuazione di un orario di lavoro».

In questi casi, Il *Tribunal Supremo* ha stabilito che la dipendenza nei rapporti di lavoro dei liberi professionisti è evidente e non può essere negata dal fatto che, nel caso del personale medico, esso possa richiedere un sostituto per le ferie o altri casi di interruzione della prestazione lavorativa, dato che si tratta di professionisti con un'alta qualifica tecnica e di lavoro.

Quindi, per queste fattispecie, i Tribunali hanno ritenuto che le prestazioni di lavoro autonomo, formalmente qualificate come tali e quindi di tipo civilistico o commerciale, sono veri e propri contratti di lavoro e quelli che le effettuano sono veri lavoratori.

Cosa accade con l'entrata in vigore dell'ETRA? I Tribunali applicheranno il regime giuridico del TRADE?

Il rischio è quello di escludere dal diritto del lavoro veri lavoratori subordinati, che formalmente sono qualificati come TRADE o come puri autonomi.

5.3. Il legislatore ha disciplinato uno specifico regime giuridico per il TRADE che riguarda sia aspetti del rapporto giuridico individuale e collettivo, sia aspetti formali relativi al rapporto giuridico-contrattuale tra questi ed il committente.

La condizione di lavoratore autonomo e la sua dipendenza economica essenzialmente da un committente, che impone alcune condizioni nello svolgimento dell'attività, fanno sì che non vi sia uguaglianza giuridica nel rapporto. Per questo motivo è necessario dotare di maggiore protezione e tutela il TRADE. Ciò può essere realizzato attraverso elementi formali (la forma del contratto), il tempo di lavoro (quindici giorni all'anno di interruzione dell'attività), la stipulazione di accordi di tipo professionale, che esulano dal mero contratto individuale – sebbene abbiano efficacia personale limitata, vincolando solo i firmatari dell'accordo –, la competenza del giudice del lavoro per la trattazione delle controversie, il diritto a ricorrere a procedure giurisdizionali per la soluzione dei conflitti, l'assicurazione obbligatoria per i rischi professionali.

Per quanto riguarda il contratto per la prestazione professionale del TRADE, nei confronti del committente dal quale dipende economicamente almeno per il 75%, questo dovrà sempre essere formalizzato per iscritto e dovrà essere registrato presso il competente Ufficio Pubblico ⁽³⁹⁾. Questo contratto dovrà avere un contenuto minimo: dovrà risultare la condizione di dipendenza economica rispetto al committente ed i rapporti che scaturiscono dallo stesso. In questo modo potremmo trovarci dinanzi a varie ipotesi: un lavoratore autonomo che inizialmente non sia qualificabile come TRADE, ma che lo diventi successivamente, nonché il caso contrario ovvero un TRADE che successivamente cessi di esserlo per vari motivi (come la dipendenza economica da un committente inferiore al 75% o semplicemente la mancanza di uno o più degli elementi di cui all'articolo 11 dell'ETRA). In questo secondo caso, il contratto dovrà essere rispettato fino alla sua estinzione.

Tutto questo comporta la necessità di una maggiore sicurezza nel rapporto contrattuale che unisce il TRADE al committente dal quale economicamente dipende.

Relativamente alle altre condizioni richieste al contratto tra TRADE e committente dal quale economicamente dipende nella misura indicata, dovremo aspettare lo sviluppo dei regolamenti dell'ETRA.

Circa gli accordi di natura professionale, questi verranno discussi tra le associazioni professionali dei TRADE, la cui costituzione è successiva all'entrata in vigore dell'ETRA e le imprese per cui eserciteranno la loro attività. Come affermato nella *Exposición de Motivos* del TRADE, «non si vuole estendere a questo settore la contrattazione collettiva, ma semplicemente riconoscere la possibilità dell'esistenza di un accordo che non sia di tipo meramente

⁽³⁹⁾ La procedura per la registrazione dei contratti stipulati dai TRADE è stata disciplinata dalla *Resolución del Servicio público de empleo estatal* del 21 febbraio 2008.

individuale, ma con una efficacia soggettiva limitata, vincolando solo i firmatari dell'accordo».

Tali accordi possono stabilire condizioni sul modo, tempo e luogo dell'esecuzione dell'attività professionale, nonché qualsiasi altra condizione, dovendo tutto risultare per iscritto. Si tratta di norme di diritto civile, con efficacia limitata ai sottoscrittori e che potranno applicarsi ai TRADE associati alle associazioni di autonomi o agli associati a «sindacati firmatari che abbiano prestato il loro consenso». Ciò non toglie che il TRADE, quale vero lavoratore autonomo, abbia diritto alla libertà sindacale, potendo associarsi a sindacati costituiti, senza poterne costituire di propri. D'altro lato, invece, non hanno diritto alla contrattazione collettiva. Ciò che deve essere chiaro è che i sindacati non possono stipulare accordi di tipo professionale, perché ciò comporterebbe il mutamento della propria natura giuridica.

Più controversa risulta essere la regolamentazione della durata dell'attività professionale, essendo previsto il diritto alla sospensione annuale di diciotto giorni lavorativi, che si intendono retribuiti, il diritto al riposo settimanale, alle festività, alla distribuzione dei giorni di lavoro, che verranno disciplinati dal contratto individuale, di natura non lavorista, o da un accordo di tipo professionale. Viene altresì prevista la possibilità di una durata superiore a quella pattuita, sempre secondo la volontà delle parti, anche se con il limite del 30% rispetto al periodo ordinario pattuito individualmente.

Dobbiamo ricordare che il fatto di realizzare una prestazione di servizi "indifferenziata" da parte del TRADE rispetto ai lavoratori subordinati dell'impresa committente può determinare la perdita della sua condizione ed addirittura la sua qualificazione come lavoratore subordinato. A ciò va aggiunto che la determinazione della durata del lavoro può essere un indice dell'esistenza della subordinazione, anche se da solo non è significativo.

Si esige che l'orario pattuito possa permettere di conciliare esigenze della vita personale, familiare e professionale del TRADE, nonché la possibilità di modificare l'orario della lavoratrice che subisce discriminazioni di genere affinché sia effettiva la sua tutela o il suo diritto all'assistenza sociale.

L'ETRA disciplina i casi di cessazione dell'attività del TRADE, il che costituisce una novità per il regime giuridico del lavoratore autonomo. Le ipotesi previste sono: il mutuo consenso tra le parti; la necessità di prestare assistenza ai familiari per motivi urgenti, sopravvenuti e imprevedibili; il pericolo grave e imminente per la propria salute e sicurezza; l'incapacità temporanea, maternità o paternità; situazioni di discriminazioni per motivi di genere; forza maggiore; o qualsiasi altra causa prevista nel contratto o nell'accordo professionale. La questione più controversa è come conciliare queste ipotesi di cessazione dell'attività del TRADE con l'obbligazione assunta nel contratto con il committente, di terminare la propria attività in un certo periodo, visto che viene meno il raggiungimento del risultato.

Le cause di estinzione del contratto di cui all'articolo 15 dell'ETRA ricordano quelle previste nell'articolo 49 dell'ET, così classificabili: a) patti o accordi tra le parti (mutuo consenso, ipotesi stabilite dalle parti nel contratto, a meno che non costituiscano abuso manifesto del diritto); b) dovute alle condizioni soggettive del TRADE (morte, pensione o invalidità); c) dovute alla volontà del TRADE

(inadempimento contrattuale grave del committente; volontà della donna vittima di discriminazione di genere; recesso, con dovuto preavviso); d) per volontà del committente, per causa giustificata e con preavviso.

L'ETRA prevede il diritto al risarcimento sia per il TRADE nel caso in cui l'estinzione sia dovuta al committente e senza giusta causa, che per il committente in caso di recesso da parte del TRADE. Ad ogni modo l'estinzione unilaterale del contratto, indipendentemente dalla parte che la abbia causata, dovuta all'inadempimento dell'altra, dà diritto al risarcimento per i danni e pregiudizi subiti. Questa norma non è innovativa, visto che ciò è già previsto dal *Código Civil*. La novità, piuttosto, consiste nel fatto che la quantificazione del risarcimento viene fissata nel contratto individuale o nell'accordo professionale. Salvo patto contrario, si terrà conto del periodo intercorrente tra l'estinzione anticipata ed il termine pattuito, la gravità dell'inadempimento della committente, gli investimenti e le spese anticipate dal TRADE per l'esecuzione della prestazione ed il periodo di preavviso pattuito. Tutti questi elementi, giuridicamente indeterminati, possono essere quantificati nel contratto tra TRADE e committente o nel proprio accordo professionale.

Infine viene fissata la competenza del Giudice del lavoro per ogni questione derivante dal contratto tra TRADE e committente da cui dipende, lo stesso dicasi per le controversie legate all'interpretazione e applicazione degli accordi professionali. La *Exposición de Motivos* dell'ETRA motiva questa regolamentazione in base al fatto che sono stati i Tribunali del Lavoro che hanno stabilito i criteri per distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato, quello per proprio conto da quello per conto altrui, ed anche in base al fatto che «le pretese legate al contratto vengono giudicate in connessione con la sussistenza o meno della dipendenza economica del lavoratore autonomo» e questa fattispecie, indipendentemente dalla natura civile o commerciale del contratto, deve essere valutata dal Giudice del lavoro.

In conclusione, possiamo affermare che l'ETRA individua un regime giuridico per i TRADE con *notevoli difficoltà di applicazione pratica*: primo perché per la sua applicazione è propedeutica la qualificazione di TRADE, secondo perché, sebbene non ci troviamo dinanzi ad un lavoratore per conto altrui, il regime giuridico fissato ha utilizzato come modello quello del lavoro (che non è sempre applicabile a prestazioni di servizi in regime autonomo senza lavoratori alle proprie dipendenze), sebbene esista una dipendenza economica almeno del 75% da un solo imprenditore.

Come seconda conclusione, dobbiamo dire che si tratta di una figura che presenta problemi di delimitazione, sia relativamente ai lavoratori per conto altrui che ai lavoratori autonomi.

Non vi sono, comunque, solo aspetti negativi: aver introdotto la figura del TRADE significa comunque aver previsto una regolamentazione più protettiva di questi autonomi che dipendono economicamente quasi completamente da un committente e che possono subire pregiudizio alla propria attività professionale nel caso in cui non adempiano gli obblighi economici assunti.

6. La dottrina italiana ha preso in esame la normativa spagnola, ritenendo che essa costituisca un modello normativo interessante, non tenendo conto delle

riflessioni già svolte da altri paesi europei e considerando lo Statuto come “protettivo”, anche se discutibile, ma chiaramente dedicato ad un settore del lavoro autonomo ⁽⁴⁰⁾.

La questione ancora non chiara è: il diritto del lavoro non dovrebbe essere il diritto applicabile a tutti i rapporti di lavoro ⁽⁴¹⁾, anche in presenza di regolamentazioni specifiche come nel caso di specie relativo ai lavoratori autonomi? Perché il diritto del lavoro non tutela determinati rapporti giuridici di lavoro autonomo, in cui l’esecuzione della prestazione non è caratterizzata dall’uguaglianza tra le parti? In questi casi, infatti, pur non arrivando alla posizione di debolezza giuridica del lavoratore subordinato, il lavoratore autonomo è comunque la parte più debole del rapporto, dipendendo almeno economicamente dall’impresa committente.

Il diritto del lavoro cesserebbe di essere un ordinamento giuridico disciplinante le prestazioni di lavoro subordinato, divenendo un diritto dei rapporti di lavoro per conto altrui, relativo anche a forme di lavoro autonomo, anche se non di lavoro per proprio conto. Si tratterebbe di un’operazione di “ingegneria giuridica” consistente nella sostituzione del criterio della subordinazione giuridica con la “integrazione” di terzi nell’impresa, come sottolineato dal Rapporto Supiot ⁽⁴²⁾, secondo il quale «una delle funzioni storiche del diritto del lavoro è stata quella di assicurare le condizioni di coesione sociale... questa funzione non potrà continuare ad essere realizzata senza che il diritto del lavoro tenga conto dell’evoluzione delle forme di organizzazione del lavoro nella società contemporanea e non riveda quelle che lo fecero nascere ma che oggi sono meno fondamentali».

La realtà è che il legislatore spagnolo non ha voluto applicare il diritto del lavoro al lavoratore autonomo, bensì uno simile, almeno per quel che riguarda il TRADE.

In generale, l’applicazione pratica dell’ETRA è condizionata da varie questioni fondamentali:

– primo: esistono una serie di rinvii a norme future che dovranno disciplinare vari aspetti del proprio regime giuridico, per cui bisognerà attendere la loro approvazione.

– secondo: sono stati utilizzati concetti giuridici indeterminati, come quello di TRADE, che rendono difficile la determinazione del regime giuridico applicabile in ciascun caso. A tutto ciò va aggiunto che non è sempre facile esercitare i diritti riconosciuti nell’ETRA; ne è esempio il diritto a conciliare l’attività professionale con la vita personale e familiare, in rapporto – chiaramente – con gli autonomi “puri”.

– terzo: continuano ad essere vigenti altre norme che regolamentano il lavoro autonomo, che dovranno armonizzarsi con quanto previsto dallo Statuto.

D’altro canto si ritiene che il lavoratore autonomo debba avere «un livello di tutela sociale simile a quello dei lavoratori per conto altrui», lavorando con propri mezzi, e svolgendo il proprio lavoro senza l’apporto o comunque con uno

⁽⁴⁰⁾ M. ROCCELLA, *op. cit.*, 11.

⁽⁴¹⁾ Rapporto Supiot, *cit.*

⁽⁴²⁾ Rapporto Supiot, *cit.*

minimo, di dipendenti. Ad ogni modo, non si riscontra in questa normativa, se non per i TRADE, alcun vantaggio in materia di tutela sociale, visto che continua ad applicarsi la normativa specifica relativa ai *Regímenes Especiales de Seguridad Social de los Trabajadores autónomos y de los Trabajadores del Mar* [letteralmente: Regimi speciali di Previdenza Sociale per i lavoratori autonomi e marittimi], sebbene si precisa che in futuro il *Régimen Especial de Trabajadores Autónomos* verrà modificato.

Possiamo affermare, concludendo, che si tratta di un'importante iniziativa legislativa, ma resta ancora molto da fare negli anni a venire affinché si possa parlare davvero di uno Statuto del lavoratore autonomo o di una Legge-Codice degli autonomi.

La controversa riforma del lavoro autonomo nell'ordinamento giuridico spagnolo –

Riassunto. *L'A. si occupa della riforma che nel 2007 ha avuto ad oggetto lo Statuto del lavoro autonomo in Spagna (Estatuto del Trabajador Autónomo – ETRA) e muove dalla constatazione che fino alla promulgazione dell'ETRA la disciplina di tale figura è stata parziale e frammentaria con la conseguenza di favorire la nascita delle c.d. zone grigie del diritto del lavoro, dei c.d. "falsi autonomi", lavoratori formalmente inquadrati come autonomi ma sostanzialmente dipendenti e privi delle tutele proprie disciplina del lavoro subordinato. L'ETRA mira ad affrontare tale questione seguendo le indicazioni comunitarie e disegnando una disciplina a vocazione sistematica e unitaria che rappresenta un esempio pionieristico nel quadro europeo. La vocazione codicistica tuttavia non ha escluso la permanenza in vigore di alcune disposizioni speciali di modo che la stessa qualificazione del provvedimento come "codice" risulta controversa. Il profilo di maggiore interesse del provvedimento di riforma riguarda l'introduzione della nuova figura del TRADE, lavoratore autonomo economicamente dipendente che si affianca alla figura generale di "lavoro autonomo" e si caratterizza per tutele e garanzie maggiormente vicine al modello del lavoro subordinato là dove la qualifica come autonomo del lavoratore deriva dalla assenza di dipendenza organizzativa e di soggezione al potere direttivo dell'imprenditore. A fronte della intenzione di procedere ad una sistematizzazione della materia, l'A. sottolinea come dalla riforma non sia scaturito, se non per i lavoratori economicamente dipendenti, alcun vantaggio in termini di tutela sociale e che, da questa prospettiva, nonostante gli annunciati ulteriori interventi di modifica, si registra un ulteriore ampliamento dei regimi previdenziali speciali per i lavoratori autonomi e marittimi.*

The controversial reform of self-employment in the Spanish system of labour law (Article in Spanish) – Summary. *This paper examines the 2007 reform in Spain introducing the statute of self-employment (Estatuto del Trabajador Autónomo – ETRA). It is argued that until the adoption of the Estatuto, the regulation of self-employment was partial and fragmentary, giving rise to the growth of a grey area of labour law consisting of pseudo-self-employment, with workers considered to be self-employed in formal terms, though in practical terms employed substantially as salaried employees but without the employment protection of those in regular employment. The Estatuto aims to deal with this situation on the basis of the indications of the EU, introducing systemic and unitary regulations that are a pioneering example in the European context. However, the intention of providing an overall code has not been fully implemented, since certain existing provisions remain in force, and as a result the introduction of the Estatuto has been controversial. The most interesting aspect of the reform is the introduction of a new type of employment, the self-employed worker who is economically dependent, for which the acronym in Spanish is TRADE. This new type of employment is distinct from standard self-employment, and is characterised by forms of employment protection that are closer to those of salaried employees, whereas standard self-employment is characterised by the absence of organisational dependence and subordination to the managerial power of the entrepreneur. In relation to this intention to carry out a systematic reform of this matter, the author underlines the fact that the reform has not produced any benefits*

in terms of social protection, except for economically dependent workers. In this connection, in spite of plans to further modify the provisions, there has been an expansion of special social insurance schemes for self-employed workers and seafarers.

Le frontiere della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato in Francia

Françoise Marie Plantade

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Effetti della qualificazione con riferimento ad alcuni istituti normativi: l'individuazione del giudice competente. – **2.1.** *Segue:* l'iscrizione alla cassa di assistenza malattia, statuto previdenziale e disciplina degli infortuni sul lavoro. – **2.2.** Elementi costitutivi del contratto individuale. – **3.** Esempi di libere professioni che possono essere esercitate sotto forma di lavoro subordinato: il rappresentante di commercio. – **3.1.** *Segue:* il medico. – **3.2.** *Segue:* l'avvocato dipendente.

1. Anche il diritto francese, come il diritto italiano, distingue tra lavoro subordinato ed esercizio professionale di una attività economica, vale a dire il lavoro autonomo. Lavoratore dipendente è colui che svolge un lavoro per un datore di lavoro con un caratteristico rapporto di subordinazione.

Il rapporto di lavoro subordinato è disciplinato dal Codice del lavoro (*Code du Travail*) ed il contratto individuale di lavoro si presume di durata indeterminata. Là dove il contratto è a tempo determinato, esso è rigorosamente disciplinato dalla legge con onere della prova a carico del datore di lavoro (*Code du Travail*, articolo L122-1S).

Il Codice del lavoro non disciplina, invece, la figura generale del lavoro autonomo o professionale ma, a seconda delle attività economiche esercitate, si fa riferimento ad una disciplina specifica. Di fatto, qualsiasi attività economica non inquadrata all'interno della categoria lavoro subordinato è qualificata attività di lavoro autonomo.

Le attività industriali, commerciali, artigianali, artistiche e le libere professioni sono comunque soggette ad un obbligo di iscrizione, rispettivamente, nel registro delle imprese (*Registre du Commerce*), dell'artigianato (*Répertoire des Métiers*), negli ordini professionali e sono assoggettate alla tassa professionale (*Taxe Professionnelle*), equivalente francese dell'italiana IRAP. Tali attività trovano quindi una disciplina specifica all'interno di ordinamenti professionali, nella disciplina che definisce lo statuto del commerciante e/o dell'artigianato e/o del libero professionista. Tuttavia, alcune di queste attività hanno caratteristiche comuni al rapporto di lavoro subordinato: l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, la conseguente limitazione della autonomia e l'inserimento nell'organizzazione aziendale.

* *Françoise Marie Plantade* è avvocato dei Fori di Roma e di Parigi.

A fronte della pressione che la mondializzazione dei mercati ha determinato sugli assetti del costo del lavoro, il legislatore francese ha introdotto delle modifiche al contratto di lavoro individuale, proponendo modelli contrattuali a tempo determinato che si vorrebbero innovativi, ma che, per contro, accentuano il fenomeno della precarietà del lavoro, specialmente giovanile. Ne è derivata l'introduzione nelle trattative collettive della possibilità di instaurare rapporti di lavoro come contratti di stage, apprendistato e formazione; contratti di solidarietà; contratti di lavoro temporaneo; lavoro a domicilio; lavoro a tempo parziale; lavoro stagionale, ecc.

Tali ipotesi di contratti di lavoro a durata determinata sono poi state codificate nel *Code du Travail*.

Per orientarsi nella vastità della materia considerata sembra opportuno distinguere due temi fondamentali di analisi. In primo luogo, le conseguenze sulla individuazione della normativa applicabile che derivano dalla qualificazione della fattispecie, con particolare riferimento alla individuazione del giudice competente, al contenuto dell'obbligo contributivo, alla disciplina del contratto individuale. In secondo luogo, l'effettiva possibilità di ricondurre al lavoro subordinato alcune attività o professioni, e, in particolare, il rappresentante di commercio, il medico e l'avvocato.

2.1. Con riferimento al primo dei due temi individuali, le conseguenze della qualificazione giuridica della fattispecie sulla individuazione della disciplina concretamente applicabile al rapporto di lavoro, ci si può soffermare, in primo luogo, sulla questione in merito alla individuazione del giudice competente. In caso di controversia individuale o collettiva, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato o autonomo, sono rispettivamente competenti il *Conseil des Prud'hommes* ovvero il *Tribunal de Grande Instance*, quest'ultimo equivalente nell'ordinamento italiano al giudice ordinario.

Il *Conseil des Prud'hommes* è composto da giudici eletti, rappresentanti per metà i datori di lavoro per l'altra metà i lavoratori. Non si tratta quindi di giudici togati. Questo giudice è competente a conoscere delle controversie tra lavoratori e datori di lavoro che riguardano il contratto di lavoro individuale, mentre non è competente a intervenire riguardo ai conflitti sindacali eccezion fatta per delle misure urgenti relative ai licenziamenti economici.

Il datore di lavoro deve essere una persona giuridica privata, essendo esclusi da questa giurisdizione i contratti pubblici o parapubblici. Fino alla soglia di quattro mila euro le parti possono difendersi personalmente senza l'assistenza di un avvocato e/o di un rappresentante. Presupposto per agire davanti al *Conseil des Prud'hommes* è l'esistenza di un contratto di lavoro, scritto o orale. Il *Conseil des Prud'hommes* è competente per esaminare le controversie aventi ad oggetto il lavoro subordinato e non il lavoro autonomo.

Il *Tribunal de Grande Instance* è competente ad esaminare e pronunciarsi sulle richieste relative a collaborazioni, contratti di stage, di solidarietà, internazionali, di volontariato, di mandato societario, ed a riqualificare, se del caso, il contratto di collaborazione in contratto di lavoro subordinato, se possibile a durata determinata. In tale quadro la qualificazione come rapporto di lavoro autonomo o su-

bordinato è funzionale alla individuazione ad opera delle parti del giudice competente davanti al quale proporre la azione.

2.2. Con riferimento al quadro delle tutele assistenziali per malattia ovvero alle tutele previdenziali, l'iscrizione alla cassa malattia, c.d. regime generale, è obbligatoria per i lavoratori subordinati purché esista un contratto di lavoro scritto o orale. Gli stessi requisiti sono previsti per l'iscrizione alla cassa di previdenza generale.

Vi sono poi delle categorie di lavoratori autonomi sottoposti allo stesso regime di contribuzione previsto per i lavoratori dipendenti.

Il *Code de Sécurité Sociale* adotta infatti una definizione di lavoro subordinato identica rispetto a quella del *Code du Travail*. Tuttavia, anche se alcuni soggetti non sono direttamente dipendenti da un datore di lavoro, il *Code de Sécurité Sociale*, articolo L311-3, dispone l'iscrizione obbligatoria al regime generale della cassa malattia e di previdenza sociale. Si tratta di artisti e autori, top model; lavoratori a domicilio; padroncini proprietari del mezzo di lavoro; subagenti di assicurazioni; lavoratori occasionali nel settore pubblico; rappresentanti di commercio; personale medico e paramedico. I contributi sono pagati dal datore di lavoro ovvero direttamente dai lavoratori a titolo personale (artisti e autori). Il rapporto di parentela non esclude l'onere di pagamento dei contributi.

Anche per alcuni professionisti è riconosciuta la possibilità di esercizio della professione come lavoratori subordinati, assicurati alla cassa generale per le malattie, mentre ricade sul datore di lavoro il versamento contributi alla cassa di previdenza competente per questi lavoratori.

2.3. Il contratto individuale di lavoro subordinato si differenzia dal contratto di collaborazione con riferimento alla disciplina di durata, periodo di prova, ferie, onere della prova, qualifica, cessazione del rapporto di lavoro.

Con riferimento al rapporto di lavoro subordinato è già stata richiamata la presunzione di durata indeterminata del rapporto che caratterizza il contratto di lavoro, laddove la durata del rapporto di lavoro determinata contrattualmente, per essere opponibile al lavoratore, deve essere provata dal datore di lavoro (*Code du Travail*, articolo L122 e ss.).

Per tentare di "conciliare l'inconciliabile", con un incentivo politico all'incremento dell'occupazione e alla limitazione dei costi per l'impresa, il legislatore ha introdotto nuovi contratti di lavoro atipici che oscillano tra la disciplina dei contratti a tempo determinato e la disciplina delle collaborazioni. Si tratta dei contratti di lavoro temporaneo (cfr. *Code du Travail*, articolo L124-2-11), dei contratti di formazione e apprendistato; dei contratti di inserimento (cfr. *Code du Travail*, articolo L322-4-16-1); dei contratti stagionali utilizzati essenzialmente per le attività agro-alimentari. La precarietà è stata posta in questo modo a carico della generazione dei giovani con meno di 25/28 anni.

Con riferimento alle *libere professioni* regolamentate, il legislatore, consapevole che i giovani terminati gli studi con la laurea o il diploma non avevano l'effettiva possibilità di esercitare la propria arte o professione e sviluppare direttamente la propria clientela, ha introdotto la possibilità di lavorare legittimamente per conto

di una struttura organizzata o per un imprenditore che svolga la medesima professione.

A fronte della rilevante pressione svolta dagli *ordini professionali* e da alcune istituzioni del mondo economico e con l'obiettivo di garantire le prospettive occupazionali e di intervenire sensibilmente sulla disoccupazione, il legislatore ha quindi dovuto riconoscere la possibilità per medici, paramedici, notai, avvocati, architetti, di esercitare la professione in forma subordinata alle dipendenze di altri professionisti o altre strutture economiche organizzate.

Il committente/datore di lavoro assume quindi gli oneri del datore di lavoro, versa i contributi, è obbligato alla conservazione del posto di lavoro, il lavoratore dipendente professionista conserva invece i quei requisiti di autonomia che costituiscono l'essenza della libera professione.

Al fine di illustrare ulteriormente questa soluzione appaiono di particolare interesse i casi di tre figure tradizionali dei professionisti di seguito specificatamente considerate, da questa prospettiva: il rappresentante di commercio, il medico, l'avvocato.

3. L'attività del rappresentante di commercio è definita in Francia dalla giurisprudenza e il soggetto che la esercita, a seguito della stipulazione di un contratto di lavoro individuale sottoscritto con l'azienda mandante, diventa titolare di uno statuto giuridico speciale disciplinato dagli articoli L751-1 e seguenti del *Code du Travail*. L'attività consiste essenzialmente nel visitare la clientela per raccogliere gli ordini da trasmettere all'impresa mandante.

Il portafoglio della clientela appartiene al datore di lavoro.

Il rappresentante non esegue operazioni commerciali in proprio, diversamente dagli agenti, ma può essere monomandatario o multimandatario su una zona territoriale a questi assegnata. Il corrispettivo è fisso su base mensile ovvero a provvigione e al rappresentante si applicano tutte le disposizioni del *Code du Travail* e il lavoratore è conteggiato nel numero dei dipendenti aziendali. A titolo esemplificativo al rappresentante è riconosciuto uno stipendio minimo, al di fuori del rimborso spese corrispondente per i dipendenti aziendali allo *Salaire minimum interprofessionnel de croissance*, stipendio minimo garantito, pari attualmente a 520,00 euro. In caso di cessazione del rapporto di lavoro per volontà del datore di lavoro, il rappresentante può legittimamente richiedere l'indennità di clientela, l'indennità di mancato preavviso, l'indennità di licenziamento illegittimo ecc. Il rappresentante usufruisce della protezione offerta dalla cassa malattia, regime generale, ed è iscritto alla cassa generale della *Sécurité Sociale* con integrazione a carico di una cassa pensione complementare. Lo statuto giuridico del rappresentante è dunque quello del dipendente aziendale, ma non è sottoposto all'obbligo di presenza giornaliera né ad orari di lavoro fissi e predeterminati.

3.1. Lo statuto del medico è disciplinato dal *Code de la Santé*, agli articoli 4127 - 95 e seguenti. Il medesimo statuto trova applicazione con riferimento alle attività c.d. dei paramedici, infermieri, dentisti, fisioterapisti, psicologi, biologi ecc.

Il medico ha la facoltà di essere assunto come lavoratore subordinato, a tempo pieno e/o parziale, da un altro medico ovvero da un ente privato o pubblico. Tuttavia il professionista è obbligato a rispettare le regole di deontologia, le norme

imperative in materia di salute pubblica, di privacy, ecc. Diversamente, in Italia, il medico assume la qualifica di lavoratore subordinato ovvero di collaboratore autonomo remunerato a fronte della presentazione della fattura. Nell'esercizio della professione, al medico anche dipendente si applica oltre che la disciplina del *Code de la Santé* le disposizioni del contratto di lavoro subordinato: il contratto individuale di lavoro, gli obblighi del datore di lavoro e del professionista, la cessazione del rapporto di lavoro.

Con riferimento ai profili previdenziali e assistenziali il medico è iscritto alla cassa malattia, regime generale, mentre ricade sul datore di lavoro l'obbligo di versare i contributi alla cassa di previdenza dell'ordine professionale. Quanto agli obblighi deontologici il medico anche subordinato è sottoposto al segreto professionale ed è protetto da una clausola di coscienza, inoltre il datore di lavoro non può contestare al medico anche subordinato la mancanza del risultato ovvero di un'adeguata produttività.

3.2. L'avvocato può esercitare la professione in proprio o quale collaboratore di uno studio legale. Dal 1° gennaio 1992 l'avvocato che non esercita in proprio può scegliere lo statuto di collaboratore o anche di dipendente di uno studio legale secondo quanto previsto da una legge del 1990 e dal relativo decreto attuativo del 1991. Permane tuttavia il vincolo relativo alla natura dell'attività esercitata dal datore di lavoro che può essere una persona fisica o giuridica ma che deve obbligatoriamente svolgere la attività forense, mentre resta escluso che l'avvocato possa essere dipendente di un ente pubblico o privato ovvero di una azienda. In questa ultima ipotesi, l'avvocato deve cancellarsi dall'ordine e perde contestualmente il titolo di avvocato che in Francia non è un titolo universitario, bensì è legato all'esercizio professione.

Con riferimento alle caratteristiche del rapporto di lavoro, il vincolo di subordinazione non limita l'avvocato nell'esercizio della professione – si pensi al segreto professionale, alla clausola di coscienza, all'obbligo di iscriversi all'ordine professionale, al rispetto delle regole deontologiche –, incide, tuttavia, sulle condizioni di lavoro. L'avvocato dipendente non ha infatti clienti propri e si differenzia dall'avvocato collaboratore a cui è garantita la possibilità di sviluppare la propria clientela. Il contratto di lavoro prevede, poi, un periodo di prova, una durata, un preavviso in caso di recesso, la disciplina delle ferie nel rispetto del contratto collettivo (attualmente quello del 17 febbraio 1995). Il contratto deve essere sottoposto al visto del Presidente dell'Ordine degli avvocati di appartenenza, come anche, peraltro, qualsiasi contratto di collaborazione.

L'avvocato dipendente può essere licenziato nel rispetto della forma e per i motivi previsti dal *Code du Travail*. Qualsiasi controversia tra datore di lavoro e l'avvocato dipendente è sottoposta alla giurisdizione del Presidente dell'Ordine degli avvocati il lavoratore avvocato è iscritto. La competenza del *Conseil des Prud'hommes* è esclusa e la decisione del Presidente dell'ordine può essere impugnata davanti alla Corte d'Appello. Per quanto riguarda la tutela assistenziale, l'avvocato con rapporto di lavoro dipendente è iscritto nel regime generale della cassa malattia e non alla cassa mutua degli avvocati, mentre per il profilo previdenziale permane la competenza esclusiva della cassa di previdenza forense. La regolazione giuridica dell'avvocato con rapporto di lavoro subordinato ha come

fine consentire a giovani avvocati, che non hanno interesse ovvero non sono in grado di costituire una propria clientela, di usufruire di uno statuto dignitoso e di un inquadramento che garantisce il riconoscimento di un'adeguata tutela previdenziale, limitando così la sensazione di precarietà che caratterizza l'esercizio autonomo della professione.

Le frontiere della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato in Francia – Riassunto. *L' A. nell'affrontare il tema delle prospettive di regolazione del lavoro autonomo in Francia, muove dalla constatazione che anche l'esperienza francese, alla stregua di quella italiana, conosce la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, regolato, tuttavia, quest'ultimo non da disposizioni codicistiche, bensì dalle singole discipline speciali relative alla diverse professioni. Dopo aver evidenziato sinteticamente le conseguenze derivanti dalla diversa qualificazione del contratto come di lavoro autonomo ovvero subordinato, l'A. approfondisce specificatamente i temi della individuazione del giudice competente, del regime di tutela assistenziale e previdenziale applicabile, della disciplina del rapporto di lavoro. A fronte di tali considerazioni introduttive, l'A. concentra la propria attenzione su una peculiarità dell'esperienza francese con riferimento alla facoltà di esercitare alcune professioni tradizionalmente liberali in forma subordinata volta a favorire una maggiore tutela dei professionisti più giovani che sempre più difficilmente riescono a consolidarsi sul mercato come professionisti autonomi. Sono quindi esaminati specificatamente il caso del rappresentante commerciale, delle professioni sanitarie, mediche e paramediche, e quello della professione forense.*

The frontiers of the distinction between self-employment and salaried employment in France (Article in Italian) – Summary. *This paper deals with the prospects for the regulation of self-employment in France, starting from the observation that both the French and the Italian system are characterised by the distinction between salaried employment and self-employment, though the French system is not based on Codes, but rather on specific regulations governing the various professions. The author provides an overview of the consequences arising from the classification of a contract as self-employment or salaried employment, and then continues with an analysis of matters such as the identification of the competent court, the applicable social insurance and pension schemes, and the regulation of the employment relationship. The paper then focuses on a particular feature of the French system: the use of salaried employment for certain professions traditionally practised on a self-employed basis, with a view to providing higher levels of employment protection for young professionals who have difficulty in establishing themselves on the open market as freelance professionals. Finally the paper examines the specific cases of sales representatives, the medical and paramedical professions, and the legal profession.*

Lavoro autonomo e diritto del lavoro in America Latina: problemi e prospettive nei Paesi del Mercosur

Amauri Mascaro Nascimento

Sommario: **1.** Il Mercosur: attualità e prospettive di armonizzazione della disciplina del lavoro e, in particolare, del lavoro autonomo – **2.** La disciplina del lavoro e del lavoro autonomo negli Stati aderenti al Mercosur. – **3.** Le coordinate del dibattito sulla regolazione del lavoro atipico – **4.** L'esperienza del Brasile. – **5.** Riflessioni conclusive.

1. Il Mercosur, fondato con Trattato di Asunción del 1991, riunisce in un mercato unico Brasile, Argentina, Paraguay e Uruguay. Creato per promuovere l'integrazione economica tra questi Paesi vede come membri partecipanti, a diverso titolo, anche Cile, Bolivia e Comunità Andina, mentre è recente la adesione del Venezuela.

Non si tratta, tuttavia, di una vera e propria "comunità" alla stregua della Unione Europea posto che l'obiettivo attuale è quello di ridurre o eliminare le barriere doganali e istituire un blocco economico per incentivare la presenza del Mercosur sul mercato internazionale. Si tratta quindi di una mera unione doganale volta ad agevolare lo scambio delle merci. Con riferimento quindi al diritto del lavoro sebbene sia prevista una fase di armonizzazione della disciplina, questa non si è concretizzata in atti concreti, direttive o risoluzioni.

All'interno del Mercosur operano "gruppi di lavoro", uno dei quali è deputato ai temi del lavoro ed è composto, per ciascuno Stato, su base tripartita, da un rappresentante del governo, dei lavoratori e delle imprese. Il gruppo opera tramite Commissioni deputate all'esame di temi specifici, rapporti individuali di lavoro, rapporti collettivi, occupazione e immigrazione, fornendo un'analisi comparata dei diversi sistemi di regolazione del lavoro. I principali documenti promossi dal gruppo di lavoro in materia lavoristica sono rappresentati dall'*Acuerdo multilateral de seguridad social del mercado comun del sur* ⁽¹⁾ che fissa norme in tema di reciprocità dei sistemi previdenziali e la *Declaración Sociolaboral del Mercosur* ⁽²⁾ che si occupa della dimensione sociale come condizione fondamentale per accelerare i processi di sviluppo economico e di giustizia sociale. In particolare,

* *Amauri Mascaro Nascimento* è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di São Paulo, Brasile, e segretario generale dell'Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Segurança Social.

⁽¹⁾ Cfr. decisione del Consejo del Mercado Común n. 19/1997, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *America Latina*.

⁽²⁾ Cfr. dichiarazione del 10 dicembre 1998, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *America Latina*.

l'articolo 16 della Dichiarazione riconosce il diritto di ogni lavoratore a orientamento, formazione e specializzazione professionale e alla protezione rispetto a qualsiasi atto di discriminazione che possa limitare l'esercizio della libertà sindacale.

Con riferimento al tema delle prospettive di regolazione del lavoro autonomo, è opportuno segnalare l'iniziativa, ancora in fase iniziale, della Carta dei diritti fondamentali del Mercosur che si occupa della tutela dei lavoratori autonomi e di quella dei lavoratori irregolari. In particolare il progettato articolo 28 dovrebbe estendere anche ai lavoratori impiegati con contratti di lavoro autonomo o comunque privi di contratti di lavoro a tempo indeterminato gli standard di protezione giuridica, sociale, economica e di sicurezza sociale, nonché il riconoscimento delle tutele collettive per consentire loro di costituire forme di organizzazione, rappresentanza, solidarietà e azione maggiormente adeguate alle esigenze di difesa dei propri diritti ed interessi. La stessa Carta dei diritti fondamentali del Mercosur, al progettato articolo 29, dovrebbe occuparsi del fenomeno del lavoro sommerso e informale attraverso strumenti di emersione volti ad assicurare anche a questi lavoratori una retribuzione dignitosa e, più in generale, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.

Eccezion fatta per le indicazioni che emergono da questo progetto, tuttavia, non sussiste, ad oggi, alcuna forma di regolazione del lavoro autonomo con portata generale per i Paesi aderenti al Mercosur.

2. Sul piano dei singoli diritti nazionali, nonostante sia comune, a livello teorico, la distinzione tra i concetti di "lavoro" e "lavoro subordinato"/"impiego", si riscontra la tendenza dei legislatori statuali ad utilizzare i termini corrispondenti alla stregua di sinonimi.

In Argentina, la legge introduce la distinzione tra contratto e rapporto di lavoro. Il *contratto di lavoro* si configura quando, indipendentemente dalla forma dell'accordo e dalla qualificazione formale operata dalle parti, una persona fisica si obbliga a compiere atti, eseguire opere o prestare la propria attività a favore di un'altra e alle dipendenze di quest'ultima, per un periodo determinato ovvero indeterminato a fronte del pagamento di un corrispettivo. Il *rapporto di lavoro* si concretizza, invece, in tutti i casi in cui, indipendentemente dalla volontà delle parti e dalla fonte che ha dato origine del rapporto, una persona compie atti, esegue opere o presta servizio a favore di altra e alle dipendenze di questa, in forma volontaria e mediante il pagamento di un corrispettivo. Sebbene, dunque, vi siano due fattispecie differenti in relazione alla rilevanza accordata alla volontà delle parti ovvero ad una situazione obiettiva da cui scaturisce il rapporto di lavoro, le stesse sono poi accomunate quanto agli esiti.

In Paraguay è considerato lavoratore ogni persona che in virtù di un contratto di lavoro esegue un'opera o presta la propria attività di carattere manuale, intellettuale ovvero mista.

In Brasile è considerato lavoratore subordinato ogni persona fisica che svolge attività di carattere non occasionale, a beneficio di un datore di lavoro e alle dipendenze di questi, e dietro pagamento di una retribuzione.

Quanto all'Uruguay sembra esservi una coincidenza tra legislazione e giurisprudenza quanto alla individuazione degli elementi caratterizzanti la figura del lavo-

ratore subordinato, specificamente tutelato dalla legge; non così invece per i lavoratori autonomi.

A fronte del quadro così delineato sembra potersi individuare un orientamento comune in base al quale nell'ambito dei paesi aderenti al Mercosur oggetto di considerazione non sono tutte le forme di lavoro, ma solo alcune riconducibili a forme/caratteristiche specifiche: lavoro personale, lavoro stipendiato (rimanendo dunque escluse tutte le forme di attività non professionali, gratuite o volontarie, con fini sociali o assistenziali, non remunerate); il lavoro alle dipendenze e agli ordini di un altro soggetto, persona fisica o giuridica; il lavoro contrattualmente prestato ovvero la situazione obiettiva tipica denominata rapporto di lavoro.

Restano dunque esclusi il lavoratore autonomo, il cui contratto è però regolato dalla legislazione civilistica e che gode della libertà sindacale; il lavoratore che si potrebbe definire "occasionale" a cui pure si applica la legislazione del Codice Civile; l'appaltatore autonomo, intendendosi per appalto un contratto di risultato e non di mezzi; il socio di cooperativa, colui, cioè, che presta la propria attività tramite una cooperativa. Non vi è allo stato alcuna regolazione del telelavoro (lavoro a distanza).

3. Occorre quindi considerare come tale quadro si inserisca nell'ampio dibattito sul tema della estensione della legislazione sul lavoro per ricomprendere le diverse forme di lavoro atipico. Il fenomeno del lavoro atipico esprime, infatti, un nuovo modello socioeconomico: le modifiche dell'impresa, del sindacato, dello Stato; la riorganizzazione interna del lavoro, la maggiore selettività della produzione non più standardizzata, la necessità di aumentare le occasioni di formazione per i lavoratori nell'arco della vita lavorativa; la stabilità nel posto di lavoro che cede il passo a contratti a carattere discontinuo, il fenomeno della disoccupazione, la ritipicizzazione dei contratti di lavoro.

Da tale dibattito è emerso che le prospettive di considerazione e qualificazione del fenomeno e dei suoi riflessi sul diritto del lavoro sono tutt'altro che univoche, tra chi ritiene che possa condurre ad una destrutturazione del diritto del lavoro a vantaggio di una ri-contrattualizzazione in senso civilista e chi teme che esso possa tradursi in un attentato al principio di uguaglianza con l'obiettivo di creare diversificazioni regolative e la conseguenza di precarizzare il lavoro per una mera riduzione dei costi per le imprese pressate da un mercato fortemente competitivo e indotte a trovare una soluzione, quale che sia.

In termini generali, si può affermare che il lavoro atipico è stato inteso quale proposta di natura socio-economica volta ad introdurre nel diritto del lavoro schemi di regolazione che non si inquadrano, altrimenti, nel modello classico del contratto di lavoro a tempo pieno, indeterminato, centralizzato all'interno dei locali dell'impresa nei quali il datore di lavoro esercita la propria attività, posto che risulta del tutto inattuale un unico standard legale di riferimento rispetto alle molteplicità organizzative e di assetti produttivi che sorgono nella realtà contemporanea.

Il diritto del lavoro tende a trattare il lavoro sempre più come attività professionale e, pertanto, remunerata, svolta personalmente, destinata ad una impresa o altro ente ad essa equiparato che la utilizza a proprio vantaggio dirigendola e quindi vincolando in senso subordinato il lavoratore che la esegue; ne deriva l'esigenza

di norme giuridiche di protezione del lavoratore per evitare che egli sia assoggettato a pretese incompatibili con la sua dignità e integrità fisica.

4. L'esperienza del Brasile rappresenta dei rilevanti progressi nella direzione dell'ampliamento delle tutele del lavoro, seppure restano ancora escluse quelle attività a carattere prevalentemente personale che sfiorano, per così dire, i confini della legislazione del lavoro. Si tratta, tipicamente, dei contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica nelle diverse forme del mandato, dell'agenzia con e senza rappresentanza, della mediazione, ma anche di altre ipotesi dove è dedotta un'obbligazione di fare come il trasporto ovvero la mezzadria rurale.

Il complesso della legislazione brasiliana sul lavoro, a cui si fa normalmente riferimento come *Consolidação das Leis do Trabalho* (con abbreviazione CLT), si applica a tutti i lavoratori subordinati. Il lavoro autonomo, per contro, è regolato dal Codice Civile, posto che il lavoratore autonomo non è soggetto al vincolo dell'altrui direzione, si auto-organizza ed esercita così la sua attività professionale.

La categoria "lavoratori autonomi", tuttavia, non si esaurisce con coloro che esercitano le c.d. professioni liberali, avvocato, medico, architetto. Ci sono anche lavoratori autonomi che svolgono attività come quella del venditore di strada il cui mercato è rappresentato dalla popolazione di basso reddito e che vive in una condizione di precarietà del tutto simile ai lavoratori subordinati con impieghi precari ovvero occupati in forma irregolare ovvero ancora del tutto sommersa.

I lavoratori autonomi in Brasile godono di un regime di sicurezza sociale: sono quindi obbligati al versamento dei contributi obbligatori e hanno conseguentemente diritto alle prestazioni previste dalla legge.

Quanto agli altri diritti del lavoratore autonomo questi dipendono invece solo dal contratto concluso in forma scritta oppure orale ovvero, ove esistenti, dagli usi e dalle consuetudini.

Una prima estensione delle tutele si è avuta nel 2004. Nell'ambito della riforma costituzionale del potere giudiziario, infatti, è stata estesa la competenza della Giustizia del Lavoro alle azioni che derivano dal "rapporto di lavoro". L'espressione "rapporto di lavoro" ha una portata di per sé più ampia di "rapporto di lavoro subordinato"; ne è derivato che le azioni giudiziarie promosse da lavoratori autonomi, occasionali, apprendisti, temporanei rientrano ora tutte nella competenza del giudice del lavoro che giudica, tuttavia, secondo la disciplina propria di ciascuna attività. Gli argomenti a sostegno di tale effettivo ampliamento della competenza giurisdizionale a seguito della modifica costituzionale sono rilevanti. "Rapporto di lavoro", infatti, qualifica in termini del tutto pacifici un genere che a sua volta comprende i diversi rapporti giuridici nei quali una persona fisica presta la propria attività professionale a beneficio di un'altra, che abbia o no natura di impresa e vi rientra dunque certamente il lavoro autonomo e il lavoro occasionale. Si possono quindi distinguere due diversi concetti: "rapporto di lavoro" e quello del "rapporto di lavoro subordinato".

Quanto allo statuto giuridico del lavoratore autonomo, resta alquanto difficile l'individuazione dei singoli diritti al di là di quello al corrispettivo per l'attività prestata e dei profili di tutela previdenziale già sopra richiamati.

La realtà contemporanea, tuttavia, ha determinato una rilevante “precarizzazione di questa figura” nei settori per così dire minori e tale per cui sembra oggi potersi individuare un’unica categoria per raggruppare le diverse ipotesi emerse a livello socio economico, il genere dei *rapporti parasubordinati di lavoro*.

Il fenomeno che tale categoria sinteticamente esprime obbliga tuttavia un ripensamento del ruolo dei sindacati e dello Stato stesso a fronte delle istanze di tutela connesse a forme di lavoro diverse dal rapporto di lavoro subordinato.

La dottrina brasiliana ha elaborato a riguardo diverse teorie volte a individuare criteri distintivi tra lavoratore subordinato e lavoratore autonomo per c.d. precario: quella dell’*evento*, quella degli *scopi dell’impresa*, quella della *discontinuità* e quella della *fissazione*.

In base alla teoria dell’*evento*, è autonomo il lavoratore assunto per un evento determinato, da intendersi come avvenimento, lavoro, servizio specifico. In questo caso il lavoratore autonomo realizza per adempiere al suo compito nell’impresa una utilità prestabilita e l’incarico non avrà lunga durata. Secondo la teoria dei *fini dell’impresa*, è subordinato il lavoratore la cui attività coincide con i fini normali dell’impresa, mentre è autonomo il lavoratore che nell’impresa svolge compiti non coincidenti con i fini normali di questa. In base alla teoria della *discontinuità*, è autonomo il lavoratore occasionale o intermittente, mentre il lavoratore impiegato continuativamente è subordinato. Infine, secondo la teoria della *fissazione giuridica* nell’impresa, è lavoratore autonomo colui che non ha un’unica fonte di lavoro, mentre è subordinato il lavoratore che ha un’unica fonte di lavoro.

Un lavoratore autonomo, può divenire subordinato, nel momento in cui cessi di essere “eventuale”, vale a dire nel momento in cui inizi a prestare continuativamente i propri servizi per lo stesso datore di lavoro. Si forma così una sorta di accomodamento tacito che conduce alla configurazione del rapporto di lavoro subordinato.

5. A fronte delle considerazioni che precedono, l’intervento della legislazione sul lavoro in funzione della regolazione di tali tipologie di rapporto di lavoro autonomo appare necessaria, con l’obiettivo di determinare concetti, forme di tutela e fonti della regolazione a partire, in alcuni casi, dalla estensione degli accordi collettivi di lavoro.

Il lavoratore autonomo destinatario principale della tutela è quello economicamente debole e non autosufficiente, ma l’individuazione del parametro economico di protezione e l’individuazione delle articolazioni concrete della tutela resta alquanto difficile. Si pensi al confronto con la situazione del lavoro portuale anche non dipendente. Un elemento di particolare criticità da questa prospettiva è dato dalla natura “diffusa” del lavoro autonomo: l’assenza di concentrazione in un luogo determinato è tale da rendere più difficile l’obiettivo della proporzionalità dei diritti. A fronte di tali caratteristiche sociologiche, rimane difficile l’inquadramento giuridico della fattispecie tipica, i criteri di regolazione di un’attività “polverizzata” rispetto alla quale il lavoratore assume i rischi e dipende da se stesso per realizzare il proprio guadagno e il committente, l’altro polo della relazione giuridica, è indeterminato e indeterminabile.

Lavoro autonomo e diritto del lavoro in America Latina: problemi e prospettive nei Paesi del Mercosur – Riassunto. *L'A. affronta il tema della regolazione del lavoro autonomo nella esperienza degli Stati aderenti al Mercosur, mercato unico istituito tra alcuni Paesi dell'America Latina. Rilevato come il Mercosur, quale entità sovranazionale, non abbia esercitato sul tema alcuna competenza e vi siano solo delle prospettive di intervento nell'ambito del progetto di Carta dei diritti fondamentali, l'A. esamina il quadro concettuale di riferimento nei Paesi considerati, Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay per riscontrare come elemento comune la natura non universale delle tutele del lavoro rimanendo escluse alcune tipologie di lavoro, tra cui il lavoro autonomo. A fronte del dibattito scientifico sulle prospettive di regolazione del lavoro atipico come espressione socio-economica dei sopravvenuti mutamenti della produzione e del contesto economico e sociale, l'A. si concentra sull'esperienza del Brasile come esperienza di avanguardia nell'area economica e geografica considerata, non trascurando di evidenziare le criticità ancora irrisolte. In conclusione, l'A. afferma la necessità di un intervento positivo di regolazione, ma evidenzia la difficoltà dell'inquadramento giuridico del fenomeno per la realtà strutturalmente diffusa quanto ai luoghi di esecuzione dell'attività, al rischio e all'autonomia della prestazione, alla indeterminatazza/indeterminabilità del committente come altro polo della relazione giuridica da regolare.*

Self-employment and labour law in Latin America: problems and prospects in the Mercosur countries (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the regulation of self-employment in the Mercosur area, the single market set up by a number of Latin American countries. Taking as a starting point the fact that, as a supranational body, Mercosur does not have any power to regulate employment, and the fact that measures could only be taken in the framework of the Charter of Fundamental Rights, the author examines the conceptual frame of reference of the countries concerned (Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay), and identifies as a common trait the fact that employment protection is not universal, due to the exclusion of certain forms of employment, including self-employment. In relation to the debate among legal scholars on the prospects for the regulation of atypical employment in relation to changes in production and the socio-economic context, the paper concentrates on the Brazilian case, as the most advanced economy in the area under consideration, while highlighting the critical aspects that still have to be resolved. In conclusion, the paper argues for the need for regulation of atypical employment, but points out the difficulty of providing a legal definition of the phenomenon, due to the nature of the economy, and the difficulty of clearly identifying the user company as the other party in the legal relation to be regulated.*

*Il diritto del mercato del lavoro tra investimento
in formazione e modernizzazione
del sistema di ammortizzatori sociali*

**La riforma degli ammortizzatori sociali:
l'ipotesi "neocostituzionalista"**

Domenico Garofalo

Sommario: **1.** Le ipotesi di riforma degli ammortizzatori sociali: i punti di convergenza. – **2.** *Segue:* I punti di divergenza. – **2.1.** L'ipotesi di riforma di Franco Liso ("veterocentralista"). – **2.2.** Il modello di tutela sociale nel mercato di Gian Guido Balandi ("veterocostituzionalista"). – **2.3.** La proposta di riforma di Michele Miscione ("neocentralista"). – **2.4.** L'ipotesi del concorso tra il sistema assistenziale pubblico e un nuovo *welfare* locale, settoriale ed autofinanziato. – **3.** L'ipotesi di riforma delineata nel Protocollo del 23 luglio 2007 e recepita nella legge n. 247/2007. – **3.1.** La perdurante vigenza della delega. **3.2.** – La conformità della norma delegante all'ipotesi di riforma prevista nel Protocollo del 23 luglio 2007. – **3.2.1.** I trattamenti di disoccupazione totale. – **3.2.2.** Gli strumenti di integrazione al reddito. – **3.2.3.** Il potenziamento dei servizi per l'impiego. – **3.2.4.** I punti di diversità tra il Patto del 23 luglio 2007 e la legge n. 247/2007. – **3.3.** Le modifiche di immediata applicazione. – **3.3.1.** Il sostegno ai lavoratori agricoli. – **3.3.2.** *Segue:* ai lavoratori addetti al trasporto pubblico. – **3.3.3.** *Segue:* ai lavoratori parasubordinati. – **3.3.4.** *Segue:* ai lavoratori di imprese anche artigiane attraverso la solidarietà difensiva. – **3.4.** Una valutazione dell'ipotesi di riforma del 2007. – **4.** Il ruolo dell'autonomia collettiva nella riforma degli ammortizzatori sociali: ammortizzatori sociali e autonomia collettiva. – **4.1.** La diffusione della tutela della disoccupazione attraverso gli Enti bilaterali. – **4.2.** Il problema della volontarietà *versus* obbligatorietà dell'adesione agli Enti bilaterali. – **4.3.** I trattamenti di sostegno al reddito integrativi o sostitutivi. – **4.3.1.** I trattamenti di sostegno al reddito integrativi. – **4.3.1.1.** I trattamenti di disoccupazione per sospensione dell'attività nel settore artigiano. – **4.3.1.2.** La riduzione dell'orario di lavoro con ricorso al contratto di solidarietà *ex* articolo 5, comma 8, legge n. 236/1993. – **4.3.1.3.** Aziende in crisi di competitività e concorso solidaristico dei lavoratori. **4.3.1.4.** Il trattamento di disoccupazione per i dirigenti. – **4.3.2.** I trattamenti di sostegno al reddito sostitutivi. – **4.3.2.1.** I trattamenti di sostegno al reddito sostitutivi nel settore artigiano. – **4.3.2.2.** I trattamenti di disoccupazione nel settore turismo. – **4.3.2.3.** I trattamenti di sostegno al reddito sostitutivi per i lavoratori somministrati. – **4.3.2.4.** Il sostegno al reddito dei lavoratori portuali temporanei. – **4.3.2.5.** I Fondi *ex* articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996. – **4.4.** Il (difficile) rapporto tra Regioni e Fondi bilaterali. – **5.** Ammortizzatori sociali e federalismo. – **6.** Alcune riflessioni conclusive.

1. Di riforma degli ammortizzatori sociali il legislatore ha iniziato ufficialmente a parlare sin dal 1996, nell'articolo 2, comma 28, della legge n. 662, una volta re-sosi conto della difficoltà di tenuta dell'assetto delineato dalla legge n. 223/1991.

* *Domenico Garofalo è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Bari. Il presente contributo è stato pubblicato, in versione ridotta, negli Studi in Onore di Edoardo Ghera, Cacucci, Bari, 2008.*

Nel decennio che ne è seguito, escludendo l'iniziativa del 2007 oggetto specifico della presente riflessione, sono state formulate ben quattro ipotesi di riforma e cioè, nell'ordine, quelle contenute:

- nella *Relazione finale* della Commissione Onofri del 28 febbraio 1997 ⁽¹⁾;
- nell'articolo 45 della legge n. 144/1999 ⁽²⁾;
- nel disegno di legge n. 1674/2002;
- nell'articolo 2 del disegno di legge n. 848-bis/2001 ⁽³⁾.

Tenendo conto di tali ipotesi di riforma, emergono almeno cinque punti fondamentali su cui pare possano formarsi larghe convergenze:

- riordino e razionalizzazione del sistema, che attualmente è alquanto disorganico a seguito di una stratificazione normativa alluvionale ⁽⁴⁾, aggravata dal recente sviluppo degli ammortizzatori "carsici" ⁽⁵⁾ o "in deroga" ⁽⁶⁾, di fonte non legale bensì amministrativa, essendosi attenuata la prassi delle "legginge" ⁽⁷⁾;
- estensione dell'ambito soggettivo di intervento degli stessi, con la copertura delle aree totalmente escluse o ricomprese solo in via transitoria, anche a fronte

⁽¹⁾ Una brevissima ma esauriente sintesi della proposta di riforma della Commissione Onofri – dall'Autore condivisa nelle linee generali ma criticata per la sua indeterminatezza realizzativa – può leggersi in F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Studi in Onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008; sul punto anche F. LISO, *Riflessioni sul problema della riforma degli ammortizzatori sociali*, dattiloscritto, 2005.

⁽²⁾ Anche di tale ipotesi di riforma F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., critica l'indeterminatezza ricavabile dalla genericità della delega.

⁽³⁾ Per un'analisi delle ipotesi di riforma succedutesi dal 1997 al 2003 si rinvia a U. CARABELLI, *Dagli ammortizzatori sociali alla rete integrata di tutele sociali: alcuni spunti per una riforma del welfare*, in AA.VV., *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, 47 ss.; v. anche R. GAROFALO, *Ammortizzatori sociali e occupabilità*, in *q. Rivista*, 2006, 677 ss. Più in generale, sulle politiche del lavoro cfr. T. TREU, *Per un nuovo programma di politiche del lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, 375 ss.

⁽⁴⁾ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., che riecheggia il "caos" di miscioniana memoria. L'ultimo esempio della formazione alluvionale della disciplina in tema di CIGS proviene dalla giuridificazione di una causale d'intervento della CIGS già emersa nella prassi amministrativa; si allude alla l. n. 291/2004 (art. 1) che ha individuato, scorporandola dalla causale d'intervento della CIGS per crisi aziendale, la diversa e autonoma ipotesi della cessazione di attività (in nota Min. lav. 19 maggio 2008, n. 6416, si parla di un "tertium genus", rispetto alla crisi aziendale e alla ristrutturazione) nella quale confluiscono, invero, varie sottoipotesi, e cioè quelle della cessazione totale dell'attività d'impresa, ovvero di un settore, ovvero di uno o più stabilimenti, o infine di parti di stabilimenti (sulla nozione di reparto e di strutture produttive comprese nell'unità produttiva, v. nota Min. lav. 19 maggio 2008, n. 6416, cit.); in questi casi alla CIGS può farsi ricorso onde evitare l'immediata attivazione della procedura di licenziamento collettivo. L'intervento legislativo del 2004 colma una carenza dell'impianto normativo del 1991 che prevede l'intervento CIGS per cessazione dell'attività solo nel caso di fallimento dell'impresa (art. 3, l. n. 223/1991). Come già anticipato, il legislatore ha giuridificato un'ipotesi già disciplinata nella regolamentazione ministeriale (d.m. 18 dicembre 2002, n. 31826, che aveva sostituito il d.m. 20 agosto 2002, che aveva a sua volta modificato il d.m. 2 maggio 2002). La disciplina introdotta nel 2004 è stata implementata con il d.m. 15 dicembre 2004 e con la circ. Min. lav. 20 ottobre 2004. Da non dimenticare altresì la recente riproposizione della mobilità lunga con l'art. 1, comma 1189, l. n. 296/2006.

⁽⁵⁾ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit.

⁽⁶⁾ M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, relazione svolta alle Giornate di studio di Diritto del lavoro organizzate dall'AIDLASS in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro (Venezia 25-26 maggio 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, 135 ss.

⁽⁷⁾ Ed infatti la prassi delle legginge, secondo F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., non può dirsi terminata, come conferma il sostegno ai lavoratori temporanei portuali previsto dal comma 1191 della l. n. 296/2006.

della diffusione del lavoro c.d. flessibile (sistema universalistico di protezione)⁽⁸⁾;

- rimodulazione delle tutele, con la eliminazione o, quantomeno, la attenuazione del differenziale tra aree forti (mobilità) e aree deboli (trattamento ordinario con requisiti ridotti)⁽⁹⁾;
- conseguente reperimento delle risorse finanziarie necessarie ad alimentare il sistema di tutele, per rispettare l'equilibrio di bilancio della spesa previdenziale;
- collegamento inscindibile tra tutela della disoccupazione involontaria⁽¹⁰⁾ e comportamento del soggetto tutelato, in funzione della sua rapida ricollocazione lavorativa (c.d. condizionalità)⁽¹¹⁾, da estendersi anche ai percettori del trattamento di disoccupazione con requisiti ridotti per evitare «situazioni di azzardo morale»⁽¹²⁾.

2. Il punto sul quale non si registra, viceversa, altrettanta unanimità di consensi è quello delle competenze, ove emergono sostanzialmente due modelli: un primo modello valorizza l'attribuzione allo Stato delle competenze in materia di "previdenza sociale" (articolo 117, comma 2, lettera o, Cost.) e di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (articolo 117, comma 2, lettera m, Cost.), ed auspica l'estensione del sistema assistenziale pubblico (escludendo quindi qualsiasi competenza privata), che assicuri garanzie e solidarietà, in attuazione dell'articolo 38, comma 2, Cost., con una rilettura dell'enunciato costituzionale "disoccupazione involontaria" che colleghi l'involontarietà non tanto alla

⁽⁸⁾ Si veda M. MISCIONE, *op. cit.*; F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., il quale sembra favorevole ad una tutela universale ma articolata su tre livelli di intervento, come previsto nella Relazione della Commissione Onofri: un primo livello per la sospensione temporanea del lavoro; un secondo livello per la perdita del posto; un terzo livello, di carattere assistenziale, da erogare esaurite le prestazioni erogate ai primi due livelli.

⁽⁹⁾ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., definisce l'attuale sistema "iniquo" perché presenta forti sperequazioni di tutela tra le varie categorie di lavoratori.

⁽¹⁰⁾ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., rimarca l'importanza del requisito dell'involontarietà, valorizzato a seguito della esclusione, ex art. 34, comma 5, l. n. 448/1998, del diritto al trattamento di disoccupazione nel caso di dimissioni non per giusta causa, assumendo rilevanza anche la ragione per la quale si è prodotto lo stato di disoccupazione. La scelta del legislatore, secondo l'Autore, penalizza, in tal modo, la mobilità professionale, esercitando una funzione di spinta alla fidelizzazione del lavoratore nei confronti dell'impresa che lo ha assunto; considerazione, invero, poco condivisibile in primo luogo perché non è detto che la mobilità professionale richieda un preventivo stato di disoccupazione e in secondo luogo perché è discutibile addossare alla collettività, sotto forma di trattamento di disoccupazione, le scelte individuali di mobilità professionale.

⁽¹¹⁾ Secondo F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., per rendere effettiva la politica della condizionalità, più volte enunciata in relazione alle ipotesi di riforma degli ammortizzatori sociali, è indispensabile una modifica del quadro normativo in tema di servizi all'impiego onde «irrobustire i compiti di servizio rispetto a quelli meramente burocratici»; inoltre occorre eliminare la situazione d'incertezza che caratterizza il sistema attuale di condizionalità, articolato in due regimi differenti per mobilità e CIGS, da un lato, e trattamenti di disoccupazione, dall'altro lato, nonché affidato ad una gestione regionalizzata, col «pericolo di sperequazioni indotte da eventuali attitudini lassiste di determinate amministrazioni regionali». Sul tema si veda da ultimo F. LISO, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di stato di disoccupazione*, in *q. Rivista*, 2008, 330 ss., nonché D. GILLI, R. LANDI, *Potenziamento dei sussidi di disoccupazione e organizzazione dei servizi per il lavoro*, in *q. Rivista*, 2008, 320 ss.

⁽¹²⁾ L'espressione è di F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., che richiama a riprova l'esperienza del settore agricolo.

causa della mancanza di lavoro quanto e soprattutto alla impossibilità, nonostante l'attiva ricerca, di ricominciare a lavorare dopo la perdita del posto ⁽¹³⁾; il secondo modello è favorevole, invece, allo sviluppo, a fianco del sistema assistenziale pubblico, di un nuovo *welfare* in senso locale, settoriale ed autofinanziato, affidandosi la realizzazione della tutela da una parte ai Fondi bilaterali ⁽¹⁴⁾ e dall'altra alle Regioni, con una combinazione di sussidiarietà orizzontale e verticale ⁽¹⁵⁾.

La riflessione che segue tende a verificare, confutando le tesi contrarie, se quest'ultimo modello stia già prendendo corpo «in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali» che, come il più classico dei testimoni, nell'ultimo decennio ogni Governo in carica ha passato a quello successivo.

2.1. Decisamente contrario al secondo modello è Liso, il quale ipotizza un percorso diametralmente opposto, delineando un modello di sviluppo che si potrebbe definire “vetero-centralista”. Ed infatti l'Autore, ancorché accorpate in capo alle Regioni la gestione dei servizi per l'impiego e degli ammortizzatori sociali, non esclude l'opportunità di creare un'agenzia nazionale, a gestione tripartita, con larga partecipazione delle realtà regionali, alla quale riaffidare quanto trasferito alle Regioni con la riforma Bassanini.

Quest'ultima, infatti, secondo Liso, avrebbe «finito per rappresentare soprattutto una sorta di fuga dalle responsabilità», ovvero di “lottizzazione” di un sistema ancora tutto da costruire.

A tale impostazione può tuttavia obiettarsi che, a parte i dubbi circa la possibilità di ricondurre alla legge n. 608/1996 l'eliminazione del collocamento e alla riforma Bassanini l'effettivo passaggio ai c.d. servizi per l'impiego (e non, come pare preferibile, ai successivi decreti legislativi n. 181/2000 e n. 297/2002), non sembra comunque da censurare la scelta del legislatore del 1997 di rimettere l'ideazione e la realizzazione del sistema dei servizi alle Regioni, proprio per la vocazione localistica della politica attiva (d'altronde in passato già attribuita, nel sistema pubblico statale, alle Commissioni regionali per l'impiego, *ex lege* n. 56/1987).

2.2. Dopo una sintetica ma decisamente esauriente analisi del contributo della legislazione ⁽¹⁶⁾, della giurisprudenza di legittimità e costituzionale ⁽¹⁷⁾ e della con-

⁽¹³⁾ È l'ipotesi da ultimo prospettata da M. MISCIONE, *op. cit.*, 135.

⁽¹⁴⁾ Non particolarmente convinto della soluzione della tutela affidata ai Fondi bilaterali sembra essere F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., che li qualifica ammortizzatori “fai da te”.

⁽¹⁵⁾ Sul contributo della legislazione regionale in tema di diritti sociali dopo la riforma del 2001 si veda B. PEZZINI, *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁽¹⁶⁾ Sul contributo della legislazione G.G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, in *Studi in Onore di Edoardo Ghera*, cit., segnala il progressivo ampliamento dell'area soggettiva della tutela.

⁽¹⁷⁾ Della giurisprudenza G.G. BALANDI, *op. cit.*, evidenzia il contributo non particolarmente brillante alla sistemazione dei molti problemi aperti dall'applicazione di una normativa così complessa.

trattazione collettiva⁽¹⁸⁾, Gian Guido Balandi formula una valutazione dell'attuale sistema di tutela nel mercato, evidenziandone tre aspetti negativi⁽¹⁹⁾.

Il primo è quello dell'esistenza di profonde disuguaglianze tra cittadini che versano nella stessa situazione di debolezza nel mercato del lavoro, motivate non dall'articolazione di una valutabile "meritevolezza", bensì in relazione a criteri alquanto eterogenei; disuguaglianze che sollevano dubbi di legittimità costituzionale del sistema, per l'inaccettabile violazione di elementari principi di parità sostanziale e formale.

Il secondo aspetto negativo è rappresentato dalla eterogeneità degli strumenti impiegati, con alterazione dello strumento assicurativo, e dalla incerta circolazione delle risorse, che non consentono un ordinato sistema di *welfare*: non si individuano i destinatari ed i beneficiari delle richieste di sacrifici, in violazione dei principi costituzionali di solidarietà generale *ex* articoli 2 e 3, comma 2, Cost.; di concorso, informato a criteri di progressività, alle spese pubbliche *ex* articolo 54 Cost. o comunque «di garanzia corporativa ai sensi (della tradizionale lettura) dell'art. 38».

Infine, terzo aspetto negativo, Balandi ritiene che l'insieme delle misure, predisposte dal sistema di *welfare*, esprima esiti contraddittori e stravaganti di governo del mercato del lavoro, denotando in ultima analisi l'assenza di un modello di tutela.

Analizzati i punti critici dell'attuale sistema di tutela nel mercato, Balandi formula una proposta di modifica incentrata sui principi costituzionali. In primo luogo, vanno eliminate le disuguaglianze, con un ritorno ai principi costituzionali di eguaglianza (articolo 3, comma 2, Cost.), di adeguatezza delle prestazioni (articoli 38, comma 2, e 3, comma 2, Cost.) e di strumentalità del sostegno al reddito alla realizzazione del diritto al lavoro (articolo 4 Cost.). In secondo luogo, la riforma deve consentire al sistema di tutela di misurarsi con qualità, innovazione e flessibilità, che caratterizzano i nuovi modi della produzione, perché solo così esso potrà garantire effettivamente protezione sociale.

Occorre quindi pensare ad una integrazione tra formazione professionale (da riformare), servizi per l'impiego (accentuando la condizionalità) e trasferimento di reddito (da improntare a meritevolezza, responsabilità e solidarietà). Va inoltre rivista la contribuzione con la eliminazione delle differenziazioni oggi esistenti e l'unificazione della stessa per finalità di protezione sociale, fatto che concorrerebbe fortemente alla razionalizzazione del sistema, salvo il prevedere un aggravamento della contribuzione a carico dei datori di lavoro che facciano uso di tipologie contrattuali particolarmente rischiose, nonché a carico dei lavoratori garantiti da una stabilità particolarmente forte.

La riforma degli ammortizzatori che rispondesse a questi principi informativi consentirebbe di abbandonare questa espressione, sostituendola con quella più adeguata di «misure integrate di sostegno nel mercato del lavoro».

⁽¹⁸⁾ Sul ruolo della contrattazione collettiva G.G. BALANDI, *op. cit.*, formula un giudizio negativo in quanto la stessa, nella modesta funzione di "tappabuchi", non sembra aver dato un contributo particolarmente importante al sistema della tutela sociale nel mercato, ad eccezione del settore artigiano.

⁽¹⁹⁾ Sull'attuale sistema di tutela sociale, d'obbligo il rinvio a G.G. BALANDI, *La solidarietà come componente non esclusiva di un ordinamento e la Costituzione per l'Europa*, in *RDSS*, 2005, 439 ss.; nonché S. RENGÀ, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2006.

L'ancoraggio della proposta ai principi di parità (articolo 3 Cost.) e sicurezza sociale (articolo 38 Cost.), unitamente al silenzio sulle competenze regionali e al giudizio negativo sul contributo dell'autonomia collettiva, indurrebbero a qualificare il suo modello come "veterocostituzionalista"; quel che è certo, comunque, è che i principi riformatori sono sicuramente accettabili, ma gli strumenti proposti appaiono alquanto indeterminati e, in ogni caso, poco realizzabili in base alle scarse risorse disponibili.

2.3. Michele Miscione ragionando di ammortizzatori sociali al convegno veneziano dell'AIDLASS del 2007 ⁽²⁰⁾, ha imperniato la sua proposta di riforma sul dato costituzionale:

- dal dato costituzionale ha dedotto la necessità ed anzi l'ineliminabilità della tutela contro la disoccupazione;
- sempre dal dato costituzionale ha dedotto i punti critici dell'attuale assetto di tutele, della strumentazione e delle competenze;
- infine, tornando al dato costituzionale, ha tracciato le linee portanti della possibile riforma degli ammortizzatori, sintetizzabili nei tre obiettivi di razionalizzare, migliorare e universalizzare le tutele, concludendo per la perdurante necessità, insita nel principio costituzionale, che la competenza resti affidata al soggetto pubblico evitando settorialismi e privatismi; se competenze ai privati debbono essere attribuite esse riguarderanno solo interventi integrativi.

Per realizzare tali obiettivi, secondo Miscione, occorre:

- eliminare il disordine normativo ed applicativo, che è in contrasto con la Costituzione e il principio di uguaglianza;
- eliminare l'effetto distorsivo del lavoro nero sovente prestato dai fruitori degli ammortizzatori, così sottraendo occasioni di lavoro ai disoccupati privi di tutela previdenziale, «evitando però una vendetta del sistema»;
- intervenire sul sistema delle tutele, cercando di:
 - garantire una tutela minima a tutti (retribuzione del cittadino), eliminando le distinzioni tra intervento ordinario e straordinario (universalità);
 - connotare la tutela come temporanea e incumulabile, senza eccezioni;
 - blindare la riforma rispetto alle ricorrenti emergenze, evitando che si ripeta quanto è accaduto dopo l'emanazione della legge n. 223/1991 ⁽²¹⁾;
 - affidare la tutela agli enti pubblici, che assicurano garanzie e solidarietà, escludendo quindi competenze private foriere – come detto – di settorialismi e privatismi.

⁽²⁰⁾ M. MISCIONE, *op. cit.*, 135 ss.

⁽²¹⁾ Pur nelle incertezze proprie del sistema della decretazione in deroga, è stata evidenziata la presenza di un aspetto ampiamente positivo, costituito dall'attiva, pur se "nascosta", partecipazione delle parti sociali e delle amministrazioni locali nel segnalare al Ministero situazioni di grave difficoltà socio-economica di lavoratori del territorio di competenza, per concertare misure di reinserimento lavorativo accompagnate e "garantite" dalla continuità di un reddito minimo previdenziale e dall'iscrizione nelle liste di mobilità, da cui, diversamente, i beneficiari sarebbero stati cancellati per scadenza del periodo ordinario (o prorogato) di permanenza. In questo senso, V. DE MICHELE, *La riforma degli ammortizzatori sociali e l'indennità di mobilità*, in *LG*, 2007, 866.

2.4. Orbene, ad una riforma degli ammortizzatori che mantenga la gestione degli stessi interamente nelle mani del soggetto pubblico, negando al contempo il ruolo di quello privato, si crede poco, così dissentendosi rispetto alle posizioni innanzi richiamate, e ciò non perché si abbia eccessiva fiducia nel privato ma perché si nutre profonda sfiducia nel pubblico, come ampiamente dimostrato proprio da Miscione, nella relazione veneziana del 2007 ⁽²²⁾.

Del resto l'evoluzione della disciplina del mercato del lavoro, da cui non può prescindere quella degli ammortizzatori sociali, va inesorabilmente nella direzione opposta a quella auspicata da Miscione e anche da Liso. È sufficiente richiamare l'intervento legislativo in materia dell'ultimo decennio, a partire dal decreto legislativo n. 469/1997, che valorizza sempre più il ruolo del soggetto privato:

- determinante è il ruolo delle agenzie per il lavoro nella gestione della mediazione tra domanda e offerta di lavoro (dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 469/1997 agli articoli 4 ss. del decreto legislativo n. 276/2003), essendo stato confinato l'intervento dei centri per l'impiego nella gestione del collocamento dei disabili e degli avviamenti a selezione presso le Pubbliche Amministrazioni, *ex* articolo 16 della legge n. 56/1987 ⁽²³⁾;
- ormai rilevante è lo spazio riservato al meccanismo convenzionale per l'inserimento e l'integrazione lavorativa dei disabili (articoli 11, 12 e 12-*bis* della legge n. 68/1999 e 14 del decreto legislativo n. 276/2003) ⁽²⁴⁾, col quale la cura dell'interesse pubblico viene affidata non più al tradizionale provvedimento amministrativo bensì ad un processo di negoziazione (gestione consensuale dell'avviamento al lavoro dei disabili) ⁽²⁵⁾;
- al soggetto privato è delegata la gestione, anche finanziaria, della formazione continua (dall'articolo 17 della legge n. 196/1997 all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003);
- decisivo è il coinvolgimento del soggetto privato nella formazione in apprendistato (dall'articolo 16 della legge n. 196/1997 agli articoli 47 ss. del decreto legislativo n. 276/2003) nonché nella realizzazione dell'obbligo formativo fino a 18 anni (articolo 68 della legge n. 144/1999);
- infine, è ormai un dato acquisito il coinvolgimento delle agenzie per il lavoro per esigere e controllare l'adempimento degli obblighi gravanti sui percettori dei trattamenti di disoccupazione parziale e totale (articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003).

3. Il Capitolo III del Protocollo tra Governo e parti sociali del 23 luglio 2007, su «previdenza, mercato del lavoro e competitività», è interamente dedicato alla riforma degli ammortizzatori sociali, accompagnata da quella del mercato del lavoro

⁽²²⁾ M. MISCIONE, *op. cit.*, 135 ss.

⁽²³⁾ L'ultimo contributo in tema di concorso pubblico/privato nella gestione del mercato del lavoro è di P. TULLINI, *Il dilemma tra pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2008, 311 ss.

⁽²⁴⁾ La norma abrogata dalla l. 247/2007 (art. 1, comma 38), è stata ripristinata dal d.l. n. 112/2008 (art. 39, comma 11), previa soppressione della norma abrogatrice (art. 39, comma 10, lett. *m*).

⁽²⁵⁾ A quest'ultimo riguardo è estremamente indicativa la recente presa di posizione dell'Inps con la circolare n. 39 del 15 febbraio 2007.

ro⁽²⁶⁾. Come è noto, in attuazione degli impegni assunti nel Protocollo, è stata varata la legge 24 dicembre 2007, n. 247⁽²⁷⁾, che prevede, ai commi 28 e 29 dell'articolo unico, una delega al Governo, da attuare entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge stessa, onde "riformare" la materia degli ammortizzatori sociali per il riordino degli istituti a sostegno del reddito⁽²⁸⁾, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (comma 93)⁽²⁹⁾.

Tale previsione pone essenzialmente tre interrogativi: il primo riguarda la perdurante vigenza della delega a fronte della nuova legislatura in conseguenza dell'anticipato scioglimento delle Camere e della formazione di un Governo di colore diverso da quello che aveva progettato la riforma; il secondo interrogativo attiene alla conformità della norma delegante all'ipotesi di riforma prevista nel Protocollo del 23 luglio 2007; il terzo ed ultimo interrogativo ricade sull'idoneità della stessa a risolvere i problemi, ormai acclarati, che affliggono il nostro sistema di ammortizzatori sociali, sinteticamente evidenziati nel paragrafo introdotto.

3.1. Al primo interrogativo deve darsi una risposta affermativa, considerato che nel nostro sistema costituzionale le deleghe legislative conferite al Governo decadono solo allo spirare del termine ad esso assegnato, risultando indifferente sia il cambio di legislatura, sia quello di Governo, come è accaduto nel caso di specie, seppure manchi una sanzione per l'Esecutivo "inadempiente"⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Invero le deleghe conferite al Governo dalla l. n. 247/2007 prevedono la riforma degli ammortizzatori sociali (comma 28) ma non anche della normativa in materia di servizi per l'impiego e di incentivi all'occupazione, dei quali si prevede semplicemente il "riordino" (comma 30); i criteri direttivi delle due norme delega consentono di escludere che l'espressione «riordino» sia stata utilizzata dal legislatore come sinonimo di "riforma" ed anzi confermano che la normativa sui servizi per l'impiego necessita solo di interventi che ne garantiscano l'efficienza di funzionamento e l'efficacia di risultato (le parole chiave che dovranno ispirare l'azione del legislatore delegato sono "potenziamento", "valorizzazione", "programmazione e pianificazione", "promozione", "revisione e semplificazione"). Sul tema si rinvia a V. FILI, *Le deleghe per il riordino della normativa in materia di servizi per l'impiego e incentivi all'occupazione*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato lavoro 2008*, Ipsoa, Milano, 2008, 19 ss.

⁽²⁷⁾ Per un commento sistematico alla l. 24 dicembre 2007, n. 247, si rinvia a F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 2008.

⁽²⁸⁾ Sulla norma delega si veda M. MISCIONE, *La riforma degli ammortizzatori sociali iniziata e delegata*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.; si veda anche M. LA TERZA, *Indennità di disoccupazione, ammortizzatori sociali e mercato del lavoro fino alle leggi del dicembre 2007*, in *MGL*, 2008, 192 ss.; M. CINELLI, G. FERRARO, *Welfare e competitività nel disegno di fine legislatura*, in *RDSS*, 2008, 9 ss.

⁽²⁹⁾ Estremamente critico nei confronti dell'entusiasmo del Presidente Prodi che, subito dopo la sottoscrizione del Protocollo del 23 luglio 2007, parlava di un sistema di ammortizzatori sociali finalmente di tipo europeo, è stato M. ROCCELLA, *L'autunno del mercato del lavoro*, in *Eguaglianza e Libertà*, 2007, in www.eguaglianzaeliberta.it, che ha escluso la realizzabilità di qualsiasi riforma di tipo europeo senza risorse finanziarie considerevoli.

⁽³⁰⁾ L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1991, 186-187, richiama a riguardo illustre dottrina costituzionalistica (Abbamonte, Baldassarre e Cerri) che sostiene addirittura la «doverosità dell'esercizio dei poteri delegati», ritenendo cioè che le delegazioni ex art. 76 Cost. «siano di norma imperative e non semplicemente autorizzative della conseguente attività del delegato; poiché, diversamente, non avrebbe un senso compiuto il fatto di provvedere alla delega e di prefissare anche un termine per l'attuazione di essa», anche se – aggiunge l'Autore – «le citate convinzioni dottrinali sono apertamente contraddette dai comportamenti che il Governo e le forze politiche hanno tenuto negli ultimi tempi: giacché il primo ha lasciato scadere inutilmente i termini di varie importantissime deleghe legislative; e le seconde non hanno quasi reagito di fronte a così gravi inadempienze. Così stando le cose, tuttavia, la

3.2. Prima di effettuare la comparazione tra le misure delineate nel Patto e i criteri di attuazione della riforma enunciati nella norma delega, va evidenziato che in quest'ultima il legislatore, oltre a fissare il termine di attuazione della delega (come detto, 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge), richiama due importanti principi costituzionali in tema di competenze legislative e cioè, da un lato, la conformità dell'esercizio della delega all'articolo 117 della Costituzione e agli statuti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, e alle relative norme di attuazione, e, dall'altro lato, la garanzia della uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche con riguardo alle differenze di genere e alla condizione delle lavoratrici e dei lavoratori immigrati.

Il richiamo ad entrambi i principi sembra aprire uno spiraglio ad un intervento in materia delle Regioni, apparendo in caso contrario del tutto pleonastico, anche se di tale apertura non v'è alcuna traccia nei criteri direttivi enunciati nel successivo comma 29 dell'articolo 1, legge n. 247/2007.

Passando quindi al secondo interrogativo, va detto che, pur nella sostanziale coincidenza tra il documento sottoscritto dal Governo con le parti sociali e la norma delegante, è dato cogliere qualche elemento di differenziazione, apparendo la norma delega più scarna rispetto all'ipotesi delineata nel Protocollo.

3.2.1. Volendo sintetizzare le linee portanti del progetto di riforma, può affermarsi che esso si regge, quanto al trattamento di disoccupazione totale, sui primi tre principi e criteri direttivi enunciati dal comma 29 e cioè: «a) graduale armonizzazione dei trattamenti di disoccupazione e creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno del reddito e al reinserimento lavorativo dei soggetti disoccupati senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di contratti di lavoro»; «b) modulazione dei trattamenti collegata all'età anagrafica dei lavoratori e alle condizioni occupazionali più difficili presenti nelle regioni del Mezzogiorno, con particolare riguardo alla condizione femminile»; «c) previsione, per i soggetti che beneficiano dei trattamenti di disoccupazione, della copertura figurativa ai fini previdenziali calcolata sulla base della retribuzione».

Ad una prima valutazione, sembra che attraverso i primi due criteri direttivi, per i quali v'è sostanziale conformità tra Patto e legge, i trattamenti di disoccupazione totale, in specie l'indennità di mobilità e il trattamento ordinario di disoccupazione, come oggi configurati, si influenzino reciprocamente; l'unificazione dovrebbe tendere all'eliminazione del meccanismo delle proroghe che caratterizza attualmente l'indennità di mobilità, prevedendosi quindi un istituto a durata insuperabile com'è oggi il trattamento ordinario; per converso, la modulazione, tipica dell'indennità di mobilità, riguarderebbe anche il trattamento ordinario, specie

stessa obbligatorietà della delegazione viene posta seriamente in dubbio. Non è dato cioè ritenere vigente una norma costituzionale non scritta, come quella che dovrebbe imporre al Governo l'efficace e tempestivo esercizio del potere delegato, quando in concreto si riscontra che essa rimane inosservata senza che il trasgressore subisca sanzioni di sorta. Le norme non scritte si fondano infatti, per loro natura, sulla costante ripetizione dei comportamenti da essi imposti: mancando la quale, viene meno l'elemento materiale indispensabile per aversi consuetudine».

con riferimento alle zone, già sussistendo una modulazione *ratione aetatis* nella nuova disciplina datane dall'articolo 1, comma 25, legge n. 247/2007 ⁽³¹⁾.

Lo scarno dato normativo non consente di formulare, ovviamente, più che un'ipotesi.

Non si comprende il terzo criterio direttivo, e cioè la previsione per i percettori dei trattamenti di disoccupazione della copertura figurativa ai fini previdenziali calcolati sulla base della retribuzione, essendo essa già prevista nella disciplina attualmente vigente ⁽³²⁾.

3.2.2. Quanto agli strumenti di integrazione al reddito (Cassa Integrazione Guadagni, CIG), il progetto di riforma prevede, in una prospettiva di tendenziale universalizzazione degli strumenti, la «progressiva estensione e armonizzazione della cassa integrazione ordinaria e straordinaria con la previsione di modalità di regolazione diverse a seconda degli interventi da attuare e di applicazione anche in caso di interventi di prevenzione, protezione e risanamento ambientale che determinino la sospensione dell'attività lavorativa» (lettera *d*). Anche in questo caso vi è una tendenziale uniformità tra il Patto e la legge, anche se va segnalato che all'originaria idea di unificare gli interventi ordinario e straordinario si è sostituita quella, più realistica, dell'armonizzazione degli stessi.

Le azioni strumentali a questi due obiettivi sono, da un lato, la connessione tra ammortizzatori sociali e politiche attive («connessione con politiche attive per il lavoro, in particolare favorendo la stabilizzazione dei rapporti di lavoro, l'occupazione, soprattutto giovanile e femminile, nonché l'inserimento lavorativo di soggetti appartenenti alle fasce deboli del mercato, con particolare riferimento ai lavoratori giovani e a quelli in età più matura al fine di potenziare le politiche di invecchiamento attivo», lettera *g*) e, dall'altro lato, il «coinvolgimento e [la] partecipazione attiva delle aziende nel processo di ricollocazione dei lavoratori» (lettera *e*).

Non si tratta di una novità, in quanto allo stato già esistono varie ipotesi di coinvolgimento delle aziende che fanno ricorso alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria (CIGS): si pensi all'*outplacement*, alle attività formative previste come condizione per godere della CIGS ⁽³³⁾, al comando/distacco *ex* articolo 8, legge n. 236/1993, espressamente fatto salvo dal decreto legislativo n. 276/2003.

Non una parola viene spesa sull'attività di prevenzione dell'esubero nonostante l'ampio dibattito sviluppatosi nell'ultimo decennio sull'obbligo formativo del datore di lavoro nei confronti del lavoratore onde impedirne l'obsolescenza.

⁽³¹⁾ L'elevazione della durata nonché della misura della prestazione di disoccupazione ordinaria con requisiti normali è stata introdotta in via transitoria dalla l. n. 80/2005 (art. 13, comma 2) e in via definitiva dal comma 1167 della l. n. 296/2006 con le modifiche successive apportate dal comma 25 dell'art. 1 della l. n. 247/2007.

⁽³²⁾ Si veda F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., il quale giustamente esclude che si tratti di una novità, essendo già previsto dalla legge, l'accredito figurativo sulla media delle retribuzioni settimanali percepite in costanza di lavoro nell'anno solare in cui si collocano i periodi di godimento degli ammortizzatori (art. 8, l. n. 155/1981, confermato dall'art. 4, d.lgs. n. 564/1996).

⁽³³⁾ Cfr. d.m. 22 luglio 2002, n. 31347, sull'intervento CIGS per le aziende appaltatrici di servizi di mensa presso aziende industriali (l. n. 155/1981); d.m. 20 agosto 2002, n. 31446, sull'intervento CIGS in favore dei dipendenti e dei soci delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizie; d.m. 20 agosto 2002, n. 31448, sull'intervento CIGS per riorganizzazione e ristrutturazione aziendale.

Alle prime due azioni strumentali, si aggiunge poi il forte ruolo degli Enti bilaterali («valorizzazione del ruolo degli enti bilaterali, anche al fine della individuazione di eventuali prestazioni aggiuntive rispetto a quelle assicurate dal sistema generale», lettera *f*), sul quale si veda *infra*.

3.2.3. Bivalente, nel senso che è riferibile sia agli strumenti di sostegno al reddito sia alle prestazioni di disoccupazione, è il principio direttivo *sub* lettera *h* e cioè: «potenziare i servizi per l'impiego, in connessione con l'esercizio della delega di cui al comma 30, lettera *a*), al fine di collegare e coordinare l'erogazione delle prestazioni di disoccupazione a percorsi di formazione e inserimento lavorativo, in coordinamento con gli enti previdenziali preposti all'erogazione dei relativi sussidi e benefici anche attraverso la previsione di forme di comunicazione informatica da parte degli enti previdenziali al Ministero del lavoro e della previdenza sociale dei dati relativi ai lavoratori percettori di trattamento di sostegno al reddito».

Invero, la bivalenza di questo criterio direttivo è affidata a una singolare tecnica normativa per cui la norma inizia con il riferimento alle «prestazioni di disoccupazione» e si conclude con quello al «trattamento di sostegno al reddito»; in ogni caso, la bivalenza già promana dal dato positivo, poiché in quella che è stata definita la mini riforma degli ammortizzatori sociali ⁽³⁴⁾ è già previsto che tutti i trattamenti di disoccupazione, totale e parziale, siano collegati al rispetto da parte del percettore degli obblighi di partecipazione ad attività formative e di inserimento lavorativo, pena la decadenza dal trattamento (condizionalità) ⁽³⁵⁾. La novità è rintracciabile nel riorientamento dell'attività dei servizi per l'impiego al controllo dei percettori delle prestazioni di disoccupazione; e, infatti, si ribadisce il collegamento della erogazione di queste ultime a percorsi di formazione e inserimento lavorativo, emergendo più il momento del controllo che non del sostegno ai destinatari di entrambe le misure. In tale prospettiva si muove la previsione della comunicazione informatica tra enti previdenziali e Ministero del lavoro dei dati relativi ai percettori dei trattamenti di sostegno al reddito, nonché di disoccupazione.

⁽³⁴⁾ Si rinvia a D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali tra continuità e discontinuità*, in *Previdenza e assistenza pubblica e privata*, 2005, n. 1, 35 ss.

⁽³⁵⁾ Sul tema della cancellazione dalle liste di mobilità e dei ricorsi avverso tale provvedimento, con particolare riferimento al profilo della competenza sia ad adottare il provvedimento sia a decidere dei ricorsi, è recentemente intervenuto il Ministero del lavoro con la nota 19 marzo 2008, prot. n. 14/3947; ivi il Ministero afferma che l'art. 9, l. n. 223/1991, deve ritenersi implicitamente abrogato sotto il profilo sostanziale dall'art. 1-*quinquies* della l. n. 291/2004 e sotto quello procedurale dall'art. 1, comma 7, della l. n. 127/2006, ed infatti la prima norma configura una disciplina generale che si applica in tutte le ipotesi in cui il lavoratore destinatario di trattamenti previdenziali o di sussidi legati allo stato di disoccupazione o inoccupazione, venga coinvolto in un percorso lavorativo o di formazione o di riqualificazione; la seconda norma poi, integrando la prima, ha previsto sotto il profilo procedurale la competenza dell'Inps a dichiarare la decadenza dei trattamenti previdenziali e assistenziali erogati, in relazione a condotte antidoverose dei lavoratori beneficiari, con il relativo obbligo di comunicare agli interessati il provvedimento sanzionatorio; la stessa norma ha previsto altresì la competenza delle Direzioni provinciali del lavoro a decidere i ricorsi avverso i provvedimenti di decadenza, col conseguente obbligo di comunicare l'esito all'Inps e nel caso di mobilità al competente servizio per l'impiego; dello stesso avviso è ovviamente l'Inps nella circolare 15 febbraio 2007, n. 39.

3.2.4. Infine, va notato che nel passaggio dal Patto di luglio del 2007 alla legge attuativa sono scomparsi due criteri direttivi, che richiamavano altrettante misure per la realizzazione della riforma degli strumenti di sostegno al reddito.

In primo luogo, non è stato più previsto il concorso solidaristico del sistema delle imprese per integrare le risorse finanziarie disponibili per la piena attuazione della riforma: tale concorso, già operante all'interno del sistema complementare e integrativo, rimarrà circoscritto a quest'ultimo o sarà esteso, come sembra auspicabile, a quello obbligatorio? E, in questa ipotesi, a quali condizioni e in che misura ⁽³⁶⁾? Totalmente assente è altresì ogni riferimento al profilo del concorso non solidaristico, ma addizionale e obbligatorio, oggi già operante: eppure era circolata di recente una proposta di estendere al sistema di contribuzione per la disoccupazione il meccanismo previsto per la contribuzione Inail (una sorta di *bonus-malus*, il primo a favore di chi non ne usa, il secondo a carico di chi ne usa o ne abusa) ⁽³⁷⁾.

In secondo luogo, non v'è più menzione, nella norma delega, della concertazione, e cioè della necessità di una sede permanente di confronto e di verifica con le parti sociali, scelta tanto più censurabile se si tiene conto dell'importanza del ruolo che l'autonomia collettiva va acquisendo in materia (*infra*).

3.3. Oltre a dettare i criteri direttivi per la riforma degli ammortizzatori sociali, la legge n. 247/2007, anche in questo caso recependo le indicazioni presenti nel Patto, ha adottato modifiche alla disciplina degli ammortizzatori sociali già immediatamente applicabili, alle quali si sono aggiunte quelle contenute nella legge n. 244/2007, nella quale non mancano le ormai consuete disposizioni di carattere temporaneo ⁽³⁸⁾.

3.3.1. In primo luogo vanno richiamate le misure sul lavoro agricolo (commi 62, 63 e 64 della legge n. 247/2007) e nello specifico in tema di formazione continua dei lavoratori dipendenti del settore agricolo, che viene finanziata attraverso il trasferimento al Fondo paritetico interprofessionale per la formazione continua, indicato dal datore di lavoro e al quale lo stesso aderisca, della percentuale dello 0,3 dell'aliquota contributiva per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione volontaria ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Si veda G.G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, cit.

⁽³⁷⁾ Si veda D. GAROFALO, *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzioni agli Enti Bilaterali artigiani*, in *LG*, 12 ss.

⁽³⁸⁾ A tale riguardo va richiamata, innanzi tutto, l'estensione non oltre il 31 dicembre 2008 della CIGS e della mobilità ai dipendenti delle imprese commerciali con più di 50 dipendenti, alle agenzie di viaggio e turismo, compresi gli operatori turistici, con più di 50 dipendenti, alle imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti (cfr. art. 2, comma 523, l. n. 244/2007, e il connesso d.m. 25 febbraio 2008); in secondo luogo, l'estensione sempre al 31 dicembre 2008 della possibilità, già prevista dall'art. 1, comma 1, l. n. 52/1998, d'iscrizione nelle liste di mobilità dei lavoratori licenziati per giustificato motivo oggettivo da aziende fino a 15 dipendenti (cfr. art. 2, comma 525, l. n. 244/2007). Va ricompresa in questo pacchetto di norme a durata limitata anche quella che estende sempre al 31 dicembre 2008 la solidarietà senza CIGS ex art. 5, l. n. 236/1993, su cui si veda *infra*.

⁽³⁹⁾ Nel caso di adesione ai fondi paritetici interprofessionali nazionali per la formazione continua, i datori di lavoro del settore agricolo effettuano l'intero versamento contributivo per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, pari al 2,75% delle retribuzioni, all'Inps che, dedotti i costi amministrativi e con le modalità previste dall'art. 118, comma 3, l. n. 388/2000, provvede bimestralmen-

3.3.2. Verosimilmente per il profilo finanziario ad esse connesse, tre misure specifiche in tema di ammortizzatori sociali, destinate a settori o soggetti esclusi dal campo d'intervento di questi ultimi, sono contenute nella legge n. 244/2007.

In primo luogo va menzionata l'estensione al settore del trasporto pubblico locale del sistema previsto dall'articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996 (articolo 1, comma 303) (si veda *infra*).

3.3.3. In secondo luogo, in maniera innovativa sono previsti in favore degli iscritti alla Gestione separata Inps appositi percorsi di formazione e riqualificazione professionale, finalizzati al reinserimento lavorativo con l'erogazione in favore dei partecipanti di una prestazione sotto forma di voucher, vincolata all'effettiva partecipazione a tali percorsi. La misura del tutto sperimentale è rimessa, a livello attuativo, ad un decreto del Ministero del lavoro, il cui termine di emanazione è già abbondantemente scaduto (articolo 2, commi da 526 a 530). L'attenzione verso questa categoria di prestatori di lavoro non subordinati, coinvolti al pari di quelli subordinati in fenomeni di perdita dell'occupazione e quindi del reddito, è ascrivibile alla dottrina ancor prima che al legislatore; già nel 2001 Umberto Carabelli, discutendo al convegno di Ancona dell'ipotesi di riforma degli ammortizzatori sociali delineata nel *Libro Bianco* dell'ottobre di quell'anno, invitava a «prendere atto che sono cambiati profondamente i presupposti stessi su cui si sono fondati i precedenti equilibri dello Stato sociale»⁽⁴⁰⁾, ipotizzandosi «nuove ed articolate forme di tutela sociale» che accompagnino il cittadino/lavoratore lungo tutta la durata della sua vita, «disegnate come forme assicurative di sicurezza sociale pubbliche finanziate anche attraverso la fiscalità generale, e affiancate ed integrate da forme assicurativo/mutualistiche private»⁽⁴¹⁾. Preso atto di ciò, Carabelli riteneva coesistente alla strategia dell'occupabilità, nel «riformando sistema», una piena ed immediata inclusione nel sistema di ammortizzatori sociali di tutte le multiformi esperienze lavorative, anche di tipo parasubordinato e autonomo⁽⁴²⁾. È passato esattamente un lustro perché tale invito trovasse disponibile il legislatore ad abbinare gli ammortizzatori sociali al lavoro autonomo parasubordinato. Si allude alla possibilità, prevista nella Legge Finanziaria per il 2007⁽⁴³⁾, di «sostenere programmi per la riqualificazione professionale ed il reinserimento occupazionale» dei co.co.pro. che abbiano collaborato presso aziende in crisi. Tale disposizione, poi non attuata per la mancata emanazione della prevista decretazione ministeriale, è importante più sul piano di principio che su quello empirico, perché è la prima volta che il legislatore prevede un ammortizzatore sociale per i lavoratori autonomi⁽⁴⁴⁾, crollando così un tabù. Va peraltro eviden-

te al trasferimento dello 0,30% al Fondo paritetico interprofessionale indicato dal datore di lavoro (art. 1, comma 63, l. n. 247/2007); viceversa per i datori di lavoro che non aderiscono ai Fondi paritetici la quota dello 0,30% è destinata al Fondo di rotazione per la formazione continua ex art. 9, l. n. 236/1993 (art. 1, comma 64, l. n. 247/2007).

⁽⁴⁰⁾ Si veda U. CARABELLI, *op. cit.*, 45.

⁽⁴¹⁾ Ivi, 46.

⁽⁴²⁾ Ivi, 49.

⁽⁴³⁾ Si veda l'art. 1, comma 1156, lett. d, l. n. 296/2006.

⁽⁴⁴⁾ Il giudizio, pienamente condivisibile, è di M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali prorogati*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il lavoro nella Finanziaria 2007*, Ipsa, Milano, 2007, 21-22;

ziato che l'intervento è circoscritto alle aziende in crisi, ed è pertanto riconducibile al fenomeno dell'estensione degli ammortizzatori sociali, e nello specifico della CIGS, al c.d. indotto delle aziende in crisi (imprese artigiane con influsso gestionale prevalente, mensa e pulizie) ⁽⁴⁵⁾ in qualche modo assimilando il lavoratore parasubordinato all'impresa economicamente dipendente dalla grande impresa in crisi, ma con la fondamentale ed ovvia differenza che in questo caso l'ammortizzatore opera direttamente a favore del collaboratore.

Più corposo è il secondo tentativo, abortito il primo, reperibile nella manovra di fine 2007, affidato ad un pacchetto di norme finalizzate a sostenere il reinserimento lavorativo dei parasubordinati («alcune categorie di lavoratori iscritti nella Gestione separata») attraverso «appositi percorsi di formazione e riqualificazione professionale» sostenuti da una prestazione assistenziale erogata sotto forma di voucher, il cui godimento è vincolato all'effettiva partecipazione a tale percorso.

In aggiunta a tale misura è stata prevista l'istituzione del «Fondo credito per il sostegno dell'attività intermittente dei lavoratori a progetto iscritti alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, e che non risultino assicurati presso altre forme obbligatorie, al fine di consentire in via esclusiva ai lavoratori medesimi di accedere, in assenza di contratto, ad un credito fino a 600 euro mensili per dodici mesi con restituzione posticipata a venti-quattro o trentasei mesi, in grado di compensare cadute di reddito collegate ad attività intermittenti» (comma 72, articolo 1, legge n. 247/2007).

Per entrambe le misure, al pari della norma del 2006, l'attuazione è rimessa ad emanandi decreti ministeriali allo stato, pur scaduto il termine assegnato, non ancora adottati, né è possibile formulare previsioni per l'anticipata chiusura della passata legislatura. Tanto si riflette sulla previsione che, dopo una prima sperimentazione, si provvederà alla «eventuale messa a regime di strumenti per il reinserimento lavorativo» di questi lavoratori attingendo in ogni caso alle risorse derivanti dalla programmazione dei Fondi FSE ⁽⁴⁶⁾.

L'ultimo intervento del legislatore statale è stato invero preceduto, e sotto certi aspetti preparato, dalle iniziative ad opera di alcune Regioni a sostegno dei lavoratori parasubordinati, ove coinvolti dalla crisi delle aziende in cui operavano (si veda *infra*) ⁽⁴⁷⁾.

Certo, troppo poco per affermare che l'universalizzazione della tutela, da più parti auspicata ⁽⁴⁸⁾, abbia valicato il confine della subordinazione per irrompere nell'area dell'autonomia, ma, come si è già detto, il tabù è caduto sicché nessuno può escludere che la tutela previdenziale, per numerosi eventi già accordata ai parasubordinati, possa nel breve periodo estendersi, una volta risolti i problemi di

l'Autore qualifica la norma sui co.co.pro. «strutturale ma programmatica», con un'evidente contraddizione.

⁽⁴⁵⁾ Si veda per le imprese artigiane l'art. 12, commi 1 e 2, l. n. 223/1991; per le imprese che gestiscono servizi di mensa l'art. 23, comma 1, l. n. 155/1981; per quelle che gestiscono servizi di pulizie l'art. 1, comma 7, l. n. 451/1994.

⁽⁴⁶⁾ Si veda l'art. 2, commi 526-530, l. n. 244/2007.

⁽⁴⁷⁾ Si veda la d.G.R. Piemonte 28 luglio 2003, n. 92/10150.

⁽⁴⁸⁾ Uno dei suoi massimi sostenitori è senza dubbio M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, cit., ma anche F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., non condivide, pur comprendendone le ragioni di carattere finanziario, la mancata estensione ai lavoratori parasubordinati del trattamento di disoccupazione con requisiti ridotti, come sarebbe stato invece auspicabile.

finanziamento, a quella contro la disoccupazione involontaria. Un sintomo inequivoco di tale linea di tendenza può cogliersi proprio nella disciplina degli adempimenti formali ai quali è obbligato il committente nel momento genetico, novativo ed estintivo del rapporto di collaborazione ma anche dell'associazione in partecipazione; al di là delle improprietà talvolta terminologiche, talaltra categoriali, rinvenibili in tale intervento legislativo, che estende ai lavoratori non subordinati alcuni meccanismi di tutela tipici di quelli subordinati, resta indiscutibilmente il dato di un'attenzione dell'ordinamento verso l'area del lavoro autonomo proprio con riferimento al profilo della disoccupazione. È singolare che in questo caso il legislatore previdenziale sia stato "scavalcato" da quello lavoristico, anche se ciò è giustificato da ragioni squisitamente finanziarie.

3.3.4. Infine, è prevista una ulteriore proroga della disciplina in tema di solidarietà senza CIGS (articolo 2, comma 531) (si veda *infra*).

3.4. Formulando una valutazione d'insieme dell'ipotesi di riforma innanzi sintetizzata – e così si risponde al terzo interrogativo – emerge prepotentemente un dato, e cioè che la riforma non trascura, anzi presuppone, il concorso pubblico/privato nella gestione degli ammortizzatori sociali, come testimoniano i tre criteri direttivi che prevedono rispettivamente il coinvolgimento delle aziende nella ricollocazione dei lavoratori, quello delle agenzie per il lavoro nella realizzazione delle politiche attive ed, infine, il forte ruolo degli Enti bilaterali; nel passaggio dal Patto alla legge – come già detto – è scomparso il concorso solidaristico del sistema delle imprese per il profilo finanziario, che in ogni caso ha un valore rilevante, se non proprio determinante, per finanziare il bilateralismo.

È idoneo tale progetto riformatore a superare tutte le criticità che caratterizzano l'attuale sistema degli ammortizzatori sociali e che hanno reso non più differibile quella riforma annunciata ed attesa da oltre un decennio?

Michele Miscione, nelle conclusioni della relazione alle giornate di studio veneziane dell'AIDLASS di maggio 2007, auspicava, innanzitutto, una razionalizzazione del sistema, onde eliminare le attuali discriminazioni: questa esigenza sembra essere stata tenuta presente nel progetto governativo; in secondo luogo, un miglioramento degli ammortizzatori sociali nel rispetto dell'articolo 38, comma 2, Cost. con specifico riferimento all'indennità di disoccupazione ordinaria: anche questa esigenza è stata considerata nel progetto governativo – in parte già anticipato dalla stabilizzazione, con la Legge Finanziaria per il 2007 – delle misure introdotte con la legge n. 80/2005 e poi definitivamente confermata con l'intervento in materia contenuto nella legge n. 247/2007; in terzo luogo, l'universalizzazione delle tutele: anche questo obiettivo è riaffermato nel progetto governativo ma non anche, almeno stando alla lettera della norma delega, nella legge n. 247/2007, che prudenzialmente opta per una progressiva estensione.

Tali imprescindibili obiettivi, però, concludeva Miscione, devono essere affidati ad un ente pubblico e realizzati con risorse pubbliche onde evitare «il rischio di settorializzazioni e privatismi esasperati»⁽⁴⁹⁾, escludendo, pertanto, che la tutela

⁽⁴⁹⁾ Si veda M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, cit.

minima possa essere affidata agli Enti bilaterali, al più competenti per il trattamento integrativo.

Per parte sua Franco Liso, pur condividendo le linee generali della ipotesi di riforma delineata nel Protocollo («riproposizione di alcune condivisibili direttrici»), estende ad essa il giudizio di indeterminatezza formulato per quelle che l'hanno preceduta nell'ultimo decennio, criticando in ogni caso il totale silenzio sul reddito minimo di inserimento (terzo livello del sistema prospettato dalla Commissione Onofri). Positivo è il giudizio sul forte ruolo degli Enti bilaterali non tanto per la funzione prestazionale, oramai acquisita in determinati settori, quanto per quella di controllo sul funzionamento degli ammortizzatori specie ove estesi alle aziende di piccole dimensioni; si tratta di una funzione nuova ed apprezzabile, anche se idonea a produrre situazioni di contrapposizione tra sindacato e singolo lavoratore, storicamente considerate innaturali. Liso ha perfettamente ragione tanto è vero che nella legge n. 247/2007 questa funzione è scomparsa⁽⁵⁰⁾!

La scelta del legislatore, ovviamente frutto delle pressioni della *lobby* sindacale, è a dir poco criticabile se si considera che la condizionalità opera soltanto per gli ammortizzatori a carico del *welfare* pubblico e non anche per quelli erogati nel sistema bilaterale (ma in direzione opposta va il Ccnl del settore turismo, si veda *infra*), sicché la previsione di una funzione di controllo, ponendo in capo agli Enti bilaterali un obbligo in tal senso, avrebbe colmato questa inevitabile lacuna; l'obiezione a tale considerazione potrebbe essere quella della natura privatistica delle fonti di finanziamento del bilateralismo, obiezione che porta in emergenza l'equivoco che si annida al fondo del fenomeno del bilateralismo che si avvale sì di risorse private, ma anche pubbliche, e nello specifico, da un lato, del contributo dello 0,30% previsto per le aziende che aderiscono ai Fondi bilaterali per la formazione continua⁽⁵¹⁾ e, per altro verso, della contribuzione prevista dalla contrattazione collettiva a carico delle aziende aderenti, ma secondo certa dottrina anche a carico di quelle non aderenti ove destinatarie di benefici e agevolazioni pubbliche (si veda *infra*)⁽⁵²⁾.

Tale impostazione "pubblicistica" non sembra trovare piena corrispondenza in quella "privatistica" del Protocollo. A ben guardare, non è tanto uno scontro di impostazioni o, se si preferisce, "ideologico", quanto lo scontro tra il "dover essere" al fondo della proposta di Miscione e l'"essere" che aleggia nella proposta governativa.

Se si accetta tale valutazione sorge, però, un diverso e rilevante interrogativo, e cioè se sia necessaria una riforma o non sia sufficiente insistere nella strada intrapresa dall'autonomia collettiva, a partire dalle esperienze del settore artigianato, risalenti agli inizi degli anni Ottanta, e dalle Regioni che, all'indomani della riforma costituzionale del 2001, hanno introdotto misure di sostegno al reddito nelle leggi sul mercato del lavoro varate in forza delle competenze ad esse attribuite dall'articolo 117, commi 3 e 4, Cost.

⁽⁵⁰⁾ Si veda l'art. 1, comma 29, lett. f, l. n. 247/2007.

⁽⁵¹⁾ Si veda l'art. 118, l. n. 388/2000 e successive modificazioni.

⁽⁵²⁾ Il riferimento è a V. BAVARO, *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *LG*, 2007, 1169.

L'opinione di chi scrive è già nota, avendola manifestata nel corso delle giornate di studio veneziane di maggio 2007, mentre già era in corso il confronto Governo/parti sociali poi sfociato nel Protocollo del 23 luglio 2007⁽⁵³⁾.

Del resto avrebbe fortemente meravigliato reperire nel Protocollo un'ipotesi di riforma orientata al "pubblico" e quindi in direzione opposta a quella che connota l'evoluzione della disciplina del mercato del lavoro dell'ultimo decennio, che non sembra sia oggetto di "rivoluzione" nel Protocollo che, pur riaffermando la competenza esclusiva dei servizi pubblici a certificare lo stato di disoccupazione, ribadisce l'esigenza di una compresenza dei servizi pubblici e di agenzie private, vista come "un'opportunità da ampliare"⁽⁵⁴⁾.

Ovviamente tale affermazione va comprovata, occorre cioè dimostrare che «in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali» (espressione che dal 1996 in poi è rinvenibile in tutti i provvedimenti, legislativi e non, in materia) si è andato sviluppando un nuovo *welfare* in senso locale, settoriale ed autofinanziato, che affida la tutela ai Fondi bilaterali, per un verso, e alle Regioni, per l'altro verso.

4. Iniziando dal ruolo dell'autonomia collettiva, a quest'ultima si deve la diffusione della tutela della disoccupazione attraverso i Fondi bilaterali, con funzione in alcuni casi integrativa di quella accordata dalla legge, in altri sostitutiva, in assenza di tutela *ex lege*⁽⁵⁵⁾.

La settorializzazione dell'intervento di sostegno al reddito, funzionale al sistema di finanziamento, viene utilizzata soprattutto per l'estensione del campo di intervento delle tutele.

Aggiungere agli ammortizzatori sociali pubblici «un ulteriore livello di solidarietà da gestire attraverso i classici meccanismi della bilateralità»⁽⁵⁶⁾ (ammortizzatori di categoria) costituisce un nuovo modello di intervento che non è più solo pubblico, ma è anche di origine e impegno collettivo-sindacali⁽⁵⁷⁾.

L'analisi della contrattazione collettiva nazionale stipulata a partire dal 2000, effettuata con riferimento alla tematica degli ammortizzatori sociali⁽⁵⁸⁾, consente di cogliere un atteggiamento delle parti sociali non univoco, potendosi individuare tre diversi approcci:

⁽⁵³⁾ Si veda D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro (Venezia, 25-26 maggio 2007)*, cit., 271.

⁽⁵⁴⁾ Per un commento sistematico ed organico della norma delega sul riordino dei servizi per l'impiego *sub art. 1, comma 31, l. n. 247/2007*, si veda V. FILÌ, *op. cit.*

⁽⁵⁵⁾ Sul contributo della contrattazione collettiva G.G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, cit., formula un giudizio negativo in quanto la stessa, nella modesta funzione di "tappabuchi", non sembra aver dato un contributo particolarmente importante al sistema della tutela sociale nel mercato, ad eccezione del settore artigiano. Di opinione decisamente contraria è M. NAPOLI, *Diritto del lavoro e riformismo sociale*, in *LD*, 2008, 337 ss.), che, in maniera condivisibile, denuncia la «superbia intellettuale dei giustlavoristi» nello svalutare la pratica sociale del bilateralismo, dimenticando che tali pratiche sono espressione genuina dell'autonomia collettiva; *adde* D. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali tra pubblico e privato*, cit.

⁽⁵⁶⁾ G. ZAMPINI, *Enti Bilaterali e previdenza: appunti sulle istituzioni del nuovo stato sociale*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 1999, in www.labourlawjournal.it, parla di «forme decentrate e autogestite di assicurazione».

⁽⁵⁷⁾ Si veda M. NAPOLI, cit.

⁽⁵⁸⁾ Sono stati analizzati circa 40 Ccnl, escludendo tutti quelli che non hanno fornito alcun contributo in materia.

- Ccnl che adottano una disciplina in tema di ammortizzatori sociali, attribuendone la competenza agli Enti bilaterali ⁽⁵⁹⁾;
- Ccnl che optano per il modello dei Fondi *ex* articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996;
- Ccnl che si astengono dall'intervenire in materia in attesa della riforma.

Partendo dal primo modello, alcuni Ccnl recepiscono la progressiva valorizzazione e l'ampliamento, da parte del legislatore, dello spazio d'azione degli Enti bilaterali, attribuendo a questi ultimi l'intervento a sostegno degli esuberanti, non più limitato alle misure di politica attiva del lavoro (in particolare la formazione professionale) ma esteso al sostegno al reddito, specie nelle aree non coperte dalla CIGS e dalla mobilità, sul modello del settore dell'artigianato, vero precursore in materia. Questa parte della contrattazione in certo qual modo previene l'auspicata riforma.

All'interno dei contratti riconducibili a questo modello, sono poi rinvenibili alcune sfumature. Ed infatti alcuni Ccnl individuano tra gli scopi degli Enti bilaterali quello di promuovere lo sviluppo e la diffusione di forme integrative nel campo della previdenza e dell'assistenza ⁽⁶⁰⁾; altri Ccnl attribuiscono ad organismi bilaterali lo scopo di individuare politiche formative e strumenti più idonei a governare fenomeni di esubero di personale e il conseguente sostegno al reddito ⁽⁶¹⁾; altri ancora attribuiscono al Fondo bilaterale il compito di perseguire politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione ⁽⁶²⁾; ed infine alcuni Ccnl prevedono la riduzione del contributo Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria (CIGO) per finanziare ammortizzatori sociali contrattuali di settore in regime di mutualizzazione ovvero per integrare quelli legali ⁽⁶³⁾.

Al secondo modello, fanno capo i Ccnl che hanno optato per i Fondi *ex* articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996, rifacendosi all'esperienza del settore del credito, anch'esso precursore in materia ⁽⁶⁴⁾.

Sulla diversità esistente tra questi due modelli di intervento si veda *infra*.

In posizione antitetica si collocano quei contratti, riconducibili al terzo modello citato, che si muovono nella logica della tutela statale, mai evocando l'intervento delle Regioni che pur comincia a prendere corpo nelle leggi sul mercato del lavoro adottate da alcune di esse, a partire dal 2003; anche sul contributo regionale in materia si veda *infra*. Tali contratti si limitano a sporadici interventi integrativi della normativa vigente, auspicandone la riforma. Nello specifico, in questo terzo gruppo possono individuarsi Ccnl che:

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Accordo Interconfederale artigianato del 17 marzo 2004; Ccnl imprese artigiane metalmeccaniche del 27 novembre 1997.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Ccnl agenzie marittime raccomandatarie, agenzie aeree e mediatori marittimi del 22 aprile 2004; Ccnl commercio e servizi del 2 luglio 2004.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Ccnl autoferrottranvieri ed internavigatori e dei dipendenti dalle aziende private esercenti autolinee in concessione del 27 novembre 2000; Ccnl istituti scolastici gestiti da enti privati del 26 marzo 2003; Ccnl catene alberghiere del 16 ottobre 2003; Ccnl commercio e servizi del 2 luglio 2004; ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl turismo del 31 luglio 2007.

⁽⁶²⁾ Si veda l'Accordo Interconfederale settore artigianato del 17 marzo 2004.

⁽⁶³⁾ Si veda il Ccnl edili ed affini p.m.i. dell'11 giugno 2004.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Ccnl addetti al settore delle attività ferroviarie e servizi connessi del 16 aprile 2003; Ccnl settore elettrico del 24 luglio 2001; Ccnl quadri direttivi e aree professionali delle imprese creditizie e finanziarie del 12 febbraio 2000.

- auspicano l'adozione attraverso la riforma degli ammortizzatori sociali di adeguati strumenti per il settore ⁽⁶⁵⁾;
- si limitano a prevedere iniziative formative di supporto agli ammortizzatori sociali e non anche un sostegno al reddito ⁽⁶⁶⁾;
- si limitano a prevedere il ricorso agli ammortizzatori sociali, nulla dicendo in ordine alla loro necessaria riforma ⁽⁶⁷⁾;
- prevedono l'obbligo per le aziende di richiedere l'intervento della CIG prima di far ricorso alla riduzione di personale, ove ricorrano le condizioni previste dalle leggi ⁽⁶⁸⁾;
- prevedono un trattamento in favore degli apprendisti in caso di ricorso alla CIGO ⁽⁶⁹⁾;
- disciplinano l'eventuale interazione tra CIG e malattia ⁽⁷⁰⁾;
- prevedono forme di mobilità extra-aziendale per la ricollocazione degli esuberanti ⁽⁷¹⁾.

4.1. Sotto il profilo storico-evolutivo, il fenomeno della espansione della tutela della disoccupazione attraverso il bilateralismo può essere scandito in quattro fasi.

La prima coincide senza ombra di dubbio con l'istituzione del Fondo bilaterale del comparto artigiano, con articolazione regionale e struttura intercategoriale (*infra*) ⁽⁷²⁾.

Sul modello di quest'ultimo – passandosi così alla seconda fase – il legislatore ha previsto nel 1996 (articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996), per le categorie ed i settori sprovvisti di ammortizzatori sociali, l'istituzione di Fondi di sostegno al reddito nell'ambito dei processi di ristrutturazione aziendale e per fronteggiare situazioni di crisi (bilateralismo *ex lege*); vanno richiamati a tale riguardo i Fondi operanti nei settori del credito, anche cooperativo, assicurazioni private in LCA, monopoli di Stato, riscossione tributi erariali, giornalisti, Ferrovie dello Stato, trasporto aereo, elettrici e, da ultimo, trasporto pubblico locale (*infra*).

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Ccnl giocattoli p.m.i. del 1° luglio 1995; Ccnl giocattoli del 1° gennaio 2000; Ccnl lana, feltro e articoli da caccia del 1° gennaio 2000; Ccnl pelli e cuoio p.m.i. del 19 maggio 2000; Ccnl tessili e abbigliamento p.m.i. del 19 maggio 2000; Ccnl penne, spazzole e pennelli p.m.i. del 31 dicembre 2003; Ccnl agenzie marittime raccomandatarie, agenzie aeree e mediatori marittimi del 1° aprile 2004.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Ccnl agenzie marittime raccomandatarie, agenzie aeree e mediatori marittimi del 1° aprile 2004; Ccnl imprese di manutenzione del verde pubblico e privato del 1° gennaio 2006.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Ccnl ombrelli e ombrelloni del 1° luglio 1996; Ccnl occhiali del 1° gennaio 2000; Ccnl seta e fibre artificiali e sintetiche del 1° gennaio 2000; Ccnl maglieria, calzetteria e tessuti a maglia del 19 maggio 2000; Ccnl penne, spazzole e pennelli del 15 giugno 2000.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Ccnl industria conciaria del 17 settembre 2003; Ccnl cemento, calce, gesso e malte del 1° marzo 2004; Ccnl laterizi e calcestruzzo del 26 ottobre 2004.

⁽⁶⁹⁾ Si veda il Ccnl edili artigianato del 1° ottobre 2004.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. Ccnl lana, feltro e articoli da caccia del 1° gennaio 2000; Ccnl maglieria e calzetteria del 19 maggio 2000.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Ccnl ombrelli e ombrelloni del 1° luglio 1996; Ccnl imprese edili artigiane p.m.i. del 1° ottobre 2004.

⁽⁷²⁾ La istituzione e il funzionamento dei Fondi bilaterali regionali per il sostegno al reddito dei lavoratori del comparto artigiano è riconducibile ai quattro Accordi interconfederali 21 dicembre 1983, 27 febbraio 1987, 21 luglio 1988, 22 giugno 1993. I Fondi bilaterali regionali, cogestiti dalle rispettive organizzazioni sindacali, sono finanziati dalle imprese del settore con un contributo pari a 10 ore annue di retribuzione contrattuale per ciascun lavoratore.

La terza fase coincide con l'istituzione, nel 2000 ⁽⁷³⁾, dei Fondi paritetici inter-professionali nazionali per la formazione continua, sulla falsariga del Fondo bilaterale per i lavoratori temporanei istituito dall'articolo 5, legge n. 196/1997 ⁽⁷⁴⁾.

La quarta e ultima fase si caratterizza per la diffusione di Fondi mutualistici bilaterali a gestione totalmente privatistica, anche per zone geografiche (bilateralismo *ex contractu*); in questa tipologia si collocano i Fondi operanti nel settore del terziario e per i dirigenti.

La progressiva estensione del sostegno al reddito attraverso i Fondi è ricollegabile all'esigenza di ampliare il campo di intervento delle tutele, "a costo zero" per le pubbliche finanze (come già detto ad ogni ipotesi di riforma si ribadisce che la stessa debba realizzarsi "a costo zero").

L'opzione per una gestione degli ammortizzatori sociali attraverso i Fondi costituisce una rivisitazione del modello mutualistico ⁽⁷⁵⁾, ma con una significativa variante, in quanto nella impostazione originaria l'intervento attraverso i Fondi tende ad una solidarietà di settore: il livello categoriale rappresenta il luogo ove si attua una solidarietà tra imprese dello stesso settore, con l'eventuale concorso contributivo dei lavoratori (intervento esclusivo); viceversa nella attuale prospettiva, una gestione attraverso i Fondi dovrebbe connotarsi come intervento inclusivo delle aree escluse ed intervento razionalizzatore per le aree già incluse chiamando al finanziamento, in ogni caso, il datore di lavoro, in base alla sua maggiore o minore responsabilità nella determinazione delle eccedenze ⁽⁷⁶⁾.

Secondo Miscione, demandare alla contrattazione la gestione della tutela "di categoria" (costituire i Fondi e definire finanziamenti e prestazioni) comporta il rischio di una "corporativizzazione delle tutele", che da un lato amplia i profili sperequativi; dall'altro allontana sempre più l'obiettivo di riformare gli ammortizzatori sociali attraverso l'introduzione di un sistema universalistico di protezione generalizzata in favore di tutti i lavoratori in eccedenza.

Non dissimile il giudizio negativo di Liso che, etichettando l'intervento del bilateralismo come "ammortizzatori fai da te", lo considera sintomo dell'aggravarsi del particolarismo che connota il sistema disorganicamente affermatosi dopo la riforma del 1991 ⁽⁷⁷⁾.

Dissentendo da tali posizioni critiche verso il diffondersi dell'intervento del bilateralismo, che appaiono più ideologiche che pragmatiche, in ogni caso poco realistiche, si osserva che in realtà la *ratio* inclusiva che connota l'intervento attraverso i Fondi, unitamente ad una gestione oculata e soprattutto controllata delle risorse, potrebbe eliminare o quantomeno attenuare proprio le sperequazioni oggi esistenti nel sistema pubblico, denunciate con forza da Miscione e da Liso.

⁽⁷³⁾ Si veda l'art. 118, l. n. 388/2000, che dà attuazione a quanto previsto dall'art. 17, l. n. 196/1997.

⁽⁷⁴⁾ L'art. 5, l. n. 196/1997, è stato abrogato dal d.lgs. n. 276/2003 e sostituito dall'art. 12 di quest'ultimo, che ha previsto la costituzione di un Fondo bilaterale per i lavoratori somministrati.

⁽⁷⁵⁾ V. U. CARABELLI, *op. cit.*, 48-51.

⁽⁷⁶⁾ Si veda M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, relazione svolta alle Giornate di studio di Diritto del lavoro organizzate dall'AIDLASS, in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro (Venezia, 25-26 maggio 2007)*, cit., ma ancor prima, sul coinvolgimento finanziario delle imprese «in quanto destinate a godere dei vantaggi derivanti dalla maggiore flessibilità assicurata dalla complessiva strategia dell'occupabilità», U. CARABELLI, *op. cit.*, 50.

⁽⁷⁷⁾ F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit.

Ovviamente non vanno sottovalutati i problemi connessi all'utilizzo dei Fondi e cioè la non sempre agevole interazione tra legge/contratto collettivo/fonti amministrative, il limitato ambito soggettivo di efficacia dei contratti collettivi di diritto comune, la insopprimibile libertà di adesione del lavoratore a forme di previdenza o assistenza di diritto privato ed, infine, l'obbligatorietà o meno del versamento di determinati contributi agli Enti bilaterali.

Si tratta di problemi di non poco conto, ma che non sono in grado di incidere negativamente sulla consistenza del fenomeno, mettendone in discussione il ruolo nella prospettiva di riforma degli ammortizzatori sociali.

4.2. Circoscrivendo la riflessione all'ultimo dei problemi evidenziati, va segnalato un rinnovato interesse della dottrina nei confronti di tale tematica, a distanza di 15 anni dall'appassionato dibattito della metà degli anni Novanta suscitato dalla norma introdotta con l'articolo 3 della legge n. 151/1993, in forza della quale «per le imprese rientranti nella sfera di applicazione dei contratti collettivi nazionali dell'artigianato, il riconoscimento dei benefici di cui agli articoli 1 e 2 è subordinato all'integrale rispetto degli istituti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi di lavoro»⁽⁷⁸⁾. Com'è noto all'opinione che tale onere non riguardasse le clausole dei contratti collettivi che prevedono l'obbligo di versamento della contribuzione ai Fondi bilaterali di sostegno al reddito dei lavoratori, avendo natura obbligatoria, si contrapponeva chi ne affermava la natura economico-normativa, valorizzando le ricadute della contribuzione ai Fondi sul singolo rapporto di lavoro e riconducendo le prestazioni dei Fondi al trattamento minimo *ex* articolo 36 Cost.⁽⁷⁹⁾.

Sul problema è intervenuta, sia pure a distanza di molti anni dal varo della norma in questione, la Corte di Cassazione, con l'ormai nota sentenza del 10 maggio 2001, n. 6530, sostenendo che doveva riconoscersi natura retributiva solo alle prestazioni che gli Enti bilaterali dovessero corrispondere in sostituzione di precisi obblighi del datore di lavoro, mentre le altre, di carattere meramente eventuale e connesse al verificarsi di determinate situazioni pregiudizievoli, hanno natura previdenziale e assistenziale, con l'effetto che nei confronti degli Enti bilaterali diversi dalle Casse Edili, che erogano prestazioni non connesse a clausole normative contrattuali, non v'è l'obbligo di versamento della contribuzione, rientrando le clausole collettive che prevedono detto obbligo nella parte obbligatoria del contratto collettivo, vincolante soltanto per le organizzazioni firmatarie⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ F.STOLFA, *Imprese artigiane: le condizioni per ottenere benefici*, in *DPL*, 1994, 1584 ss.; F.STOLFA, *La vicenda degli Enti bilaterali artigiani*, in *DPL*, 1994, 2517 ss.; F.STOLFA, *Enti bilaterali artigiani e benefici contributivi*, in *DPL*, 1997, 3037 ss.

⁽⁷⁹⁾ P. ICHINO, *Estensione dell'obbligo di adesione ai Fondi di sostegno al reddito*, in *DPL*, 1997, 3421; M. MISCIONE, *Il sostegno al reddito degli Enti bilaterali*, in *DPL*, 1997, 2577; A. BELLAVISTA, *Benefici contributivi e enti bilaterali artigiani*, in *RGL*, 1998, II, 468.

⁽⁸⁰⁾ Cass. 10 maggio 2001, n. 6530, singolarmente, è stata totalmente ignorata dalle riviste specialistiche, ma è stata pubblicata sulla rivista dell'Inps, in *IPrev*, 2001, 1018 ss., nonché in *GI*, 2002, I, 490 ss.; in senso contrario si veda Trib. Firenze 25 novembre 2002, in *D&L*, 2003, 365 ss.

Sembrava che il legislatore avesse tentato di superare tale orientamento della Cassazione, modificando nel 2003 ⁽⁸¹⁾ l'articolo 3 citato, il cui testo è stato interamente riscritto, prevedendosi che «per le imprese artigiane, commerciali e del turismo rientranti nella sfera di applicazione degli accordi e contratti collettivi nazionali, regionali e territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, il riconoscimento di benefici normativi e contributivi è subordinato all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Ma a non credere a tale ipotesi interpretativa è stato proprio il Ministero del lavoro che con la circolare 15 gennaio 2004, n. 4, ha ribadito la soluzione negativa sostenuta dalla Cassazione ⁽⁸²⁾, ed anzi ha affermato di recente che l'obbligo del versamento del contributo agli Enti bilaterali, quale condizione per fruire dei benefici di legge, non sussiste neanche per le imprese iscritte all'associazione sindacale firmataria del contratto collettivo ⁽⁸³⁾.

A fronte di tale soluzione, da considerarsi ormai acquisita per il concorso di posizioni interpretative conformi ed autorevoli per la fonte da cui promanano, apprezzabile ma poco condivisibile è stato il tentativo, recentemente compiuto da Bavaro ⁽⁸⁴⁾, di sostenere l'obbligatorietà della contribuzione in favore degli Enti bilaterali, riproponendo sostanzialmente la tesi già sostenuta da Ichino e Miscione ⁽⁸⁵⁾, con l'aggiunta dell'argomento della struttura unitaria del contratto collettivo; secondo l'Autore, la classificazione delle varie clausole del contratto collettivo (obbligatorie, normative, amministrative, sindacali, ecc.) assolve a fini euristici ma non può frantumare l'efficacia di un contratto collettivo, con l'effetto che se una norma prevede l'integrale applicazione di quest'ultimo, ciò significa che esso «deve essere applicato in ogni sua parte che disponga obblighi a carico delle imprese o dei lavoratori (e ciascuno, individualmente o collettivamente)». Bavaro conclude tale sua ipotesi interpretativa, escludendo che la stessa possa essere in contrasto con la libertà sindacale *ex* articolo 39 Cost., in quanto il versamento della contribuzione agli Enti bilaterali non prevede l'obbligo di iscriversi all'associazione sindacale da cui questi ultimi promanano e, in ogni caso, questo sarebbe un onere e non anche un obbligo. Infine secondo l'Autore non sussisterebbe una violazione della libertà di concorrenza, considerata dal punto di vista dell'impresa obbligata a versare.

⁽⁸¹⁾ Si veda l'art. 10, l. n. 30/2003; nel senso del superamento con questa norma della posizione espressa da Cass. n. 6530/2001, cit., si veda D. GAROFALO, *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani*, in *LG*, 2004, 12 ss.

⁽⁸²⁾ Adesivamente si veda la circ. Inps 7 giugno 2005, n. 74.

⁽⁸³⁾ Si veda la nota Min. lav. del 21 dicembre 2006 di risposta ad interpello dell'ordine dei Consulenti del Lavoro di Treviso.

⁽⁸⁴⁾ Si veda V. BAVARO, *op. cit.*, 1169.

⁽⁸⁵⁾ Giova ricordare che l'estensione dell'onere di applicare il contratto collettivo alle disposizioni ivi contenute sulla contribuzione ai Fondi bilaterali di sostegno al reddito dei lavoratori era argomentata da M. MISCIONE, *Il sostegno al reddito degli Enti bilaterali*, cit., e P. ICHINO, *op. cit.*, da un lato valorizzando le ricadute della contribuzione ai fondi sul singolo rapporto di lavoro, dall'altro lato riconducendosi le prestazioni dei Fondi al trattamento minimo *ex* art. 36 Cost.; ad entrambe le argomentazioni si obiettava che non v'era obbligo in capo agli Enti bilaterali di erogare le prestazioni di sostegno al reddito, del tutto eventuali.

Come detto, il tentativo, ancorché apprezzabile, non sembra aver fornito argomentazioni idonee a smontare la tesi contraria all'obbligo di versamento; tale non appare quella sulla unitarietà del contratto collettivo, perché non considera la finalità perseguita dal legislatore attraverso la previsione dell'obbligo da parte del datore di lavoro, che beneficia di incentivi e agevolazioni, di garantire ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo, il che mal si coniuga con l'obbligatorietà in capo al datore di lavoro beneficiario, ad esempio delle clausole di tregua sindacale o di raffreddamento del conflitto. La dedotta unitarietà del contratto collettivo, e la conseguente efficacia generalizzata dello stesso, collide con la presenza al suo interno di clausole della cui applicazione sicuramente si disinteressa il legislatore che pone quella condizione. Verosimilmente l'argomentazione costituisce un *posterius* e non anche un *prius* rispetto all'espressione da ultimo utilizzata dal legislatore «integrale rispetto degli accordi e dei contratti collettivi», nel senso che da quest'ultima espressione si è dedotta quella che invece dovrebbe costituire la premessa dell'argomentazione, e cioè che l'efficacia soggettiva delle clausole di vario tipo contenute nel contratto collettivo sia perfettamente identica. Senza considerare poi che nella disposizione in materia, da ultimo varata nel 2006, è scomparsa, con riferimento al rispetto dei contratti collettivi di qualsiasi livello, l'espressione «integrale»⁽⁸⁶⁾.

Per quel che concerne poi la lesione del principio di libertà sindacale *ex* articolo 39 Cost., che viene esclusa in quanto si circoscrive l'obbligo al mero versamento dei contributi, trattasi di un'argomentazione tautologica, collocata anch'essa a valle del problema della natura delle clausole che prevedono l'obbligo del versamento di tale contribuzione; si vuol dire in sostanza che, una volta qualificate tali clausole come obbligatorie, la lesione della libertà sindacale diventa inevitabile.

Non convince, infine, la terza argomentazione tendente a escludere la lesione della libertà di concorrenza, che è stata da Bavaro singolarmente circoscritta all'impresa incisa dall'obbligo del versamento; ovviamente non è questo il profilo rilevante, bensì quello della lesione della libertà di concorrenza in danno dei soggetti che concorrono nel mercato per la fornitura di servizi e prestazioni analoghe a quelle rese dagli Enti bilaterali ma senza godere di una tale poderosa forma di finanziamento.

La riflessione che precede porta in emergenza un aspetto del fenomeno del bilateralismo dal quale, proprio per l'inarrestabile diffusione del fenomeno, non può più prescindere, e cioè quello del controllo sulla utilizzazione da parte degli Enti bilaterali delle ingenti risorse che a vario titolo vengono ormai convogliate verso di essi, specie se si considera che allo stato non sussiste in capo all'Ente bilaterale alcun obbligo prestazionale nei confronti delle aziende e dei lavoratori, a differenza di quanto accade, sul versante pubblico, in capo agli enti previdenziali, e sul versante privato, in capo alle imprese che, attraverso meccanismi assicurativi ovvero contratti di fornitura di servizi, si obbligano a fornire agli assicurati determinate prestazioni.

⁽⁸⁶⁾ Si fa riferimento all'art. 1, comma 1175, l. n. 296/2006, che subordina i benefici normativi e contributivi anche al possesso del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC).

La libertà di manovra (*id est* l'assenza di controlli da parte dello Stato) di cui hanno goduto sinora le organizzazioni sindacali, per effetto della mancata registrazione *ex* articolo 39 Cost., mal si adatta alle funzioni assegnate agli Enti bilaterali e ai Fondi costituiti al loro interno, che mantengono, al pari dei sindacati, la natura di soggetto giuridico di tipo associativo non riconosciuto, ai sensi dell'articolo 36 c.c. Non può pertanto escludersi, anzi è decisamente auspicabile, che, ferma restando la libertà di scegliere la propria struttura giuridica (associazione non riconosciuta o soggetto dotato di personalità giuridica), venga esteso ai Fondi bilaterali il meccanismo di controllo pubblico previsto per i Fondi paritetici interprofessionali nazionali per la formazione continua dall'articolo 118, comma 2, legge n. 388/2000, con possibilità, in caso di irregolarità o di inadempimenti nella gestione dei Fondi, di sospensione della operatività o di commissariamento degli stessi. All'obiezione che tale forma di controllo pubblico, ammissibile a carico dei Fondi paritetici *ex* articolo 118 citato in quanto gestiscono risorse pubbliche, provenienti dal gettito della contribuzione dello 0,30% *ex* articolo 25, legge n. 845/1978, non lo sarebbe per i Fondi bilaterali istituiti dalla contrattazione collettiva, in quanto gestiscono risorse private di matrice associativa, si replicherebbe che la funzione integrativo-sostitutiva delle prestazioni erogabili unitamente all'aspettativa in capo ai lavoratori di godere delle stesse, connota in senso pubblicistico l'azione dei Fondi richiedendo quindi adeguate forme di controllo sulla gestione degli stessi. L'eventuale rifiuto del controllo equivarrebbe a rifiutare il ruolo che si sta attribuendo al bilateralismo.

4.3. L'intervento dei Fondi bilaterali a sostegno del reddito dei lavoratori sospesi o licenziati, operante solo nell'area non coperta da CIGS e mobilità, può essere di due tipi e cioè sostitutivo, ove mancante quello statale, ovvero integrativo di quest'ultimo.

4.3.1. L'analisi parte dai trattamenti di sostegno al reddito c.d. integrativi.

4.3.1.1. Nel settore artigiano, all'interno degli Enti bilaterali regionali è stato costituito il Fondo per la salvaguardia del patrimonio di professionalità di lavoro dipendente ed imprenditoriale, che costituisce un modello di tutela su base mutualistica, in quanto le imprese di tutti i settori escluse dall'obbligo di assicurazione pubblica si impegnano a versare al Fondo un contributo fisso annuale per ogni dipendente per finanziare il sostegno al reddito dei lavoratori, integrativo di quello pubblico, in caso di sospensioni di attività per crisi congiunturali con erogazione di una prestazione integrativa dell'indennità di disoccupazione, sino a raggiungere in alcuni casi l'80-90% del salario, per una durata media di 3 mesi l'anno, con una procedura sindacale che tende non solo ad accertare le cause della crisi, ma anche ad aiutare i lavoratori e l'impresa.

A tali ipotesi si è aggiunta di recente quella contemplata dalla legge n. 80/2005 (articolo 13, comma 8) che prevede il trattamento di disoccupazione con requisiti ridotti anche nel caso di sospensione dell'attività lavorativa. Va detto, a tale ri-

guardo, che costituisce sicuramente una novità, a livello legislativo⁽⁸⁷⁾, la previsione, ad opera della legge n. 80/2005, di un trattamento di disoccupazione in presenza non della cessazione del rapporto di lavoro, bensì della sospensione dell'attività lavorativa «in conseguenza di situazioni aziendali dovute ad eventi transitori, ovvero determinate da situazioni temporanee di mercato»⁽⁸⁸⁾. La corresponsione del trattamento di disoccupazione, che non può superare le 65 giornate annue (articolo 13, comma 10, legge n. 80/2005), salvo deroga (comma 84, legge n. 247/2007)⁽⁸⁹⁾ è prevista in funzione sostitutiva del trattamento di Cassa Integrazione per alcune categorie di lavoratori che ne sono esclusi⁽⁹⁰⁾ – ma non anche nei casi di contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale (articolo 13, comma 9) – con una diversificazione a seconda che questi appartengano o meno al settore dell'artigianato. Ed infatti, ove non appartenenti a quest'ultimo settore, è prevista l'indennità ordinaria con requisiti normali (articolo 13, comma 7, legge n. 80/2005). Ove invece si tratti di lavoratori del settore dell'artigianato, è riconosciuta l'indennità ordinaria con requisiti ridotti, ma subordinatamente ad un intervento integrativo pari almeno alla misura del 20% a carico degli Enti bilaterali o alla somministrazione da parte di questi ultimi di attività formativa, di durata non inferiore a 120 ore (articolo 13, comma 8, legge n.

⁽⁸⁷⁾ Secondo G.G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, cit., l'art. 13, comma 8, l. n. 80/2005 costituisce una sorta di riconoscimento legislativo dell'intervento del Fondo regionale per la tutela della professionalità e del reddito delle imprese artigiane e dei loro dipendenti, previsto nell'Accordo del 13 gennaio 1998.

⁽⁸⁸⁾ Giusta previsione dell'art. 13, comma 11, l. n. 80/2005, è stato il d.m. 1° febbraio 2006 che ha definito le situazioni aziendali, dovute ad eventi transitori ovvero determinate da situazioni temporanee di mercato, per le quali trovano applicazione le disposizioni dei precedenti commi 7 e 8, e cioè: «a) crisi di mercato, comprovata dall'andamento negativo ovvero involutivo degli indicatori economico finanziari aziendali complessivamente considerati; b) mancanza di lavoro, di commesse o di ordini; c) mancanza di materie prime non dipendente da inadempienze contrattuali dell'azienda o da inerzia del datore di lavoro; d) incendio; e) calamità naturali».

⁽⁸⁹⁾ La l. n. 247/2007 non è riuscita a sottrarsi al fenomeno degli ammortizzatori in deroga, come testimonia la norma di seguito ritrascritta relativa all'ammortizzatore introdotto due anni prima dalla l. n. 80/2005: «In attesa della riforma degli ammortizzatori sociali, per l'anno 2008, le indennità ordinarie di disoccupazione di cui all'articolo 13, commi 7 e 8, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, sono riconosciute, nel limite di 20 milioni di euro e anche in deroga ai primi due periodi dell'articolo 13, comma 10, del citato decreto-legge n. 35 del 2005, esclusivamente in base ad intese stipulate in sede istituzionale territoriale tra le parti sociali, recepite entro il 31 marzo 2008 con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che individua, altresì, l'ambito territoriale e settoriale cui appartengono le imprese che sospendono i lavoratori e il numero dei beneficiari, anche al fine del rispetto del limite di spesa di cui al presente comma» (comma 84).

⁽⁹⁰⁾ Fortemente critico sulla formula legislativa («non si applicano ai lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale») è F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., il quale rileva la differenza concettuale tra «destinatari del trattamento» e «rientranti nel campo di applicazione dei trattamenti», potendosi inferire dalla prima formulazione, utilizzata dal legislatore, che aziende rientranti nel campo d'intervento, cessato quest'ultimo, ovvero non ancora iniziato, possano far ricorso a questo nuovo ammortizzatore; condividendo la critica per la infelice formula presente nella norma, si è tuttavia dell'avviso che l'espressione «destinatari del» vada letta come «rientranti nel campo d'intervento dei trattamenti di integrazione salariale», risultando, in caso contrario, del tutto pleonastico l'ancoraggio del trattamento alla definizione da parte del Ministero delle situazioni aziendali che legittimano il ricorso all'ammortizzatore; col che resta dimostrato che l'ammortizzatore è totalmente sganciato dalla CIGS, anzi, opera in funzione sostitutiva dello stesso.

80/2005)⁽⁹¹⁾. In entrambi i casi l'ammortizzatore è riconosciuto nei limiti di un determinato tetto di spesa fissato dalla legge, secondo la logica, fortemente criticata da Liso, del "chi primo arriva, meglio alloggia".

4.3.1.2. Di tipo integrativo è altresì l'intervento riconducibile all'istituto del contratto di solidarietà *ex* articolo 5, comma 8, legge n. 236/1993, stipulato da imprese artigiane anche con meno di 16 dipendenti, con una prestazione a carico del Fondo non inferiore alla metà della quota del contributo pubblico destinata ai lavoratori⁽⁹²⁾.

Su questo istituto, introdotto come misura a termine dall'articolo 5, legge n. 236/1993, si registra un rinnovato interesse da parte del legislatore⁽⁹³⁾ che ne ha prorogato per l'ennesima volta l'utilizzabilità sino al 31 dicembre 2008⁽⁹⁴⁾, consentendo a tale ammortizzatore di spegnere la quindicesima candelina. Ulteriore riprova dell'interesse verso questo strumento è data dai recenti interventi esplicativi del Ministero del lavoro che ha risolto una serie di dubbi emersi in sede di applicazione della solidarietà senza CIGS⁽⁹⁵⁾. Va detto subito che i chiarimenti ministeriali riguardano la solidarietà per le imprese non rientranti nel campo d'intervento CIGS disciplinata dal comma 5, articolo 5, legge n. 236/1993, ma

⁽⁹¹⁾ Anche per i percettori del trattamento di disoccupazione *ex* art. 13, commi 7 e 8, l. n. 80/2005, opera la condizionalità, prevedendosi che l'indennità non spetta nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione (si vedano i successivi commi 9 e 10, l. n. 80/2005), salvo che, come previsto nel d.m. 1° febbraio 2006, il periodo di sospensione sia stato concordato con le organizzazioni sindacali, nel qual caso i lavoratori interessati possono essere dispensati dal presentare la dichiarazione di immediata disponibilità al centro per l'impiego. Fortemente critico nei confronti di tale previsione è F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, cit., in quanto, se l'esonero è motivato dalla brevità della sospensione, è del tutto inutile subordinarlo al previo accordo sindacale; se, viceversa, l'esonero è collegato esclusivamente a quest'ultimo, rappresenta una prassi diseducativa, dovendosi quantomeno condizionare il godimento del trattamento di disoccupazione alla frequenza di attività formative, così come previsto dal comma 8 per il settore dell'artigianato.

⁽⁹²⁾ In base all'Accordo del 22 giugno 1993 la procedura per l'accesso ai contributi dei Fondi bilaterali è la seguente: a) in caso di crisi congiunturale le parti, nelle sedi bilaterali sindacali, possono sottoscrivere un accordo per procedere, in luogo dei licenziamenti, alla riduzione dell'orario di lavoro; b) la stessa sede sindacale invia copia dell'Accordo al fondo regionale previsto dall'Accordo interconfederale del 21 luglio 1988, unitamente alla richiesta volta ad ottenere i benefici in favore dell'impresa e dei lavoratori interessati; c) il fondo regionale delibera l'erogazione del contributo a proprio carico, che avviene secondo i tempi e le modalità proprie del fondo, e fornisce all'impresa la certificazione attestante la finalità e l'entità del contributo; d) l'impresa inoltra al Ministero del lavoro la domanda per l'accesso ai benefici previsti dall'art. 5, comma 5 in parola, secondo le modalità previste per le altre imprese. Alla domanda l'impresa artigiana deve allegare, oltre a quanto richiesto per le altre imprese, anche copia della delibera di cui al punto c), oppure l'attestazione – da parte del fondo regionale – dell'adozione della delibera.

⁽⁹³⁾ Non va dimenticato che l'art. 3-bis della l. n. 172/2002 ha introdotto a favore delle imprese in solidarietà *ex* art. 5, comma 5, l. n. 236/1993, una deroga al divieto di assunzioni a termine *ex* art. 3, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 368/2001.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. art. 2, comma 531, l. n. 244/2007.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. circ. Min. lav. 25 maggio 2004, n. 20, e nota 30 marzo 2006, prot. 14/0003779. Oltre a risolvere alcuni problemi applicativi della normativa in tema di solidarietà senza CIGS, la circolare ministeriale illustra la complessa procedura che porta all'erogazione e al mantenimento dell'ammortizzatore sostitutivo della CIGS. Se si effettua un confronto tra tale procedura e quella *ex* d.P.R. n. 218/2000, che disciplina l'intervento CIGS, si coglie la maggiore complessità ed onerosità della prima rispetto alla seconda, non comprendendosi la ragione, salvo che non si ipotizzi un uso fraudolento della solidarietà senza CIGS. Il dato è ancor più negativo se si considera la fonte di rango amministrativo che disciplina detta procedura, che rischia di disincentivare l'uso di uno strumento visto con molto sospetto dalla nostra imprenditoria, specie dopo l'esperienza della "norma truffa" contenuta nell'art. 6, comma 3, l. n. 608/1996.

sono estensibili a quella per le imprese artigiane, disciplinata dal successivo comma 8, per l'esplicito rinvio che quest'ultimo fa al comma 5⁽⁹⁶⁾.

Innanzitutto è stata chiarita la questione della durata massima di utilizzabilità dell'ammortizzatore, fissata dall'articolo 5, comma 5, nel periodo massimo di 2 anni, sostenendosi che lo stesso è utilizzabile, non per proroga ma per rinnovo, anche oltre il biennio purché entro il limite massimo di 36 mesi nell'arco del quinquennio⁽⁹⁷⁾, facendosi applicazione analogica del criterio dettato dall'articolo 1, comma 9, legge n. 223/1991, per altro applicabile anche alla solidarietà con CIGS. La soluzione è sembrata ragionevole tenendo conto che si tratta di imprese non ammesse alla integrazione salariale e che possono gestire gli esuberi solo con questo strumento.

Secondo problema chiarito dal Ministero è quello delle imprese destinatarie della solidarietà senza CIGS, ivi precisandosi che per le imprese artigiane la disciplina opera indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati, con l'effetto che l'applicazione della procedura *ex* articolo 24, legge n. 223/1991, è obbligatoria solo per le imprese che occupano oltre 15 dipendenti.

Con riferimento poi ai lavoratori che possono essere coinvolti nella solidarietà, si opta per un'applicazione pressoché generalizzata, con esclusione dei soli dirigenti, purché il rapporto di lavoro sia "continuo"; tale espressione però non è sinonimo di rapporto a tempo indeterminato, ritenendosi da parte del Ministero che possano rientrare nella solidarietà anche i lavoratori assunti con contratto a termine, di inserimento e di apprendistato, purché la riduzione concordata di orario, che non può ovviamente trascendere la scadenza del contratto, non impedisca il raggiungimento degli obiettivi formativi, ove previsti dalla fattispecie contrattuale utilizzata. Soluzione condivisibile sul piano pragmatico, meno sotto quello sistematico, in quanto estende l'ammortizzatore sostitutivo a lavoratori – in specie agli apprendisti – ai quali non si applica quello sostituito, non essendo questi lavoratori iscritti all'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria.

Infine, si chiarisce nella fonte ministeriale che il ricorso alla solidarietà, con riduzione dell'orario di lavoro a zero ore, esclude la possibilità che per i lavoratori interessati il datore acceda ad ogni altro tipo di sostegno al reddito, ove previsto.

4.3.1.3. Il concorso solidaristico dei lavoratori dell'impresa in crisi è previsto normativamente nel solo caso della solidarietà difensiva, con riduzione temporanea dell'orario di lavoro, parzialmente compensata con l'intervento della CIGS ovvero, in mancanza, dei contributi previsti dall'articolo 5, commi 5 e 8, legge n. 236/1993.

⁽⁹⁶⁾ Giova segnalare che ai contratti di solidarietà senza CIGS non si applica la riduzione contributiva prevista dall'art. 6, comma 4, l. n. 608/1996, per tutti gli accordi di solidarietà con CIGS stipulati successivamente al 14 giugno 1995, come reiteratamente precisato dall'Inps in occasione dello sblocco di tali benefici (da ultimo cfr. circ. Inps 28 marzo 2008, n. 38, sullo sblocco concernente gli accordi successivi al 31 dicembre 2002).

⁽⁹⁷⁾ Con nota 30 marzo 2006, prot. 14/0003779, il Ministero del lavoro ha precisato che avendo mutuato la durata massima nel quinquennio dalla normativa in tema di CIGS, da essa va desunto anche il criterio di calcolo dell'arco temporale cui far riferimento per la definizione dei periodi di utilizzo dei contratti di solidarietà senza CIGS, e cioè quello dell'arco temporale fisso, *ex* art. 4, comma 35, l. n. 608/1996.

Si tratta di un concorso solidaristico dei lavoratori per così dire in negativo perché si realizza attraverso una riduzione della prestazione lavorativa e del trattamento retributivo, in vario modo integrato (si veda *supra*).

Senonché sta emergendo, specie nei casi di difficoltà finanziaria ma soprattutto in quelli di crisi di competitività, un modello alternativo di solidarietà connotato al positivo, e cioè nessuna riduzione della prestazione lavorativa, anzi per ipotesi incremento della stessa, ma con riduzione della remunerazione in funzione di recupero di competitività⁽⁹⁸⁾: è il caso del piano di crisi aziendale previsto e disciplinato dall'articolo 6, comma 1, lettere *d* ed *e*, legge n. 142/2001, che consente, in deroga al divieto previsto dal comma successivo, tre diverse misure, per ipotesi concorrenti, finalizzate alla salvaguardia dei livelli occupazionali, e cioè:

- riduzione temporanea dei trattamenti economici integrativi *ex* articolo 3, comma 2, lettera *b* (ristorni in misura non superiore al 30% dei trattamenti retributivi complessivi di cui al comma 1 e alla lettera *a* del comma 2);
- divieto, per l'intera durata del piano, di distribuzione di eventuali utili;
- forme di apporto, anche economico, da parte dei soci lavoratori, alla soluzione della crisi, in proporzione alle disponibilità e capacità finanziarie.

In ragione della natura derogatoria al divieto *sub* articolo 6, comma 2, delle tre misure ed in specie dell'ultima citata, appare evidente che non si tratta di una ipotesi di solidarietà classica, con riduzione della prestazione e della retribuzione (perché in tal caso non vi sarebbe deroga alcuna al divieto *sub* articolo 6, comma 2), bensì di un concorso dei soci lavoratori alla soluzione della crisi, sostanzialmente attraverso il conferimento di prestazioni di fatto non remunerate. Certo, si potrebbe obiettare, in questo caso più che di solidarietà si tratterebbe di una manifestazione del principio mutualistico che informa il lavoro cooperativo ed in quanto tale non esportabile oltre i confini del fenomeno.

L'obiezione è però superabile proprio in forza della connotazione derogatoria di questa specie particolare di ammortizzatore sociale, ormai operando anche per i soci/lavoratori il principio di inderogabilità del trattamento minimo *ex* articolo 3, comma 1, enunciato dall'articolo 6, comma 2, e garantito dalla stessa norma con la nullità delle clausole del regolamento che violino tale principio.

Una volta superata l'obiezione e liberato tale ammortizzatore dalla "crosta" della mutualità, non si vede alcun ostacolo alla sua utilizzabilità anche in ambiti diversi dal lavoro cooperativo, ovviamente introducendosi una deroga all'articolo 2113 c.c. sulla falsariga di quella prevista dall'articolo 6, comma 2, legge n. 142/2001.

L'ipotesi potrebbe sembrare eretica in quanto attenta al cuore dell'inderogabilità, ma non si comprende perché la preservazione purchessia di quest'ultima debba riversare la crisi sulla collettività.

⁽⁹⁸⁾ Con l'espressione "crisi di competitività" si vuole far riferimento a quelle situazioni aziendali in cui non v'è un minor fabbisogno di prestazioni per carenza di lavoro bensì l'esigenza di recuperare competitività sul mercato attraverso una riduzione del costo del bene o del servizio prodotto. Si tratta di una fattispecie sempre più ricorrente, effetto diretto della globalizzazione dei mercati, difficilmente riconducibile alle causali di intervento CIGS e nello specifico a quella della crisi aziendale di particolare rilevanza sociale, almeno nella fase in cui la crisi di competitività precede quella che consente l'intervento degli ammortizzatori.

Per altro verso, nessuno grida allo scandalo se il lavoratore sospeso viene utilizzato in lavori socialmente utili per la durata e l'entità della sospensione.

Si tratterebbe, in ultima analisi, di una misura di *workfare* "internalizzata" nell'impresa.

Ove si ritenesse che il piano di crisi non sia applicabile in via analogica a realtà diverse dalle cooperative e che quindi non sia percorribile tale strada, l'alternativa potrebbe essere quella di riorientare le risorse oggi finalizzate a finanziare la CIGS, al sostegno dell'occupazione nelle imprese in crisi di competitività, però con sussidi erogati ai lavoratori coinvolti onde evitare di incorrere nei divieti comunitari *ex* articolo 87 TCE.

4.3.1.4. L'intervento integrativo del Fondo bilaterale per il sostegno del reddito dei dirigenti involontariamente disoccupati costituisce l'esempio più emblematico di come la tutela attraverso il bilateralismo, specie nei settori non o scarsamente protetti, stia sopperendo alla mancata attuazione della più volte annunciata riforma degli ammortizzatori sociali. Ed infatti nel Verbale di Accordo sottoscritto il 24 novembre 2004, allegato al rinnovo del Ccnl 2004-2008, «considerato il protrarsi dell'iter legislativo per l'approvazione del provvedimento di riforma complessiva del sistema degli ammortizzatori sociali; ravvisata, comunque, la necessità e l'urgenza della ricerca di specifici strumenti di sostegno del reddito dei dirigenti, in attesa della riforma legislativa», le parti, richiamando precedenti intese⁽⁹⁹⁾, hanno convenuto di costituire un Fondo bilaterale per il sostegno dei dirigenti involontariamente disoccupati per erogare prestazioni economiche integrative di quella di legge e cioè del trattamento ordinario di disoccupazione⁽¹⁰⁰⁾.

A livello attuativo, le parti, con Verbale di Accordo 27 luglio 2006, hanno ritenuto di non creare un autonomo Fondo bilaterale, bensì di istituire una Gestione separata del Fasi (Fondo assistenza sanitaria integrativa) che, operando in sinergia con quest'ultimo, consegua la massima economicità gestionale. La tutela sarà accordata ai dirigenti in via sperimentale fino al 31 dicembre 2008 e nei soli casi di oggettiva necessità derivante da un involontario stato di disoccupazione, tenendo conto, tra l'altro, del livello retributivo e dell'età dei dirigenti interessati; la prestazione sarà subordinata alla partecipazione del dirigente ad iniziative finalizzate alla sua ricollocazione poste in atto dall'agenzia per il lavoro, costituita dalle parti stesse nell'ambito di Fondirigenti (condizionalità).

La conferma che si tratta di una prestazione integrativa proviene dall'aggancio del diritto alla prestazione ai medesimi requisiti e alle condizioni previste per il trattamento di disoccupazione erogato dall'Inps.

La prestazione, in conseguenza della trasformazione – ad opera del comma 1167, legge n. 296/2006 – come definitiva della misura transitoria varata dalla legge n. 80/2005, si sostanzia in un Trattamento Economico Integrativo (TEI) pari a 1.500

⁽⁹⁹⁾ Cfr. l'Avviso comune 23 maggio 2002; l'Accordo 26 marzo 2003, di revisione dell'Avviso comune; l'Avviso comune 22 luglio 2003.

⁽¹⁰⁰⁾ Per un commento si veda S. MALANDRINI, *Dirigenti industriali in stato di disoccupazione e formule contrattuali di sostegno al reddito*, in *DRI*, 2007, 529 ss.; l'Autore collega l'iniziativa in questione alla scarsa efficacia della tutela accordata dal contratto collettivo ai dirigenti nel caso di licenziamento ingiustificato.

euro mensili lordi per 7 mesi per i soggetti di età inferiore a 50 anni e per 12 mesi per i soggetti di età pari o superiore a 50 anni.

Per il finanziamento dell'ammortizzatore si prevede di attingere:

- dalle somme disponibili per la liquidazione del FIPDAI;
- per il periodo di sperimentazione, da un contributo di avvio di euro 100 annui per ogni dirigente in servizio a carico dell'impresa;
- a regime, da una contribuzione in cifra fissa a carico di ambo le parti, determinata convenzionalmente «in relazione sia alle risultanze su base consuntiva delle prestazioni rese, sia alle prestazioni da rendere su base revisionale pluriennale»⁽¹⁰¹⁾.

4.3.2. A differenza di quelli testé esaminati, i trattamenti di seguito analizzati, anch'essi gestiti attraverso il bilateralismo, non integrano bensì sostituiscono quelli previdenziali, esclusi per determinate categorie di lavoratori.

4.3.2.1. Il Fondo bilaterale artigiano eroga al lavoratore un sostegno economico immediato in caso di calamità naturali fino all'80% della retribuzione in assenza di specifici interventi pubblici.

4.3.2.2. Con l'Accordo di rinnovo, sottoscritto il 31 luglio 2007, del Ccnl del settore turismo sono state modificate le disposizioni sul sostegno al reddito e sul finanziamento degli Enti bilaterali del settore.

Con riferimento al sostegno al reddito, il 30% della quota contrattuale di servizio per il finanziamento dell'Ente bilaterale territoriale viene destinato a supportare i lavoratori coinvolti in processi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale e interessati da periodi di sospensione dell'attività lavorativa. Molto interessanti sono le previsioni contenute nel "regolamento tipo"⁽¹⁰²⁾ sul tetto dell'intervento⁽¹⁰³⁾, sulle condizioni⁽¹⁰⁴⁾ e sulle modalità di accesso⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰¹⁾ Nel Regolamento Fasi, allegato all'Accordo 27 luglio 2006, sono disciplinati criteri di iscrizione; regime contributivo; fattispecie ammesse alla integrazione e fattispecie escluse; presupposti e requisiti per l'esercizio del diritto alla prestazione; modalità e termini della domanda; decorrenza e cause di cessazione della prestazione.

⁽¹⁰²⁾ Al "regolamento tipo" si affianca quello ulteriore per le aziende "multilocalizzate", intendendosi per tali quelle articolate in più unità produttive ubicate in Regioni diverse, per le quali è prevista una competenza dell'Ente bilaterale territoriale.

⁽¹⁰³⁾ Si veda il "regolamento tipo" sulla disciplina del funzionamento del Fondo per il sostegno al reddito dei lavoratori; ivi si prevedono due limiti all'intervento: il primo, interno, fa sì che gli interventi relativi ai dipendenti di una singola azienda non potranno impegnare risorse di ammontare superiore ai contributi versati al Fondo dalla stessa azienda nei 10 anni precedenti; il secondo, esterno, prevede che gli interventi non potranno impegnare risorse di ammontare superiore al 25% del Fondo complessivamente disponibile nell'anno. Quanto alla misura degli importi erogabili ai singoli lavoratori, il regolamento prevede un massimo di 3 mesi, salvo situazioni particolari, specificamente motivate e approvate dall'Ente bilaterale territoriale; il sostegno al reddito è cumulabile con quanto spettante a carico del sistema pubblico, in quanto compatibile; non sono a carico dell'Ente bilaterale territoriale eventuali oneri (contributi previdenziali e assistenziali, imposte) dovuti in conseguenza dell'erogazione dell'indennità.

⁽¹⁰⁴⁾ Le condizioni di accesso sono le seguenti: 1) l'applicazione del Ccnl turismo; 2) l'essere in regola con i versamenti al sistema degli Enti bilaterali; 3) un'anzianità di versamento di almeno 2 anni dalla richiesta d'intervento; 4) la stabilità del rapporto dei lavoratori interessati; 5) la sottoscrizione di un apposito accordo sindacale.

Per quanto concerne, poi, il finanziamento, è prevista una quota contrattuale di servizio pari allo 0,40% della retribuzione annua a carico, in misura pari, di entrambe le parti del rapporto.

Nella disciplina contrattuale in questione, sono contenute due previsioni, di segno antitetico, che consentono di ritornare brevemente sul problema, innanzi esaminato, della obbligatorietà della contribuzione agli Enti bilaterali per il sostegno al reddito dei lavoratori. La prima è contenuta nell'articolo 21, comma 2, sul finanziamento, ivi affermandosi che: «le parti confermano che nelle valutazioni per la definizione del costo per il rinnovo contrattuale si è tenuto conto dell'incidenza della quota per il finanziamento degli Enti Bilaterali», un modo per tentare di attrarre la contribuzione nell'ambito della parte economica e normativa del contratto collettivo. In direzione opposta va l'altra disposizione, contenuta nel «regolamento tipo», ove si pone un tetto agli interventi in favore delle aziende che ne fanno domanda, che «non potranno impegnare risorse di ammontare superiore al 25% del Fondo complessivamente disponibili nell'anno», fatto che rende del tutto eventuale l'intervento a sostegno del reddito dei lavoratori, e non riconducibile, quindi, la contribuzione agli Enti bilaterali nella parte economica e normativa del Ccnl; sul punto si rinvia a quanto detto poc'anzi.

4.3.2.3. Con Accordo stipulato in data 2 febbraio 2005, definito «Accordo-quadro», si è data attuazione all'articolo 12, commi 2 e 3, decreto legislativo n. 276/2003, istituendo un Fondo autonomo per i lavoratori somministrati con contratto a tempo indeterminato, denominato EBIREF, che eroga, nei limiti della sostenibilità finanziaria complessiva del sistema, l'indennità in caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione ai lavoratori il cui rapporto è stato stipulato a tempo indeterminato, attingendosi da una parte delle risorse provenienti dal gettito del contributo obbligatorio del 4% ⁽¹⁰⁶⁾.

4.3.2.4. Se il sostegno al reddito dei lavoratori somministrati per i periodi di mancata utilizzazione viene affidato in generale all'iniziativa degli Enti bilaterali, sia pure con l'utilizzo di risorse pubbliche (*supra*), per alcune particolari categorie di lavoratori il legislatore ha previsto una tutela direttamente a carico del sistema previdenziale pubblico. Ciò accade per i lavoratori portuali ⁽¹⁰⁷⁾, ai quali è assicurata la tutela del reddito per mancato avviamento al lavoro. Per l'anno 2007 è stata prevista la corresponsione di una indennità pari al trattamento massimo di

⁽¹⁰⁵⁾ Quanto alle modalità di accesso, il «regolamento tipo» prevede la presentazione di una domanda, corredata dall'accordo sindacale e dalla prova del versamento agli Enti bilaterali; nella domanda dovranno essere indicati i nominativi dei soggetti beneficiari degli interventi del Fondo, con indicazione degli importi richiesti per ciascun soggetto; tale prescrizione differenzia fortemente l'ammortizzatore bilaterale da quello legale, il cui intervento è sempre richiesto ed autorizzato numericamente e non anche nominativamente.

⁽¹⁰⁶⁾ Per un approfondimento sul tema si rinvia a D. GAROFALO, *La nuova disciplina sull'organizzazione del mercato del lavoro tra intervento (modificativo e integrativo) dello Stato e contributo delle Regioni*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, 96 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Si tratta: a) dei lavoratori addetti alle prestazioni di lavoro temporaneo occupati con contratto di lavoro a tempo indeterminato nelle imprese e agenzie di cui all'art. 17, commi 2 e 5, l. n. 84/1994; b) dei lavoratori delle società derivate dalla trasformazione delle compagnie portuali, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. b, della stessa legge.

CIGS, secondo criteri rimessi alla decretazione ministeriale ⁽¹⁰⁸⁾. La legge n. 247/2007 ha reiterato l'intervento per il 2008 (comma 85) ⁽¹⁰⁹⁾, sia pure con una formula a dir poco singolare (comma 86) ⁽¹¹⁰⁾.

4.3.2.5. Come già detto in precedenza, per gli enti ed aziende pubblici ⁽¹¹¹⁾ e private erogatrici di servizi di pubblica utilità, nonché per le categorie e i settori d'impresa sprovvisti di un sistema pubblico di ammortizzatori sociali, l'articolo 2, comma 28, legge n. 662/1996, ha previsto la possibilità per la contrattazione collettiva di istituire Fondi di sostegno a gestione bilaterale che erogano ammortizzatori di categoria ⁽¹¹²⁾. Il finanziamento ed il funzionamento di tali Fondi è rimesso a regolamenti del Ministro del lavoro, da adottare in base a quanto previsto dal decreto ministeriale 27 novembre 1997, n. 477. A tale riguardo vanno segnalati due interessanti profili: il primo riguarda il finanziamento proveniente da contributi in larga parte a carico dei datori di lavoro, con una partecipazione abbastanza modesta dei lavoratori ⁽¹¹³⁾; il secondo riguarda la gestione dei Fondi affidata all'Inps, presso cui gli stessi vengono istituiti ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda l'art. unico, comma 1191, l. 296/2006, e il connesso d.m. 22 gennaio 2008.

⁽¹⁰⁹⁾ La tutela previdenziale si traduce in un'indennità pari a 1/26esimo del trattamento massimo mensile di CIGS, oltre alla contribuzione figurativa e all'ANF, per ogni giornata di mancato avviamento al lavoro nonché per quelle che coincidano, in base al programma, con le giornate definite festive durante le quali il lavoratore sia risultato disponibile. Il numero massimo di giornate mensili indennizzabili è dato dalla differenza tra 26 giornate mensili e quelle eventualmente lavorate oltre che di quelle imputabili a ferie, malattia, infortunio, permesso e indisponibilità. Prestazioni indebite dovrebbero essere escluse in base al sistema di doppio controllo delle giornate di mancato avviamento previste dalle legge (cfr. art. 1, comma 85, l. n. 247/2007, che ha modificato il comma 15 dell'art. 17, l. n. 84/1994).

⁽¹¹⁰⁾ Ed infatti ai sensi del comma 86 dell'art. unico, l. n. 247/2007, la nuova disposizione che stabilizza il sistema degli ammortizzatori "in deroga" ha efficacia «successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni relative alla proroga degli strumenti per il reddito dei lavoratori-ammortizzatori sociali, recate dalla legge finanziaria per l'anno 2008, a valere sulle risorse a tal fine nella stessa stanziata, nel limite massimo di 12 milioni di euro per l'anno 2008», all'evidente scopo di assicurare la copertura finanziaria dell'ammortizzatore per il 2008; le disposizioni in questione sono state varate con l'art. 2, comma 521, l. n. 244/2007, che stanziava per il 2008 460 milioni di euro per gli ammortizzatori in deroga.

⁽¹¹¹⁾ Con riferimento poi alle imprese industriali dello Stato e agli enti pubblici trasformati in società di capitali, è stato disposto l'assoggettamento all'obbligo del versamento della contribuzione CIG, CIGS e mobilità con effetto retroattivo dalla data di privatizzazione del capitale; sul punto cfr. messaggio Inps 10 luglio 2007, n. 18089.

⁽¹¹²⁾ L'elevazione nella misura dello 0,30% dell'aliquota contributiva di finanziamento per gli iscritti all'Assicurazione generale obbligatoria ed alle forme sostitutive ed esclusive della medesima, operata con l'art. 1, comma 769, della l. n. 296/2006, si è riverberata anche sugli oneri di copertura della contribuzione figurativa correlata agli assegni di sostegno al reddito a carico dei Fondi di solidarietà ex art. 2, comma 28, l. n. 662/1996. Tale disposizione determina per alcuni Fondi l'aumento dei corrispondenti obblighi di finanziamento a carico degli ex datori di lavoro (cfr. messaggio Inps 14 febbraio 2007, n. 4215).

⁽¹¹³⁾ A carico del datore di lavoro ricadono ben tre contributi e cioè: un contributo ordinario, che prescinde dal ricorso ai trattamenti integrativi del reddito dei lavoratori, pari allo 0,50%, di cui il 25% è a carico dei lavoratori; un contributo addizionale, in caso di ricorso ai predetti istituti, che è modulato in base all'entità e alla durata dell'intervento nonché al numero dei soggetti interessati; ed infine, un contributo in forma straordinaria per gli interventi atti a favorire l'esodo dei lavoratori nei processi di ristrutturazione aziendale. Come si vede, la struttura della contribuzione è mutuata da quella della contribuzione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria.

⁽¹¹⁴⁾ L'Inps provvede con le proprie strutture allo svolgimento delle attività di ciascun Fondo, mentre la gestione di quest'ultimo è affidata a un Comitato amministratore di cui fanno parte anche rappresentanti dei Ministeri del lavoro e del tesoro.

Come si vede, mutuando dall'esperienza della previdenza complementare, lo Stato, a fronte della valorizzazione dei Fondi bilaterali *ex lege*, arretra come "gestore diretto" delle risorse e avanza quale "regolatore", ponendo norme-quadro per disciplinare l'attività di enti privati.

In ordine temporale, i settori interessati da tale fenomeno sono stati i seguenti:

- credito (decreto ministeriale n. 158/2000), anche cooperativo (decreto ministeriale n. 157/2000, come modificato dal decreto ministeriale 9 gennaio 2008, n. 41);
- assicurazioni private in LCA (decreto ministeriale n. 351/2000) ⁽¹¹⁵⁾;
- monopoli di Stato (decreto ministeriale n. 88/2002) ⁽¹¹⁶⁾;
- riscossione tributi erariali (decreto ministeriale n. 375/2003);
- elettrici ⁽¹¹⁷⁾;
- Ferrovie dello Stato (legge n. 449/1997, articolo 59, comma 6) ⁽¹¹⁸⁾;
- trasporto aereo (Protocollo 5 ottobre 2004 e legge 3 dicembre 2004, n. 291);
- trasporto pubblico locale (articolo 1, comma 303, legge n. 244/2007).

Una menzione a parte merita il Fondo per la mobilità e la riqualificazione professionale dei giornalisti che non è riconducibile al modello *sub* articolo 2 citato, comma 28 ⁽¹¹⁹⁾.

4.4. Il rapporto tendenzialmente conflittuale tra Regioni e Fondi paritetici interprofessionali ha trovato, di recente, un momento di composizione con l'Accordo tra Regioni, Ministero del lavoro e parti sociali sottoscritto il 17 aprile 2007.

L'attivazione dei Fondi paritetici interprofessionali *ex* articolo 118, legge n. 388/2000, e il conseguente convogliamento presso di essi delle risorse finanziarie provenienti dal contributo dello 0,30% versato dai datori di lavoro che hanno aderito ai Fondi, ha indubbiamente creato un momento di frizione con le Regioni,

⁽¹¹⁵⁾ Giova ricordare che il Consiglio dei Ministri aveva approvato il 23 maggio 2007 una bozza di decreto legge sull'estensione dei vantaggi del cuneo fiscale anche ai settori del credito e delle assicurazioni, con l'abrogazione dell'esclusione di tali settori dal campo d'intervento degli ammortizzatori sociali; senonché nel d.l. n. 67/2007 tale novità è scomparsa.

⁽¹¹⁶⁾ Da segnalare che il Comitato amministratore del Fondo ha sospeso da giugno a dicembre 2008 il versamento del contributo ordinario di finanziamento dello 0,50%, previsto dall'art. 6, comma 1, d.m. n. 88/2002, considerando più che sufficienti le attuali disponibilità finanziarie del Fondo in relazione ai previsti futuri fabbisogni. Cfr. anche messaggio Inps 15 maggio 2008, n. 11105.

⁽¹¹⁷⁾ Il Fondo per il sostegno del reddito e dell'occupazione del settore elettrico è stato oggetto di un Protocollo d'intenti per la sua costituzione sottoscritto in data 18 luglio 2006, che ha fissato i principi e le linee guida per la specifica regolamentazione del Fondo; da segnalare la previsione che agli ammortizzatori erogati dal Fondo si applicano le stesse regole operanti per CIGS e mobilità, quali ad esempio gli incentivi accordati ai datori di lavoro che assumono i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità. Ulteriore profilo da segnalare è quello dell'esonero per tutte le imprese che aderiranno al Fondo, dagli obblighi contributivi per CIG e mobilità; a tale ultimo riguardo con d.m. 1° agosto 2006, n. 39135, è stato disposto l'esonero dall'obbligo dell'assicurazione contro la disoccupazione involontaria nei confronti di Enel S.p.A. e delle società derivate; sul punto cfr. messaggio Inps 10 luglio 2007, n. 18016.

⁽¹¹⁸⁾ La l. n. 449/1997, pur richiamando l'art. 2, comma 28, l. n. 662/1996, deroga all'*iter* procedimentale ivi delineato per la costituzione del Fondo bilaterale, delegando la contrattazione collettiva ad istituire entro 3 mesi il Fondo, così elidendo il passaggio del decreto ministeriale.

⁽¹¹⁹⁾ La l. istitutiva n. 62/2001 prevede che il Fondo, per la durata di 5 anni, è istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria; le misure a sostegno dei lavoratori coinvolti dalla crisi delle imprese di appartenenza tendono ad agevolarne la riqualificazione, l'esodo volontario, ovvero l'*outplacement*; la regolamentazione del Fondo è affidata al d.P.R. n. 20/2002.

che gestiscono il sistema formativo pubblico ⁽¹²⁰⁾. Ne è testimonianza l'intervento della Corte Costituzionale che, chiamata a giudicare della legittimità dell'articolo 48, legge n. 289/2002, con la sentenza n. 51/2005 ha statuito che il legislatore deve articolare la propria normativa sui Fondi «in modo da rispettare la competenza legislativa delle Regioni a disciplinare il concreto svolgimento sul loro territorio delle attività di formazione professionale e in particolare prevedere strumenti idonei a garantire a riguardo una leale collaborazione fra Stato e regioni» ⁽¹²¹⁾.

L'invito della Corte Costituzionale è stato accolto dapprima dal legislatore, che ha attuato un decisivo coinvolgimento delle Regioni nella realizzazione delle attività formative dei Fondi ⁽¹²²⁾, e successivamente dalle parti interessate, che hanno siglato l'Accordo innanzi richiamato. Lo stesso, nella prospettiva della leale collaborazione tra Stato e Regioni in materia di formazione continua, tende ad una programmazione unitaria dell'offerta formativa a cui partecipino tutti i soggetti interessati (Ministero del lavoro, parti sociali, Regioni, Province autonome). Gli strumenti ai quali le parti si sono affidate, onde consentire a ciascun soggetto, sia esso pubblico o privato, la piena esplicazione del proprio ruolo e la valorizzazione delle proprie caratteristiche e potenzialità, sono in primo luogo il rafforzamento della dimensione tecnica e operativa dell'Osservatorio Nazionale sulla Formazione Continua, con l'attivazione di un tavolo tecnico di coordinamento. Inoltre, le parti si sono impegnate a favorire in ogni Regione la presenza di referenti di ciascun Fondo, nonché a rivedere i sistemi di accreditamento.

L'Accordo si conclude con un impegno affinché «vi sia coerenza tra quanto predisposto e attuato dalle Regioni e dai singoli Fondi in materia di FC e quanto convenuto nel presente accordo».

5. In apertura di questo contributo si è accennato alla contrapposizione, nel dibattito dottrinale, tra opinioni favorevoli ad una riforma che torni ad una forte centralizzazione nella gestione del sistema degli ammortizzatori, ed altre, invece, favorevoli alla incentivazione e diffusione di esperienze regionali in materia di ammortizzatori.

In realtà va detto che, a seguito della riforma costituzionale del 2001, esperienze di questo tipo sono ormai largamente diffuse, e dunque, esaminarle in termini generali risulta utile ai fini della formulazione di un giudizio circa la loro adeguatezza e congruità nonché circa la opportunità e concreta possibilità di un loro sviluppo.

In tale prospettiva, non può prescindersi da un, sia pur sintetico, riepilogo delle competenze in materia attribuite alle Regioni dalla doppia riforma in senso federalista realizzata tra il 1997 (c.d. riforma Bassanini) e il 2001 (riforma del Titolo

⁽¹²⁰⁾ Secondo P. TIRABOSCHI, *Contratto di inserimento, fondi interprofessionali, aiuti di Stato*, in *DRI*, 2004, 94 ss., la natura pubblica del sistema di finanziamento dei Fondi si riverbera sulla loro qualificazione, dovendosi considerare enti di diritto pubblico; *contra* M.T. SAFFIOTI, *I fondi interprofessionali per la formazione continua fra Stato, Regioni e normativa comunitaria*, in *DL*, 2005, I, 283 ss., secondo la quale i Fondi sono enti privati pur se gestiscono un interesse pubblico sotto il controllo e la vigilanza del Ministero del lavoro.

⁽¹²¹⁾ Per un commento a C. Cost. n. 51/2005 si veda M.T. SAFFIOTI, *op. cit.*

⁽¹²²⁾ Cfr. art. 13, comma 13, l. n. 80/2005, che modifica l'art. 118, l. n. 388/2000.

V, Parte II, della Costituzione), tenendo conto che nell'ambito del riparto di competenze in materia di mercato del lavoro, un discorso autonomo va sviluppato per gli ammortizzatori sociali, in quanto situati in una zona di confine tra le competenze statali e quelle regionali, in alcuni casi concorrente⁽¹²³⁾.

Partendo dal "federalismo amministrativo", attuato con la c.d. riforma Bassanini, va ricordato che nel decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, la gestione delle eccedenze di personale non risulta espressamente compresa tra le materie di competenza statale (articolo 1, comma 3), anche se v'è la norma *ad hoc* contenuta nel successivo articolo 3; viceversa, sono attribuite alle Regioni le funzioni in materia di politica attiva del lavoro (articolo 2, comma 2), tra le quali vanno segnalate: il reimpiego dei lavoratori posti in mobilità (lettera *d*); l'indirizzo, programmazione e verifica dei lavori socialmente utili (lettera *f*); ed infine, la compilazione e tenuta delle liste di mobilità dei lavoratori, previa analisi tecnica (lettera *g*).

Va detto subito che l'assenza di un esplicito riferimento alle eccedenze di personale tra le materie di competenza statale nell'elenco di cui all'articolo 1, comma 3, decreto legislativo n. 469/1997, non è risolutiva, in quanto nella legge n. 59/1997 (articolo 1, comma 3, lettera *o*) v'è una espressa riserva in favore dello Stato in materia di previdenza sociale ed eccedenze di personale temporanee e strutturali. Mentre la riserva in materia di previdenza sociale è stata, tra l'altro, successivamente ribadita dall'articolo 117, comma 2, lettera *o*, Cost., quella in tema di eccedenze è stata concretamente realizzata dall'articolo 3, decreto legislativo n. 469/1997.

Tale disposizione, riaffermata la competenza del Ministero del lavoro, «al fine di armonizzare gli obiettivi di politica del lavoro rispetto ai processi gestionali delle eccedenze» riconosce alcune funzioni alle Regioni in relazione all'esame congiunto previsto per CIGS e mobilità, che dovrà svolgersi «presso le Regioni», alla promozione degli Accordi e dei contratti collettivi finalizzati ai contratti di solidarietà, alla formulazione di un "motivato parere" nell'ambito delle procedure «di competenza del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale di cui al comma 2». Colpisce di tale disposizione la riaffermazione in apertura e in chiusura della competenza statale in materia. È stata giustamente sottolineata l'incoerenza di tale disposizione rispetto alla regionalizzazione delle funzioni e dei compiti in materia di politica attiva del lavoro, come è confermato in primo luogo dall'antitetica scelta operata col d.P.R. n. 218/2000, in sede di semplificazione del procedimento per l'intervento CIGS, anche per solidarietà, che ribalta il ruolo Stato/Regioni, attribuendo a queste ultime funzione gestionale e al primo quella di mero controllo. In secondo luogo, va dato atto che le Regioni si sono "ribellate" alla scelta del legislatore del 1997 attraendo progressivamente nel proprio raggio di azione anche la materia della gestione delle eccedenze definitive di personale, come può ricavarsi dai provvedimenti attuativi dei decreti legislativi n. 181/2000 e n. 297/2002 e ancor più dalle leggi regionali in materia di mercato del lavoro⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²³⁾ Si veda D. GAROFALO, *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 653 ss.

⁽¹²⁴⁾ Si veda M. RICCI, *op. cit.*, e le ipotesi *de iure condendo* ivi formulate.

Passando alla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione (legge Cost. n. 3/2001), l'articolo 117, comma 2, annovera, tra le materie di competenza esclusiva dello Stato, la «previdenza sociale» (lettera *o*), nonché la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (lettera *m*); viceversa, il successivo comma 3 annovera tra le materie di legislazione concorrente la «tutela e sicurezza del lavoro» e la «previdenza complementare e integrativa»; infine, nella competenza residuale delle Regioni rientra, ai sensi del comma 4, l'assistenza sociale⁽¹²⁵⁾.

Alla luce di tale articolato riparto di competenze legislative, si pone il problema di individuare le materie entro cui ricondurre il sistema degli ammortizzatori sociali.

Sintetizzando le osservazioni altrove sviluppate⁽¹²⁶⁾, si può ipotizzare che le Regioni possano adottare misure di sostegno al reddito “migliorative” per incrementare la tutela accordata dallo Stato ovvero estenderla ai settori esclusi, avvalendosi della competenza concorrente ad esse accordata dal comma 3 dell'articolo 117 Cost.; per altro verso, l'intervento regionale è possibile anche ai sensi del successivo comma 4, nell'ambito dell'assistenza sociale, come del resto conferma la recente diffusione di iniziative a livello locale finalizzate a istituire nuove e diverse prestazioni a tutela dei lavoratori licenziati o a rischio di licenziamento, con l'utilizzo di risorse proprie o derivanti dalla disponibilità di bilancio di Fondi statali, *in primis* quello per l'occupazione (articolo 1, comma 7, legge n. 236/1993)⁽¹²⁷⁾.

Quindi, in definitiva, l'ipotesi di riparto di competenze in materia di ammortizzatori sociali, prospettabile alla luce del quadro normativo sopra esaminato, è quella di una competenza esclusiva dello Stato per le prestazioni previdenziali di disoccupazione, una competenza concorrente per i profili procedurali nonché per l'intervento complementare ed integrativo ed, infine, una competenza residuale delle Regioni per il sostegno al reddito dei lavoratori precari, riconducibile all'assistenza sociale⁽¹²⁸⁾.

Tale assetto di competenze trova conferma nelle iniziative, specie in materia di tutela del reddito, assunte dalle Regioni all'interno delle leggi sul mercato del lavoro, varate all'indomani della riforma costituzionale del 2001⁽¹²⁹⁾. L'analisi di queste ultime conferma che va prendendo corpo un “sistema regionale” di ammortizzatori sociali, costituzionalmente consentito dall'articolo 117, comma 3, Cost. (competenza concorrente in materia di previdenza complementare ed integrativa) e in ogni caso dal successivo comma 4 (assistenza sociale), che opera

⁽¹²⁵⁾ Per un'analisi dei riflessi sul diritto del lavoro della riforma federalista si vedano i contributi di Alleva, Di Stasi, Loy, D. Garofalo, Lai, Scarponi, Napoli, Ciocca, Carabelli in A. Di STASI (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Giuffrè, Milano, 2004.

⁽¹²⁶⁾ Si veda D. GAROFALO, *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, cit.

⁽¹²⁷⁾ Si veda la rassegna degli interventi regionali in D. GAROFALO, *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, cit.

⁽¹²⁸⁾ Adesivamente si veda U. CARABELLI, “Federalismo e diritto del lavoro”: brevi riflessioni a margine di un seminario, in A. Di Stasi (a cura di), *op. cit.*, 357 ss., spec. 367.

⁽¹²⁹⁾ Si veda l'esauriente sintesi di M. MAROCCO, *Scheda di sintesi della più recente legislazione regionale in materia di ammortizzatori sociali*, in *Dossier Adapt*, 2007, n. 28, 19, in www.csmb.unimore.it.

sovente in raccordo con l'azione degli Enti bilaterali, ad ulteriore riprova della acquisita centralità del ruolo di quest'ultimi.

Il finanziamento di questi ammortizzatori "territorializzati" è affidato, come già detto, a risorse proprie delle Regioni (ovvero anche di Province e Comuni) in concorso con quelle rivenienti dalla ripartizione del Fondo per l'occupazione *ex* articolo 1, comma 7, legge n. 236/1993.

6. Di un "modello" di ammortizzatori regionalizzati è al momento prematuro parlare, anche perché mancano all'appello numerose Regioni, come sempre del sud, ma possono già individuarsi alcuni tratti distintivi, estremamente significativi.

In primo luogo, come anticipato, l'iniziativa regionale è sovente congegnata come sostegno all'azione degli Enti bilaterali ⁽¹³⁰⁾.

In secondo luogo l'azione regionale punta molto sulla prevenzione delle situazioni di crisi e dell'esubero, promuovendo contratti di solidarietà, in attuazione della competenza specificatamente attribuita alle Regioni dal decreto legislativo n. 469/1997 ⁽¹³¹⁾. Molto interessante a quest'ultimo riguardo sono le esperienze lombarda ⁽¹³²⁾ e friulana ⁽¹³³⁾ del piano di gestione delle crisi, che Varesi, con il necessario distinguo, ha assimilato al *plan social* dell'esperienza francese ⁽¹³⁴⁾.

In tutte le esperienze regionali esaminate è previsto un sostegno al reddito, alcune volte qualificato "di cittadinanza" ⁽¹³⁵⁾, nonché alla posizione contributiva, ovviamente per periodi limitati di tempo ⁽¹³⁶⁾, ad integrazione della retribuzione nel caso di contratti di solidarietà difensivi ovvero del trattamento ordinario di disoccupazione per i lavoratori esclusi dall'area degli ammortizzatori c.d. forti ⁽¹³⁷⁾, ovvero ancora a favore di categorie totalmente escluse da ogni tutela contro la

⁽¹³⁰⁾ Cfr. l.r. Emilia Romagna 1° agosto 2005, n. 17, art. 10; l.r. Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005, n. 18, artt. 45 e 65; l.r. Lombardia 28 settembre 2006, n. 22, art. 25.

⁽¹³¹⁾ Cfr. l.r. Emilia Romagna 1° agosto 2005, n. 17, art. 16; l.r. Marche 25 gennaio 2005, n. 2, art. 30.

⁽¹³²⁾ Cfr. l.r. Lombardia 28 settembre 2006, n. 22, art. 29, comma 2, laddove si prevede l'approvazione da parte delle Province del "piano di intervento", che è di competenza delle Regioni qualora le crisi occupazionali interessino il territorio di più Province (comma 3).

⁽¹³³⁾ Cfr. l.r. Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005, n. 18, artt. 46-47, laddove si prevede il «Piano di gestione della situazione di grave difficoltà occupazionale».

⁽¹³⁴⁾ Si veda P.A. VARESI, *Regione Lombardia: la legge di politica del lavoro*, in *DPL*, 2007, n. 7, ins.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. ad esempio l.r. Friuli Venezia Giulia 31 marzo 2006, n. 6, artt. 58-59; interessante è, poi, la previsione, contenuta nel ddl Regione Veneto del novembre 2006 (art. 31), della creazione di un «Fondo regionale per il sostegno al reddito e all'occupazione» destinato a interventi in favore di disoccupati privi di ammortizzatori sociali, compresi i lavoratori parasubordinati; cfr. anche l.r. Marche 25 gennaio 2005, n. 2, che sostiene inoccupati e disoccupati privi di ammortizzatori sociali nella ricerca di un lavoro «con apposita erogazione monetaria fino al raggiungimento di una soglia predeterminata e fino alla durata del progetto» (art. 21). Sul "reddito di cittadinanza" si veda M. CONSITO, *Il reddito minimo di inserimento ed il reddito di ultima istanza: un confronto tra prestazioni di servizio sociale*, in *FACdS*, 2005, 3131 ss.; L. ZOPPOLI, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, in *DLM*, 2007, I, 75 ss.

⁽¹³⁶⁾ Con d.G.R. 28 luglio 2003, n. 92/10150, la Regione Piemonte ha previsto l'erogazione di un'indennità per un massimo di 6 mesi cumulabile solo col trattamento ordinario di disoccupazione, in favore dei lavoratori licenziati a seguito della crisi del settore auto o d'aziende appartenenti ai settori tessile ed orafa. Istruzioni operative per l'erogazione di tali indennità sono state impartite dall'Inps con circ. 1.12.2003, n. 184.

⁽¹³⁷⁾ Nel caso della l.r. Sardegna 9 dicembre 2005, n. 37, l'indennità mensile è sostitutiva di qualsiasi altra forma di indennizzo o ammortizzatore (art. 43, comma 3).

disoccupazione (apprendisti ⁽¹³⁸⁾ e co.co.co. ⁽¹³⁹⁾). L'esperienza toscana punta al sostegno della continuità delle erogazioni ai lavoratori in CIGS, qualora quest'ultima sia concessa in presenza di procedure concorsuali o di crisi finanziaria ⁽¹⁴⁰⁾.

È interessante evidenziare come l'Inps, nel dettare le istruzioni operative sui sostegni al reddito previsti dalla Regione Piemonte per alcuni settori in crisi, abbia sottolineato come queste, pur impartite per una specifica esperienza regionale, hanno una valenza di carattere generale per il diffondersi di tali iniziative anche in altre Regioni, in quanto alle stesse «sono state attribuite dirette competenze in materia di politica attiva del lavoro e di individuazione di specifici strumenti di tutela del reddito e/o in favore di particolari categorie di lavoratori» ⁽¹⁴¹⁾. Come si vede, l'istituto previdenziale erogatore dei sostegni al reddito ha, verosimilmente, maggiore cognizione di quanta ne abbia il nostro legislatore (*infra*) del diffondersi di questo sistema di ammortizzatori regionalizzati, al punto da ritenere opportuna la fissazione di regole gestionali di carattere generale.

Abbastanza diffuso, poi, è il sostegno all'accesso al credito ⁽¹⁴²⁾, con formule mutualistiche di garanzia, ovvero al sistema di previdenza complementare.

Infine, costante è il sostegno ai percorsi di formazione, riqualificazione ed inserimento lavorativo, anche col conferimento di borse di studio o di lavoro ⁽¹⁴³⁾.

Come già anticipato, è forse prematuro parlare di un modello o di modelli di ammortizzatori sociali regionalizzati, ma il fenomeno è da tenere sotto osservazione per il ruolo che lo stesso può svolgere in un momento di crisi del *welfare*. Di tale fenomeno non vi è traccia nel Protocollo del 23 luglio 2007 né tanto meno nella legge n. 247/2007, a conferma che la materia degli ammortizzatori sociali è ritenuta, a torto o a ragione, di esclusiva competenza dello Stato *ex* articolo 117, comma 2, Cost.; concetti come “unificazione”, “generalizzazione”, “universalizzazione” non sembrano ben coniugarsi con la sussidiarietà verticale ed orizzontale, e, anzi, sembrano andare in direzione decisamente opposta.

Sarebbe interessante sapere se chi è favorevole ad una gestione esclusivamente pubblica degli ammortizzatori sociali lo sia anche verso questa progressiva dilatazione dell'intervento regionale.

In conclusione, l'affermarsi spontaneo, perché fuori da un generale disegno organico, di un sistema di ammortizzatori in parte settorializzato (attraverso l'intervento dell'autonomia collettiva), in parte localizzato (attraverso l'intervento delle Regioni), verosimilmente indotto dal principio di sussidiarietà verticale e orizzontale immanente al nostro sistema costituzionale riformato, se consente di vivere con minore angoscia i ritardi accumulati nella realizzazione della riforma degli ammortizzatori sociali, induce, in ogni caso, a chiedersi se e

⁽¹³⁸⁾ Cfr. d.G.R. Piemonte 28 luglio 2003, n. 92/10150.

⁽¹³⁹⁾ Va segnalata la l.r. Lazio 2 settembre 2003, n. 27, che prevede un sostegno al reddito per i lavoratori parasubordinati nei periodi di inattività, di durata non superiore ai 6 mesi (art. 3, comma 3, lett *a*).

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. Protocollo d'intesa 13 aprile 2006 tra Regione Toscana e parti sociali per iniziative a sostegno dell'occupazione.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. la premessa della circ. Inps 1° dicembre 2003, n. 184.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. l.r. Lombardia 28 settembre 2006, n. 22, art. 23.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. l.r. Valle D'Aosta 31 marzo 2003, n. 7, art. 10 (che considera prioritari i piani formativi territoriali promossi dagli Enti bilaterali); l.r. Friuli Venezia Giulia 9 agosto 2005, n. 18, art. 47; l.r. Lombardia 28 settembre 2006, n. 22, art. 29.

in che misura sia opportuno continuare a parlare di riforma degli ammortizzatori sociali ovvero se sia forse più realistico porre mano ad un riordino dell'apparato in essere, dando atto della esistenza di questo "sistema parallelo" che per necessità ha preso corpo ⁽¹⁴⁴⁾, camminando, ben saldo, sulle due gambe costituite da un lato dalla competenza regionale *ex* articolo 117, commi 3 e 4, Cost., e dall'altro dalla libertà di assistenza privata *ex* articolo 38, comma 5, Cost., in tal modo avvalorando un sistema di ammortizzatori sociali retto non più solo sui cardini costituzionali tradizionali (articoli 38, comma 2, e 117, comma 2, Cost.), bensì anche su principi attuali (articolo 117, commi 3 e 4, Cost.) e/o attualizzati (articolo 38, comma 5, Cost.) ⁽¹⁴⁵⁾.

La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista" – Riassunto. *L'A., richiamata nel dibattito sul tema della riforma degli ammortizzatori sociali i punti essenziali di convergenza, si sofferma sui profili maggiormente controversi e segnatamente sulla contrapposizione tra modello di valorizzazione della competenza statale, auspicata estensione del sistema assistenziale pubblico, esclusione di qualsiasi competenza privata, da un lato, e modello favorevole allo sviluppo, a fianco del sistema pubblico, di un nuovo welfare locale, settoriale ed autofinanziato, realizzato da parte di Fondi bilaterali e Regioni, secondo una combinazione di sussidiarietà orizzontale e verticale, dall'altro. Esaminata criticamente l'elaborazione dottrinale su questi temi e le proposte che ne sono scaturite, l'A. si interroga sullo stato dell'arte attraverso un esame dell'ipotesi di riforma contenuta nel Protocollo del 23 luglio 2007 per come è stata recepita nella l. n. 247/2007. All'esito, l'A. afferma che la riforma indica un dato univoco in merito al presupposto concorso pubblico/privato nella gestione degli ammortizzatori sociali, desumibile dal prospettato coinvolgimento delle aziende nella ricollocazione dei lavoratori, delle agenzie per il lavoro nella realizzazione delle politiche attive e degli Enti bilaterali. L'A. si chiede, allora, se sia corretto parlare di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali ovvero se non sia sufficiente insistere nella strada intrapresa dall'autonomia collettiva, a partire dalle esperienze del settore artigianato degli anni Ottanta, e dalle Regioni che, dalla riforma costituzionale del 2001, hanno introdotto misure di sostegno al reddito nelle leggi sul mercato del lavoro. Alla luce di tali esperienze, puntualmente richiamate e sinteticamente analizzate, l'A. conferma l'opportunità di abbandonare l'impostazione relativa alla riforma sistematica degli ammortizzatori sociali per porre mano, più realisticamente, ad un riordino dell'apparato in essere con la consapevolezza dell'esistenza di un "sistema parallelo", che ha preso corpo per necessità, ma che risulta tuttavia pienamente coerente, rispetto ai cardini costituzionali tradizionali della materia (art. 38, comma 2, e 117, comma 2, Cost.), con i principi costituzionali attuali e/o attualizzati tanto in relazione alla ripartizione delle competenze Stato-Regioni (art. 117, commi 3 e 4, Cost.) quanto alla libertà di assistenza privata (art. 38, comma 5, Cost.).*

The reform of safety-net measures and the related constitutional issues (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with a survey of the main issues in the debate on the reform of safety-net measures in Italy, focusing on the most controversial points. Particular attention is paid to the contrast between a model in which the State plays a predominant role, with an extension of public welfare programmes, and the exclusion of private services, and on the other hand a model in which, alongside public employment services, there is a new network of local welfare services, self-*

⁽¹⁴⁴⁾ Dello stesso avviso è F. TESTA, *Ammortizzatori sociali autofinanziati: strumenti paritetici per l'occupabilità*, in AA.VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro (Venezia 25-26 maggio 2007)*, 347 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Secondo F. TESTA, *op. cit.*, si potrebbe attingere come riferimento costituzionale anche al combinato disposto degli artt. 4, comma 1, e 41, comma 1, Cost., considerato che la tutela della disoccupazione non può che essere privata ove sia l'effetto dell'inoccupabilità dei lavoratori; peraltro, l'intervento dei privati, ontologicamente settoriale, non limita con ciò la realizzazione dell'idea di sicurezza sociale.

supporting in terms of funding and designed to meet the needs of specific economic sectors, with the support of bilateral funds and the Regions, combining both horizontal and vertical subsidiarity. After an examination of the opinions and proposals of legal scholars in this connection, the paper considers the reform proposal contained in the Protocol between the social partners of 23 July 2007 as implemented in Act no. 247/2007. In this connection, the paper argues that the reform provides a clear response to the collaboration between public and private bodies in the management of safety-net measures, as shown by the intention to involve private placement services for workers and employment agencies for the promotion of active labour market policies and bilateral bodies. The paper then examines whether it is appropriate to speak of a reform of safety-net measures, or whether it is sufficient to continue on the basis of collective autonomy, following on from the experimental programmes in the artisan sector in the 1980s, and with the Regions, bearing in mind that since the constitutional reform of 2001 they have introduced income support measures for the labour market. In the light of these experimental programmes, that are briefly outlined, the paper argues for the need to move away from the idea of adopting a systematic reform of safety-net measures. Rather, it would be more realistic to improve on the existing system, in an awareness of the existence of a "parallel system" that has been set up due to necessity, but which is in keeping with the traditional constitutional principles relating to this matter (Articles 38 (2) and 117 (2), Italian Constitution), with the constitutional principles currently in force governing the powers of the State and the Regions (Article 117 (3)(4), Italian Constitution), and with the freedom of private bodies to provide services (Article 38 (5), Italian Constitution).

Il diritto del lavoro al “plurale”. Regioni e modelli regolativi differenziati dell’apprendistato professionalizzante

Daniela Comandè

Sommario: **1.** Metodo dell’indagine. – **2.** L’oggetto e l’obiettivo. – **3.** La regolamentazione nazionale: una chiave di lettura dell’intreccio di competenze. – **4.** La complessità del sistema di riparto delle competenze e delle “funzioni” regolative tra Stato e Regioni. – **4.1.** *Segue:* e il nuovo canale “esclusivo” delle parti sociali. – **5.** Le macroaggregazioni di Regioni e i diversi modelli. – **5.1.** Il contenitore (le “forme” della regolazione). – **5.1.1.** *Segue (A):* il primo modello: le Regioni a “sperimentazione permanente”. – **5.1.2.** *Segue (B):* il secondo modello: le “Regioni proceduralmente allineate”. – **5.2.** Il contenuto della regolazione regionale: formazione interna ed esterna, il *quantum* e le modalità di erogazione e i relativi costi. – **5.2.1.** La prima tipologia: il principio di prevalenza della sede di svolgimento della formazione (alla luce delle recenti pronunce costituzionali). – **5.2.2.** La seconda tipologia: il principio di fungibilità. – **5.2.3.** La terza tipologia: “lavori in corso”. – **6.** Tra opportunità e derive federaliste: apprendistato nazionale o regionale?

1. “La merce che discute” ⁽¹⁾, questo era uno dei motti circolanti in Italia sul finire degli anni Settanta, durante una delicata fase storica che vedeva le parti sociali fronteggiarsi sul tema delle “150 ore” ⁽²⁾. Si trattava di una battaglia sindacale finalizzata, attraverso la rivendicazione di permessi retribuiti, all’esercizio del diritto allo studio per i lavoratori, prima metalmeccanici e poi delle altre categorie. Questo spaccato di *storia della formazione* rappresenta bene una sensibilità diffusa: un’aspirazione generalizzata verso un diritto alla formazione capace di superare le discrasie insite in un modello di organizzazione del lavoro, improntato ad una netta divisione tra lavoro manuale e intellettuale. Il riferimento storico serve da spunto per evidenziare la connessione, già allora avvertita, tra formazione e contratto di lavoro ⁽³⁾, che costituisce una delle questioni centrali nel dibattito seguito alla riforma dell’apprendistato. Connessione all’epoca rivendicata in fun-

* Daniela Comandè è dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro europeo presso l’Università degli Studi di Catania.

⁽¹⁾ B. MORANDI, *La merce che discute*, Feltrinelli Economica, Roma, 1978.

⁽²⁾ Cfr. P.A. VARESI, *L’alternanza studio-lavoro nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in *RGL*, 1981, n. 1-2, 227 ss.; ID., *Il diritto allo studio nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in P.A. VARESI (a cura di), *I diritti dei lavoratori*, Mazzotta Ed., Milano, 1976, vol. 2, 143 ss.; B. CARUSO, A. LO FARO, *Lavoratori studenti* (voce), in *EGT*, 1988; AA.VV., *La didattica delle 150 ore*, Editori Riuniti, Roma, 1975 (contributi di G. Bini, T. De Mauro, S. Fanelli, M. Lichtner, L. Lombardo Radice, W. Maraschini).

⁽³⁾ G. LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1988; D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto*, Cacucci, Bari, 2004; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

zione anche di critica allo “stato delle cose esistente”; oggi considerata, invece, come la ricaduta, sul piano del contratto, di una dimensione oggettiva della economia della conoscenza ⁽⁴⁾ che va comunque gestita, accompagnata e coadiuvata da adeguati processi di regolazione, anche esterni al contratto.

Il contributo di queste pagine è di tipo soprattutto ricognitivo e sistematico: è mirato, in primo luogo, a cercare di mettere ordine nell'affastellata produzione normativa, sia di rango nazionale sia nella sua ricaduta regionale e contrattuale collettiva che ha ad oggetto uno speciale contratto di lavoro, di cui l'elemento formativo è connotato sostanziale, il nuovo apprendistato professionalizzante.

La regolazione normativa di tale modulo contrattuale costituisce l'occasione per considerazioni sul decentramento delle fonti nel diritto del lavoro e sulla rilevanza dei contenuti formativi nel contratto individuale, la cui funzione di fonte autonoma di regolazione viene in tal senso rivalutata.

Le difficoltà affrontate sul versante della ricognizione, prima, e della ricostruzione dei modelli regolativi, poi, che emergono dall'analisi giuridica delle fonti ⁽⁵⁾ di diverso livello, sono amplificate dal rapido susseguirsi dei provvedimenti adottati dalla pluralità degli attori coinvolti. Il che ha prodotto un assetto discretamente mutevole della regolamentazione dell'apprendistato nelle varie Regioni italiane che hanno proceduto alla regolazione ad ondate successive in dialogo non sempre coordinato con la regolazione delle parti sociali.

Si è scelto di monitorare diacronicamente le singole attuazioni regionali, seguendo un criterio cronologico che fotografasse la tempestività o i ritardi delle varie Regioni nel cogliere le indicazioni legislative nazionali: l'analisi diacronica, adoperata inizialmente, dà conto, senza entrare nel merito della qualità dei provvedimenti adottati, della capacità reattiva delle autonomie regionali agli *input* del legislatore nazionale, ma anche delle rispettive esperienze pregresse, nel vigore della vecchia disciplina.

L'analisi, pertanto, intende fotografare un processo in atto; intende seguire, per una certa fase (i primi anni di attuazione del decreto legislativo n. 276/2003) come funziona “il federalismo regionale alla prova” con riferimento ad un istituto qualificante; una considerazione più sul metodo di regolazione che sugli effettivi risultati. In ciò rifuggendo, dalla tentazione sempre presente nella dottrina, di valutare un sistema di regolazione proprio a ridosso dei suoi risultati immediati e con riferimento ai contenuti delle politiche regolative adottate contingentemente dagli attori coinvolti nel processo ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Sul ruolo che riveste l'istituto della formazione professionale nell'economia della conoscenza, vedi B. CARUSO, D. COMANDÈ, *La formazione e il “lavoro di qualità”: la prospettiva europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 211 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁾ Il dibattito sul sistema delle fonti, tema sempre fecondo di molteplici sollecitazioni, è stato al centro del Convegno Aidlass di Foggia del 25-26 maggio 2001, i cui contributi sono raccolti in AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁽⁶⁾ Si vedano, ad esempio, il giudizio negativo sulle competenze regionali espresso recentemente da M. TIRABOSCHI, *Il peso della regolazione*, in *Boll. Adapt*, 2 ottobre 2007, n. 32 (Id., in *Il Sole 24 Ore*, 2 ottobre 2007), e quello di S. D'AGOSTINO, *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*, in *Boll. Adapt*, 11 ottobre 2007, n. 30.

2. Dopo l'inquadramento delle singole realtà regionali, si è inteso spostare il piano di indagine sugli aspetti formali, attinenti alle tipologie di provvedimenti emanati per riempire di contenuto le direttrici del decreto legislativo n. 276/2003. La ricca gamma di strumenti a disposizione delle Regioni per rendere effettive le disposizioni legislative, mostra, in astratto, le graduate possibilità di concretizzare, attraverso fonti substatali diverse, un medesimo principio imposto dalla legge nazionale.

Se, in un primo tempo, le diverse strade percorribili apparivano interscambiabili, lasciando alla responsabilità delle amministrazioni regionali il delicato compito di preferire una legge regionale ad una delibera di giunta, dopo il c.d. decreto competitività, il legislatore ha avocato a sé la scelta di stabilire che la legge regionale fosse l'unico mezzo attuativo dell'apprendistato professionalizzante ⁽⁷⁾. Senza addentrarsi, per il momento, negli aspetti che riguardano le differenze strutturali e di efficacia che connotano i vari provvedimenti regionali, appare rilevante cogliere un *trend* di fondo rintracciabile nelle "scelte procedurali" regionali, in virtù del quale l'orientamento di ciascuna Regione verso un determinato meccanismo regolativo è stato influenzato da due ordini di ragioni: da un lato, un ruolo non secondario è stato giocato dalla volontà politica delle Regioni di accelerare o ritardare la messa a regime del novellato apprendistato in relazione alla sintonia o distonia con il governo nazionale; dall'altro lato, l'opzione procedurale delle amministrazioni regionali è stata indirizzata, nel breve periodo, verso l'utilizzo di strumenti *amministrativi* ⁽⁸⁾ più immediati e meno esaustivi, mentre nel medio-lungo periodo, le Regioni hanno preferito avvalersi di veri e propri strumenti *legislativi*.

Il *trend* appena evidenziato sconta i limiti di un'analisi strettamente formale e valutativa, poiché limitata al *nomen juris* degli atti regionali, e non è esente da alcune eccezioni emerse dallo studio dei tratti sostanziali delle normative regionali. Pertanto, al fine di soddisfare l'esigenza finale di fornire un quadro quanto più possibile completo delle dinamiche procedurali e sostanziali delle regolazioni regionali, è stato necessario filtrare le disposizioni attraverso una lente più forte che consentisse di andare in profondità oltre i contorni delle discipline, valutandone le prescrizioni più nel dettaglio.

Questo ulteriore passaggio ha consentito che le informazioni ordinate attraverso i due precedenti metodi (cronologico e formale) fossero inserite in un'analitica griglia di modelli regionali, in cui si evincesse non solo la cornice procedurale ma anche il contenuto delle politiche adottate.

A tale scopo è stato necessario evitare due pregiudizi:

⁽⁷⁾ Per un'attenta disamina delle opzioni interpretative aperte prima e dopo l'inserimento del comma 5-bis, in relazione all'efficacia delle sperimentazioni, si rinvia a M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *Apprendistato professionalizzante: alcune questioni aperte*, in *DPL*, 2005, n. 46, 2526 ss. Si rinvia, comunque, al § 3 per spiegare l'inserimento del comma 5-bis nell'art. 49 e le ripercussioni regolative che questo ha determinato.

⁽⁸⁾ Intendendosi, in questo contesto, per *strumenti amministrativi* le delibere di giunta e tutte le altre tipologie di provvedimento che non sono la legge e i regolamenti regionali, i quali invece sono *strumenti legislativi*. Con riguardo a questa distinzione e alla luce di quello che si dirà (§ 5.1.1.) sui contenuti talvolta più pregnanti di strumenti agili, non pare condivisibile l'affermazione di principio per cui trattandosi di atti di natura amministrativa sarebbe da escludere a priori l'intercambiabilità con le fonti regolamentari (A. TROISI, *La potestà regionale in materia di lavoro*, in *RGL*, 2007, n. 3, 661).

a) non è sempre vero che ad un determinato *contenitore* corrisponda un solo *contenuto*, ovvero non è sempre vero che la legge regionale sia il solo strumento idoneo a fornire la cornice delle disposizioni più stringenti e complete, dal momento che anche alcuni strumenti amministrativi (es.: delibere di giunta) si sono rivelati esaurienti regolatori in alcune realtà regionali;

b) i *contenitori formali* non si pongono in necessaria e predeterminata successione cronologica: non sempre le Regioni hanno prima provveduto con delibera di giunta e poi hanno approvato la legge.

Lo scoglio maggiore nello studio dei livelli differenziati di regolazione (un vero caso di regolazione multilivello) è consistito nel coordinare il confuso bacino di atti normativi, selezionando e interpolando i prodotti giuridici simili, sia in relazione alla tipologia di strumento (legislativo o amministrativo) adoperato (legge, regolamento, delibera, decreto, ecc.), sia soprattutto per i loro contenuti, ove spesso si evince una discrasia tra forma del provvedimento e contenuto regolativo. Oggetto della ricerca è dunque la creazione di una modellistica ragionata – frutto delle macroaggregazioni di Regioni – che consenta di mettere in luce *come* siano state tradotte nel dato normativo regionale le previsioni del decreto legislativo n. 276/2003, cioè gli aspetti procedurali, e *quanto* delle disposizioni nazionali sia stato effettivamente realizzato e vigente.

3. Il composito quadro legislativo del decreto n. 276/2003 e l'impianto cui esso si ispira in merito ai rispettivi spazi regolativi tra Stato e Regioni, in materia di contratto di lavoro e formazione, sono rimasti sostanzialmente invariati nonostante le varie "prove" di legittimità a cui lo stesso è stato sottoposto di fronte alla Consulta, sia in occasione della nota sentenza n. 50 del 2005, sia nelle successive pronunce, sulle quali si tornerà più avanti. Per consentire all'interprete una valutazione in merito alle variegate attuazioni regionali e contrattuali, bisogna, nell'ordine, illustrare brevemente il quadro positivo da cui si ricava il riparto di competenze e, successivamente, tentare un inquadramento organico delle differenti scelte regionali che hanno orientato la questione del ruolo e delle modalità della formazione.

Il problema di fondo che pone la normativa attiene principalmente alla definizione, ove possibile, dei confini di competenze di ciascun attore regolativo chiamato a "comporre" la fattispecie. Dato per assodato che il contratto formativo per eccellenza, l'apprendistato, abbia costituito una sede privilegiata di attuazione delle recenti istanze federaliste, resta all'interprete il compito di attribuire al cospicuo materiale normativo prodotto, e ancora in produzione, significato e razionalità⁽⁹⁾. Alla base dell'imponente processo di rinnovamento del mercato del lavoro attuato con il decreto legislativo n. 276/2003 stanno, da un lato, la volontà, peraltro dichiarata⁽¹⁰⁾, di modifica delle tipologie contrattuali a causa mista e, dall'altro,

⁽⁹⁾ M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in ID. (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990, XX, dove l'autore sottolinea come l'unità sistematica di un ordinamento sia il risultato provvisorio e mutevole di un processo diffuso di razionalizzazione interpretativa in cui l'interprete, lungi dall'essere un matematico, sembra piuttosto incarnare un ingegnere «che edifica con i diversi materiali che gli offre il linguaggio [...] i ponti sui quali scorrono le comunicazioni tra diritto e società».

⁽¹⁰⁾ Nel *Libro Bianco* del 2001, il mancato riordino dei contratti con finalità formative è considerata una delle maggiori inadempienze del legislatore di fine anni Novanta, che avrebbe omesso di disciplinare

il riconoscimento dell'inadeguatezza del sistema di formazione professionale ⁽¹¹⁾. Il tracciato legislativo, avviato con il disegno di legge delega n. 30/2003, nel riordinare l'assetto tradizionale dei contratti formativi, ha tentato di porre, sul piano contenutistico, una più accentuata distinzione delle funzioni alle quali i diversi modelli contrattuali devono assolvere ⁽¹²⁾ e, sul piano procedurale, una distribuzione articolata di competenze tra vari attori e livelli di regolazione.

Il quadro normativo con cui bisogna confrontarsi è frutto di una stratificazione normativa che si è "depositata" sugli articoli 47-53 del decreto legislativo attuativo, correggendo, *in itinere*, il tiro in relazione ad alcune sbavature iniziali. La fattispecie unica contratto di apprendistato è scomposta, oggi, in una triade di sottomodelli, la cui attuazione è subordinata all'emanazione della normativa regionale, diretta a regolamentarne i rispettivi profili formativi, e all'intervento delle parti sociali. Proprio nelle more della messa a regime dell'istituto ad opera delle Regioni sono stati varati, in un breve lasso di tempo, alcuni provvedimenti modificativi, prima il decreto legislativo n. 251/2004 e poi la legge n. 80/2005 di conversione del decreto competitività n. 35/2005, oltre alle molteplici circolari ministeriali e risposte ad interpellati, il discusso Protocollo del 23 luglio 2007 e la legge 24 dicembre 2007, n. 247 ⁽¹³⁾, e da ultimo il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 ⁽¹⁴⁾.

Un primo punto nodale dell'attività di regolazione dei diversi soggetti è stato affrontato al momento dell'inserimento del comma 5-bis nell'articolo 49 ⁽¹⁵⁾. Anzitutto, si fa menzione di *future leggi regionali*, in palese discrasia rispetto al comma 5 dello stesso articolo che immediatamente lo precede, e nel quale, invece, si rinvia a *regolamentazioni regionali* (comprendendo tanto leggi regionali

organicamente la materia. Si veda § II.1.5. (intitolato: *Formazione e lavoro*) della parte II del *Libro Bianco sul Lavoro*, pubblicato in *Il Sole 24 Ore* – Documenti del 6 aprile 2002, 41.

⁽¹¹⁾ Inizia proprio con la presa d'atto dell'inadeguatezza del sistema formativo italiano il § 3.4. (intitolato *Formazione*) della parte I del *Libro Bianco sul Lavoro*, cit., 25. Per riflessioni sul tema si rinvia a M. RUSCIANO, *Il "sistema" della formazione: scuola, università e impresa*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, 299 ss.; L. ZOPPOLI, *Il lavoro di Aracne: formazione e politiche attive dell'impiego nelle recenti dinamiche istituzionali*, in *DLM*, 2003, n. 1, 85 ss., e in R. REALFONZO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Formazione e lavoro: l'efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali*, F. Angeli, Milano, 2003, 13 ss.; A. RANIERI, V. FOA, *Il tempo del sapere. Domande e risposte sul lavoro che cambia*, S. CESARI (a cura di), Einaudi, Torino, 2000, 45.

⁽¹²⁾ Funzione formativa o di inserimento nel mercato del lavoro, ove nel primo caso l'intenzione è quella di valorizzare il ruolo dell'apprendistato in un'ottica di specializzazione superiore atta a coniugare istruzione, formazione ed orientamento. Per cui «il contratto di apprendistato rappresenta uno strumento volto, da un lato, a facilitare l'ingresso nel mondo del lavoro di soggetti privi di specifiche competenze e, dall'altro, a fornire agli stessi una formazione di base e tecnico professionale al fine di conseguire un'occupazione stabile e qualificata» (Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, avanzata da Confindustria, in www.cymb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*).

⁽¹³⁾ In attuazione del Protocollo è stata emanata la l. 24 dicembre 2007, n. 247, il cui comma 33 delegava il governo di allora a riformare l'istituto dell'apprendistato nel segno di un rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva – che già nel d.lgs. n. 276/2003 riveste un rilievo primario – e della parziale "ri-nazionalizzazione" dell'istituto, per un coordinamento delle discipline sul territorio nazionale, sia in relazione alla qualità della formazione sia alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, superando, così, eventuali discrasie nelle attuazioni regionali in favore di una più fluida mobilità geografica degli apprendisti.

⁽¹⁴⁾ Convertito con l. n. 133/2008.

⁽¹⁵⁾ Art. 13, comma 13-bis, così come risulta dalla l. di conversione n. 80/2005 del d.l. n. 35/2005.

quanto regolamenti e delibere di giunta): il dubbio che pone questa modifica riguarda la possibilità di mettere a regime l'istituto attraverso un intervento normativo regionale a carattere generale (legge), oppure utilizzando altre fonti di livello regionale (delibere di giunta, decreti, regolamenti). Inoltre, il comma 5-*bis* consente alla fonte contrattuale di esercitare una "competenza provvisoria" in attesa della emanazione delle leggi regionali, pur lasciando immutata la "competenza definitiva" delle Regioni in materia (una sorta di meccanismo di sblocco dell'*impasse*)⁽¹⁶⁾. In linea con questa tecnica di recupero ad ampio raggio delle norme prodotte – e a prescindere dalla natura della fonte (legale/contrattuale) e dalla sua tipologia (contratto/atto amministrativo) – si colloca la previsione della circolare del Ministero del lavoro n. 30/2005⁽¹⁷⁾ che, nelle more dell'attuazione regionale per via legislativa, ha fatto salve le sperimentazioni regionali e le relative delibere di giunta, con gli unici limiti di rispetto del criterio di compatibilità, verso l'assetto legislativo nazionale, e di cooperazione, nei rapporti interistituzionali. Precisata la tipologia di fonte necessaria per la messa a regime dell'apprendistato, rimane da sciogliere il nodo della disciplina concretamente applicabile, sia nel caso in cui sia stata varata una legge regionale, sia nell'ipotesi inversa, senza tralasciare i casi intermedi riscontrabili tra le due opposte evenienze. Una risposta chiarificatrice sul punto proviene da alcune risposte ad interpellanti fornite dal Ministero, dove si assume come principio ordinatore l'esclusione di qualsiasi eventualità di commistione tra vecchia e nuova disciplina dell'apprendistato. Di conseguenza, in caso di regolamentazione regionale incompleta o del tutto assente, per evitare il rischio del vuoto normativo nella fase di transizione, l'unica cornice regolativa applicabile rimane quella precedente al decreto n. 276⁽¹⁸⁾, a meno che le parti sociali comparativamente più rappresenta-

⁽¹⁶⁾ Il blocco regolativo, che il comma 5-*bis* ha tentato di risolvere era stato determinato dalle parti sociali che, anzitempo, avevano dettato una compiuta disciplina del contratto di apprendistato professionalizzante nel settore del commercio (Ccnl 2 luglio 2004). La forzatura posta in essere dalle parti sociali si è rivelata, da un lato di rottura, se si considera che la circ. Min. lav. n. 40/2004 ne ha dichiarato l'inapplicabilità nella parte in cui invade le competenze regionali, e dall'altro di sprone, se si tiene conto dell'*input* fornito alla disciplina regionale. Sul punto il legislatore con il comma 5-*bis* ha rimesso alla legislazione regionale la compiuta messa a regime dell'istituto, salvo, in via temporanea, assegnare alle parti sociali la possibilità di sopperire ad una eventuale inerzia regionale. Alcune Regioni, come la Puglia, il Lazio e il Piemonte, in seguito a questa modifica legislativa, hanno interrotto la fase sperimentale avviata con delibere di giunta, ritenendola superflua, vista l'immediata operatività conferita ai contratti collettivi, ed hanno avviato direttamente le procedure per l'elaborazione di una legge regionale. Interessante è lo schema illustrativo delle situazioni intermedie che si possono verificare, fino al varo definitivo della legge, da cui si evincono le disposizioni applicabili, P. DI NUNZIO, P. SALAZAR, *Apprendistato*, in *DPL-Oro*, 2005, n. 4, 114.

⁽¹⁷⁾ L'intento della circolare è stato duplice: *de iure condendo*, quello di fornire delucidazioni operative sul rapporto tra competenze regionali e contrattazione collettiva (per cui le Regioni devono rinviare alle parti sociali per le modalità di erogazione e articolazione della formazione); *de iure condito*, quello di ricomporre la frattura creata dalla circ. Min. lav. n. 40/2004 (che aveva censurato l'operato delle parti sociali), alla luce del meccanismo, individuato dal 276, di cooperazione tra livello legislativo nazionale, regionale e parti sociali. La circ. Min. lav. n. 30/2005 ha completato l'assetto delle fonti individuato dal decreto competitività, il quale aveva assegnato alla legge regionale il compito di mettere a regime l'istituto.

⁽¹⁸⁾ Cfr. la risposta ad istanza di interpello del 14 ottobre 2005, avanzata da Unionapi; e la risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da Apindustria (Piacenza), entrambe in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Coerentemente, per i rapporti di apprendistato instaurati sotto la vigenza della vecchia disciplina, non si ritiene ammissibile una loro trasformazione in

tive sul piano nazionale non abbiano disciplinato i profili formativi e applicativi⁽¹⁹⁾ – in ottemperanza al comma 5-*bis* dell'articolo 49 –; in questo secondo caso il datore di lavoro che volesse assumere con contratto di apprendistato dovrebbe farlo a norma del Ccnl di riferimento⁽²⁰⁾.

Un primo profilo di interpretazione, sul versante delle competenze, attiene, dunque, al rapporto tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento, Stato e Regioni, ma che ricoprono una differente posizione regolativa, sia per livello sia per materia. Un secondo profilo affronta, invece, i meccanismi di cooperazione tra gli stessi attori istituzionali e quelli sindacali, in considerazione della indubitabile «tendenza alla moltiplicazione dei luoghi di produzione normativa»⁽²¹⁾. Tendenza accolta dal legislatore con l'inserimento del comma 5-*ter* nell'articolo 49 che, nel caso di formazione aziendale, rinvia la disciplina dei profili formativi ai contratti collettivi stipulati dalle parti sociali di qualsiasi livello, anche aziendale.

Quanto al primo problema⁽²²⁾, la ricaduta non può prescindere dal confronto con il principio di sussidiarietà verticale e il suo grado di attuazione nel nostro ordinamento. Il secondo pone questioni più complesse che riguardano la possibilità di leggere il rapporto tra ordinamento statale e sindacale secondo l'altro asse del principio di sussidiarietà, quello orizzontale⁽²³⁾. Se così fosse, si dovrebbe pren-

apprendistato professionalizzante, nonostante la Regione abbia completato l'iter regolatorio (Risposta ad istanza di interpello del 1° marzo 2007, avanzata da Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro Regione Marche, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*).

⁽¹⁹⁾ Le parti sociali possono legittimamente esprimere le loro determinazioni sugli elementi minimi di erogazione e di articolazione della formazione «direttamente o indirettamente anche mediante semplice rinvio agli enti bilaterali ovvero a prassi già esistenti e codificate dall'Isfol», vedi la risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da FIPPA, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽²⁰⁾ Risposta ad istanza di interpello del 14 settembre 2006, avanzata da Ordine dei Consulenti del Lavoro (La Spezia), in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽²¹⁾ F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *PD*, 2001, n. 4, 550, in cui l'autore parla di irreversibile perdita di centralità della legge in un'ottica propositiva di ridefinizione al plurale dei luoghi di mediazione.

⁽²²⁾ Per il quale i punti di partenza paiono essere – sotto il profilo legislativo – l'art. 49, comma 5, del d.lgs. n. 276/2003, letto alla luce dell'art. 117 Cost., e – sotto il profilo giurisprudenziale – la sentenza n. 50/2005 della Corte Costituzionale e le successive pronunce "figlie".

⁽²³⁾ Questo secondo aspetto pone un problema "storico" del diritto del lavoro che riguarda il riconoscimento di un sistema pluralistico di fonti del diritto, a prescindere dalla circostanza che tutta la normazione sia dotata di efficacia *erga omnes*, infatti sebbene quest'ultimo «costituisca un fattore significativo circa la qualificazione di un atto come fonte del diritto, [accertabile *ex ante*] esso non può costituire l'unico elemento da cui far discendere la natura di fonte del diritto di un certo atto o fatto, in tal modo segnando i confini della normatività» (F. CAFAGGI, *op. cit.*, 567). Semmai, va verificata *ex post* la compatibilità con quella legislativa generale, che in parallelo, nel caso dell'apprendistato, potrebbe essere la compatibilità dei sistemi substatali, dove operano in primo piano le parti sociali, con i livelli essenziali stabiliti dal legislatore nazionale. D'altra parte, che il contratto collettivo sia «una vera fonte tipica del diritto del lavoro in base al principio della sussidiarietà orizzontale» (M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *AA.VV., Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, cit., 484, e in *DLRI*, 2002, n. 1, 86) è stato fermamente sostenuto e spiegato in termini di diritto riflessivo, per cui il processo reale è riconducibile ad uno Stato, che, «a causa delle difficoltà sociali si ritrae, demandando il processo di regolazione alla contrattazione collettiva, più vicina ai destinatari delle norme», come nel caso del comma 5-*ter* appena introdotto. La posizione è stata recentemente affermata con vigore, e per la verità non contestata, al Convegno Internazionale del ventennale della Rivista *Lavoro e Diritto*, tenutosi a Bologna il 24-25 settembre 2007 (*Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro – Trasformazioni dell'impresa e mercato del lavoro*), dove M. Napoli ha asserito ancora una volta la necessità di «ri-

dere atto dell'evoluzione sincronica del sistema delle fonti sotto l'ombrello di un *federalismo complesso e temperato*: complesso, in relazione alla confluenza di soggetti istituzionali e non, e temperato, in considerazione dei contenuti, tendenzialmente circoscritti, demandati da un livello all'altro e da un ordinamento all'altro.

4. Lo schema attuativo dell'apprendistato professionalizzante adottato dal 276 disegna un quadro di competenze normative tra Stato e Regioni ⁽²⁴⁾ in base al quale al primo spetta la regolazione degli aspetti privatistici del contratto e alle seconde quella dei profili formativi, da esercitarsi alla luce di una serie di criteri indicati dal legislatore. Sulla ripartizione tra potestà normativa regionale e nazionale, in relazione all'articolo 117 della Costituzione, è intervenuta la Corte Costituzionale con la nota sentenza 28 gennaio 2005, n. 50 ⁽²⁵⁾. Quest'ultima, nell'affermare la legittimità del dettato normativo, ne ha precisato i termini in funzione del principio generale di leale collaborazione tra le istituzioni. La Consulta, per risolvere il conflitto di competenze, ha preliminarmente distinto tra formazione professionale pubblica e formazione privata, facendo, poi, rientrare la prima nella competenza residuale regionale e la seconda nel sinallagma contrattuale e quindi nell'ordinamento civile di competenza statale. La Corte illustra una sorta di percorso biunivoco tra i due tipi di 'formazione' che inevitabilmente può determinare delle "interferenze": i soggetti istituzionali, eventualmente imbrigliati nell'intreccio regolativo, ne devono uscire tramite la corretta attuazione del principio di leale collaborazione (articolo 120, comma 2, ultimo periodo, della

conoscere la contrattazione collettiva come fonte giuridicamente regolata, essendo il contratto collettivo foriero di diritto così come il sindacato è parlamento degli interessi».

⁽²⁴⁾ Sulla questione delle competenze tra Stato e Regioni in materia di apprendistato v. D. GAROFALO, *L'apprendistato tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Working paper Adapt, 2005, n. 14; L. ZOPPOLI, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: i recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *DLM*, 2006, n. 1, 193 ss.; M. D'ONGHIA, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto d'inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla Legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 381 ss.; G. ORLANDINI, *Contratti formativi e competenze normative delle regioni*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 515 ss.; da ultimo i due contributi di M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, in *LD*, 2007, n. 1, 178 ss.; L. ZOPPOLI, *Apprendistato e multilevel regulation*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1, 98 ss.

⁽²⁵⁾ La sentenza della C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, è stata commentata da più autori, tra i tanti si veda E. MALFATTI, *La Corte costituzionale al cospetto delle deleghe in materia di lavoro: quando la decisione (e la relativa massimazione) diventa difficile* (nota a C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50), in *FI*, 2006, n. 2, I, 368 ss.; P. ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *RIDL*, 2005, n. 3, II, 530 ss.; A. GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *RGL*, 2005, n. 3, II, 440 ss.; S. SCAGLIARINI, *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 183 ss.; ID., *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla Consulta*, in *GC*, 2005, n. 1, 486 ss.; V. FILÌ, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *LG*, 2005, n. 5, 405 ss.; E.M. BARBIERI, *Il diritto del lavoro fra competenze statali e competenze regionali secondo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, 2005, n. 4, 288 ss. Per riflessioni di più ampio respiro sull'intervento della Consulta v. B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, n. 1, spec. Sez. III, 65 ss., mentre per riflessioni sul percorso argomentativo seguito dalla Consulta iniziato con la sentenza n. 50 e proseguito con le sentenze "figlie" n. 406 e n. 425 del 2006 e n. 21 e n. 24 del 2007, v. il contributo di B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il Conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*, in *RIDL*, 2007, n. 3, 569 ss.

Costituzione), l'unico idoneo a garantire la possibilità di una regolazione rispettosa di tutti gli attori aventi titolo a intervenire ⁽²⁶⁾.

Bisogna, a questo punto, soffermarsi sul dato normativo per vedere le opzioni legislative volte a definire i successivi rapporti interistituzionali, nel solco della strada maestra indicata dalla Consulta. L'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003 pone dei "paletti", di specifica rilevanza contrattuale, nei confronti della regolamentazione regionale, alcuni dei quali elaborati, in maniera del tutto innovativa, sottoforma di principi. Infatti, il contratto di apprendistato, se presenta un assetto contrattuale tendenzialmente immutabile quanto ai limiti minimi e massimi di età ⁽²⁷⁾ e solo massimi di durata ⁽²⁸⁾, oltre che alla forma del contratto, di converso è soggetto a regimi differenziati in relazione ai piani formativi, alle qualifiche, al tipo di formazione e ai profili formativi, al *quantum* e alle modalità di erogazione della formazione e alla certificazione della stessa. È in questa seconda *tranche* di aspetti della fattispecie che entrano in gioco a pieno titolo le Regioni, da un lato, e le parti sociali, dall'altro, sebbene anche la regolazione della durata contrattuale, non sia esente dalla cooperazione di una pluralità di attori. Proprio in merito alla durata contrattuale, la scelta politica del legislatore è protesa all'ampliamento della durata massima consentita ⁽²⁹⁾, che, se assume un rilievo incentivante nei confronti dell'impresa che investe in formazione ⁽³⁰⁾, sotto il

⁽²⁶⁾ Per le considerazioni sulle illegittimità costituzionali sollevate dalle Regioni in merito ai profili formativi, si veda M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 390 ss. È, altresì, da rilevare che sono pendenti altri 8 ricorsi di altrettante Regioni di fronte alla Corte Costituzionale, a seguito dell'inserimento del comma 5-ter nell'art. 49.

⁽²⁷⁾ È riservato a soggetti di età compresa tra i 18 ed i 29 anni, salvo il caso di titolari di una qualifica professionale conseguita ai sensi della l. n. 53/2003 per i quali l'età minima è abbassata di un anno, mentre per il limite massimo la circ. Min. lav. del 15 luglio 2005, n. 30, precisa che l'assunzione può essere effettuata fino al giorno antecedente al compimento del trentesimo anno di età, come ribadito dalla Risposta ad istanza di interpello del 24 marzo 2006, avanzata dalla Confederazione Italiana della Piccola e Media Industria, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽²⁸⁾ Il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. n. 133/2008, ha modificato la disciplina sulla durata del contratto, eliminando dall'art. 49, comma 3, il riferimento alla durata minima del contratto che nella precedente formulazione era di 2 anni. Il venire meno del limite minimo di durata del contratto ha costituito l'occasione di un chiarimento sul punto da parte del Ministero del lavoro, che con circ. 10 novembre 2008, n. 27, ha interpretato la modifica del legislatore come funzionalizzata alla «piena valorizzazione della capacità di autoregolamentazione della contrattazione collettiva», fermo restando il limite massimo di sei anni. Una forma di deregolazione in favore delle parti sociali che, secondo la circolare interpretativa del Ministero, consentirebbe di rispondere all'esigenza di utilizzare la fattispecie contrattuale anche per lavoratori che altrimenti ne sarebbero rimasti esclusi, come gli stagionali. Per una deroga alla disciplina nazionale in merito alla durata contrattuale vedi il caso della Provincia di Bolzano *infra*, nota 97. Merita, peraltro, ricordare che qualora si intenda assumere con contratto di apprendistato un lavoratore che abbia già acquisito delle competenze – in virtù di precedenti rapporti di natura temporanea con la medesima impresa – la durata dell'istaurando rapporto, così come i contenuti formativi, devono essere rimodulati in considerazione delle preesistenti esperienze, tramite un opportuno coinvolgimento della parti sociali (Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, cit.).

⁽²⁹⁾ Che si basa sulla possibilità di prolungare nel tempo i benefici economici e normativi previsti per i datori di lavoro, in una logica di emersione del lavoro irregolare, oltre che di incentivo pubblico ad investire in formazione.

⁽³⁰⁾ «L'impresa che investe [deve avere] sufficienti garanzie di poter almeno recuperare i costi di formazione sostenuti», G. BRUNELLO, A. TOPO, *Il nuovo apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva*, in *RIDL*, 2005, n. 1, I, 38. Se il momento formativo del lavoratore è visto come semplice voce di "spesa" per il datore di lavoro, rimane ancorato ad esigenze di costo/opportunità e quindi valutato in termini di mera convenienza economica, cosa che non avviene se,

profilo delle competenze potrebbe porre un problema di coordinamento. Infatti, il limite massimo è riferito al contratto e non al periodo di tirocinio, come sottolineato da attenta dottrina⁽³¹⁾, pertanto se, da un lato, la competenza sulla durata contrattuale, essendo materia rientrante nell'ordinamento civile, spetta al legislatore nazionale, dall'altro lato, lo stesso legislatore devolve alla contrattazione collettiva, di livello nazionale o regionale, il compito di ponderare il tempo di formazione in relazione alla qualifica da conseguire. In questo esercizio congiunto di competenze tra Stato e parti sociali, alle autonomie regionali spetta la gestione della fase di recepimento, cioè le Regioni, tramite atti amministrativi, acquisiscono i profili formativi e i connessi tempi di formazione stabiliti dalle parti sociali, rendendoli efficaci *erga omnes*. Pertanto, l'iter e il riparto di competenze che si evince dal disegno del legislatore nazionale instaura un rapporto immutabile tra durata contrattuale e periodo di maturazione della qualifica e non lascia aperta la possibilità di stipulare legittimamente contratti di apprendistato per un arco di tempo differente da quello necessario per ottenere il risultato formativo. Corollario di questa procedura è il rafforzamento di efficacia degli atti dei contraenti collettivi, anche di livello regionale (articolo 49, comma 5), che sostanzialmente da soli definiscono il rapporto tra durata del contratto e qualifica da conseguire.

Attraverso tale riparto di competenze, la durata contrattuale, nonostante sia materia rientrante nell'ordinamento civile, esce dal campo di esclusività della competenza statale per collocarsi concretamente nelle realtà locali. Qui, le stesse autonomie regionali e le parti sociali sono chiamate ad "adattare" una disciplina nazionale (che fissa il limite massimo, ma non più quello minimo a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 23 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112) ad un determinato contesto imprenditoriale, per mezzo di un esercizio "illuminato" e dinamico delle rispettive competenze⁽³²⁾. In questa maniera le parti sociali, di livello nazionale o regionale, insieme alle Regioni concorrono in maniera decisiva a regolare un elemento essenziale del contratto di apprendistato, quale è la sua durata, che si dimostra essere, nonostante le apparenti rigidità, materia estremamente duttile.

Passando all'esame della disciplina per principi⁽³³⁾, l'articolo 49 stabilisce di

viceversa, è considerato come occasione (fornita dall'ordinamento) di accrescimento delle competenze dell'organico aziendale.

⁽³¹⁾ G. BRUNELLO, A. TOPO, *op. cit.*, 48.

⁽³²⁾ La regolazione di questo aspetto della fattispecie dovrebbe pertanto rispondere al principio di sussidiarietà, sia in senso verticale, cioè tra Stato e Regioni, sia in senso orizzontale, ovvero tra Stato e Regioni, da un lato, e OO.SS., dall'altro.

⁽³³⁾ Riassumendoli: il monte ore di formazione, con la novità della fungibilità tra quella esterna e quella interna all'azienda, stabilito in almeno 120 per anno per l'acquisizione di competenze di base e tecnico-professionali (articolo 49, comma 5, lett. a)); le modalità di erogazione della formazione, stabilite dalla contrattazione collettiva di livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative (articolo 49, comma 5, lett. b)); il riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali, in base ai risultati conseguiti nell'ambito del percorso di formazione esterna o interna all'impresa (articolo 49, comma 5, lett. c)); la registrazione della formazione, effettuata nel libretto formativo (art. 49, comma 5, lett. d)); deve essere nominato un *tutor* aziendale con formazione e competenze adeguate (art. 49, comma 5, lett. e)). Su questa metodologia di normazione è stato sostenuto come si tratti di una «tipologia di normazione per principi davvero singolare, che [...] non ha precedenti nell'ordinamento giuridico», G. ORLANDINI, *op. cit.*, 525. In verità, guardando un po' oltre sia in termini di tempo (nei prossimi anni) sia di spazio (oltre i confini nazionali), non si può sottacere come la normazione per principi sia il volano del nuovo diritto della regolazione. «Per la

demandare alle Regioni ed alle Province autonome ⁽³⁴⁾ la regolamentazione dei profili formativi e alle parti sociali la determinazione della durata, delle modalità di erogazione e dell'articolazione della formazione professionale sia interna sia esterna (comma 3 e 5). Il ruolo delle parti sociali entra in gioco, in via diretta, laddove nei criteri e principi direttivi dettati dal decreto legislativo n. 276/2003 si chiede loro specificamente di stabilire le modalità di erogazione e l'articolazione della formazione ⁽³⁵⁾: in altre parole, i contratti collettivi sono chiamati principalmente a scegliere il *quantum* di formazione da internalizzare nel riparto tra quella interna e quella esterna all'azienda. Il rinvio è operato nei confronti di qualsiasi livello contrattuale (nazionale, territoriale o aziendale) ⁽³⁶⁾ e senza specificazione del livello di determinazione della rappresentatività, nel segno di un assetto regionalistico a geometria variabile delle relazioni industriali ⁽³⁷⁾.

4.1. Che quello rivestito dalle parti sociali nella configurazione in concreto della fattispecie contratto di apprendistato sia un ruolo di primo piano è confermato dal c.d. canale parallelo ⁽³⁸⁾, introdotto di recente dal legislatore con l'articolo 23 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 ⁽³⁹⁾. La nuova disciplina affianca e non sostituisce il quadro preesistente appena tratteggiato, e riguarda specificamente il caso in cui la formazione sia esclusivamente aziendale. In tale circostanza, alle

nostra tradizione giuridica, sarebbe stato sino a ieri impensabile che un testo normativo assumesse la forma di una compiuta dichiarazione d'intenti» (M. ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, 2006, n. 1, 3), ma *de iure condendo* non si può non prendere atto di un processo di trasformazione culturale, che riserva un certo «orientamento di favore dei decisori politici nazionali nei confronti del *soft law* in generale». E se il livello nazionale si mostra disponibile in questa direzione nei confronti del suo diretto superiore (ordinamento europeo) non si vede come non debba esservi una medesima linea di attuazione, all'interno di quello nazionale, nei confronti del livello regionale.

⁽³⁴⁾ D'intesa con le associazioni datoriali e dei lavoratori più rappresentative sul piano regionale.

⁽³⁵⁾ In questa voce rientrerebbe anche la «valutazione della capacità formativa delle aziende», in considerazione della circostanza, stabilita dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 50/2005, che la formazione aziendale inderiva al rapporto contrattuale, di competenza della legislazione statale e della contrattazione collettiva. Così argomenta il Ministero del lavoro nella risposta ad istanza di interpello del 24 marzo 2006, avanzata dal Consiglio Provinciale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Bergamo, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽³⁶⁾ Per dovere di precisione occorre distinguere differenti rinvii del legislatore nazionale. In presenza di regolamentazione regionale si distinguono due casi: per le modalità e l'articolazione della formazione, «è possibile una implementazione da parte dei contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale»; mentre per l'individuazione delle qualifiche e della effettiva durata contrattuale il rinvio è limitato ai contratti collettivi stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o regionale, con l'esclusione di altri livelli; in assenza di regolamentazione regionale dei profili formativi la disciplina si evince solo dai contratti collettivi nazionali (risposta ad istanza di interpello del 21 giugno 2006, avanzata da Apindustria, cit.).

⁽³⁷⁾ G. ORLANDINI, *op. cit.*, 523.

⁽³⁸⁾ Così definito dalla circ. Min. lav. n. 27, cit.

⁽³⁹⁾ Decreto convertito dalla l. n. 133/2008, che aggiunge un nuovo comma 5-ter nell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003; la disposizione recita: «In caso di formazione esclusivamente aziendale non opera quanto previsto dal comma 5. In questa ipotesi i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante sono rimessi integralmente ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali. I contratti collettivi e gli enti bilaterali definiscono la nozione di formazione aziendale e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo».

parti sociali con lo strumento negoziale, o agli enti bilaterali, viene devoluto, dal legislatore nazionale, il compito/potere di definizione di tutti i contenuti della formazione da erogare nel contratto di apprendistato: dalla stessa definizione di “formazione esclusivamente aziendale”, fino alla sua durata, anche in deroga alle 120 ore previste dallo stesso decreto n. 276; dalle modalità di erogazione, sino alla qualifica da conseguire. In sostanza il legislatore, con la recente modifica, ha inteso⁽⁴⁰⁾, in un certo senso, mettere in concorrenza gli attori decentrati⁽⁴¹⁾, sociali e istituzionali, che nella precedente fase avrebbero dovuto, invece, collaborare.

Il legislatore, facendo aggio sulla circostanza – rilevata dalla Corte nella sentenza n. 50/2005 – per cui «la formazione aziendale rientra [...] nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile», ha creato un secondo e più agevole canale, di natura privato/collettiva, abilitato a disciplinare la formazione dell'apprendista. La novità legislativa, se da un lato pare rispondere adeguatamente all'attivismo manifestato, fin da subito, dalle parti sociali nel regolare l'apprendistato, dall'altro prospetta nuovi possibili di conflitti di competenza tra le Regioni e le parti sociali, che agiscono sulla base di un potere devoluto dallo Stato.

Al di là di valutazioni sul piano funzionale (chi regola meglio cosa), la recente modifica normativa suggerisce riflessioni di carattere più generale sul sistema di competenze normative e istituzionali in materia di apprendistato, come risulta dal quadro legislativo ripetutamente mutato in questi anni. Con l'ultimo intervento, in effetti, è come se il legislatore avesse preso atto, e trascritto in norma, quel che si è verificato a livello di regolamentazione regionale.

A tale livello, la competenza sull'apprendistato è stata esercitata tramite rinvio a, e/o recepimento di, atti dell'autonomia collettiva; ciò probabilmente ha indotto il legislatore nazionale a cristallizzare questa prassi intervenendo sul piano della ripartizione formale delle competenze. È come se il legislatore avesse avvertito un suggerimento, ma in uno stucchevole eccesso di zelo, si fosse spinto oltre ciò che la stessa prassi suggeriva.

Da qui la scelta di devolvere, con una norma generale sulla competenza, la formazione esclusivamente aziendale ai contratti collettivi, senza passare più per le leggi regionali.

La soluzione adottata presenta delle indicazioni e delle controindicazioni.

Tra le prime indubbiamente è da annoverarsi la conferma al contratto collettivo di piena dignità di fonte che assume una funzione sostitutiva, e non più solo complementare, rispetto alla legislazione regionale. A ciò si aggiunga una maggiore responsabilizzazione delle parti contrattuali: il datore di lavoro, nel momento stesso in cui stipula l'accordo, rinuncia ad avvalersi dei finanziamenti pubblici

⁽⁴⁰⁾ La recente circ. Min. lav. n. 27, cit., sembra confermare questa intenzione del legislatore; secondo la stessa, le previsioni introdotte sul punto pongono «e premesse, senza modificare l'impianto normativo preesistente [...], per la costruzione di un “canale parallelo” affidato integralmente alla contrattazione collettiva».

⁽⁴¹⁾ Da un lato, la via pubblicistica di regolazione della formazione definita dalle Regioni, in coordinamento con le parti sociali (art. 49, comma 5); dall'altro, la via privatistica, accessibile solo nel caso di formazione aziendale e determinata esclusivamente dalle parti sociali o dagli enti bilaterali (art. 49, comma 5-ter).

stanziati dalle Regioni per l'erogazione della formazione e si fa carico integralmente degli oneri formativi degli apprendisti; d'altro canto, le Organizzazioni sindacali si vedono impegnate a che i contenuti formativi previsti dal contratto collettivo siano stringenti⁽⁴²⁾ e rispondenti non solo alle esigenze formative della parte datoriale, ma anche funzionali alle esigenze dei lavoratori apprendisti, sia in relazione all'effettività della formazione, sia in funzione della successiva spendibilità della qualifica acquisita.

Quanto alle controindicazioni, non si può sottacere come la delega di funzioni alla contrattazione di qualsiasi livello, relativamente alla regolamentazione della formazione aziendale, senza la contestuale previsione di alcun criterio direttivo, possa generare sul piano sostanziale vistose difformità; ciò anche in ragione del fatto che le aziende, sul piano territoriale ma non solo, notoriamente posseggono differenziate capacità e potenzialità formative: il problema in altre parole è che manca un criterio idoneo non solo a distinguere quali aziende siano realmente dotate di capacità formativa e quali no, ma anche ad individuare a quali principi si debba informare un tipo di formazione che, seppure aziendale, rimane mirata all'acquisizione di una determinata qualifica⁽⁴³⁾. Per non parlare del fatto che non è chiara la ricaduta della nuova disposizione sulle Regioni che hanno optato per una piena fungibilità tra formazione esterna e interna⁽⁴⁴⁾.

Per ciò che concerne più propriamente i conflitti di competenza, poi, difficile registrarne una riduzione, anzi: basti pensare agli otto ricorsi pendenti davanti alla Corte Costituzionale, che sollevano dubbi in relazione alla problematica costituzionalità della disposizione appena introdotta (comma 5-ter)⁽⁴⁵⁾. Senza addentrarsi in questioni di competenza – che anche la Corte, in fondo, ha lasciato gestire agli attori sulla base del noto principio di leale collaborazione e sulle quali la stessa Corte si trova costretta a ritornare –, è sufficiente qui rilevare come sia complicato distinguere esattamente, attribuendoli ora ad uno ora all'altro attore, più aspetti di un medesimo universo formativo che sono inscindibilmente connessi: in realtà più che distinte e differenti le competenze paiono ancora una volta essere intrecciate, proprio in virtù della circostanza che l'inserimento del comma 5-ter puntualizza la ripartizione di competenze in capo alle Regioni o alle parti

(42) Basti pensare che la modalità di formazione *on the job* – che in molte discipline contrattuali collettive è considerata formazione formale, mentre in sede europea è esclusivamente formazione non formale – non dovrebbe, a nostro avviso, essere l'unica tipologia di formazione prevista dai contratti, in considerazione del fatto che il legislatore ha previsto una formazione articolata in competenze di base e tecnico-professionali.

(43) Precisa, infatti, la circ. Min. lav. n. 27, cit., che l'apprendistato «resta in ogni caso finalizzato alla acquisizione di una qualificazione, e cioè di una qualifica professionale "ai fini contrattuali" e che la durata del monte ore di formazione deve essere coerente con l'obiettivo della acquisizione di specifiche "competenze di base e tecnico-professionali"», per cui «la durata e le modalità della formazione aziendale, disciplinate dai contratti collettivi anche a livello territoriale o aziendale, dovranno [...] essere coerenti con le declaratorie e le qualifiche contrattuali contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro a cui l'apprendistato professionalizzante è finalizzato».

(44) Bisogna chiedersi cosa avvenga nel caso in cui una legge regionale opti per la piena fungibilità tra formazione esterna e interna e quindi consenta una totale internalizzazione della formazione: si applicano esclusivamente i contratti collettivi sulla base del neo-introdotta comma 5-ter oppure si deve tenere conto anche di quei requisiti eventualmente stabiliti dalla legge regionale?

(45) Occorre segnalare che sette delle 8 Regioni (Basilicata, Emilia Romagna, Lazio, Marche, Toscana, Piemonte, Liguria e Veneto) che hanno proposto i nuovi ricorsi, sono amministrate da una maggioranza non filogovernativa.

sociali in funzione del tipo di formazione interna o esterna. La circostanza assume, però, dei contorni più problematici in ragione del fatto che il legislatore, devolvendo la regolamentazione dell'apprendistato a qualsiasi livello di contrattazione ⁽⁴⁶⁾, consentirebbe una differenziazione di disciplina non solo territoriale ma addirittura aziendale: differenziazione eccessiva in un momento storico in cui, sebbene sia aperto il tavolo delle trattative, ancora non si è giunti ad un accordo di concertazione sostitutivo del Protocollo Ciampi del 1993, che ridisegni il nostro assetto di relazioni industriali definendo *ex novo* le funzioni dei diversi livelli di contrattazione collettiva.

È ancora presto per dare delle risposte a questioni così complesse, ma certamente è da rilevare come tra i soggetti di primo piano in materia di apprendistato debbano essere ascritte le organizzazioni sindacali, coinvolte insieme alle Regioni a sciogliere i nodi irrisolti e a specificare le norme aperte, presenti nella fonte legislativa nazionale. Questa però non è una novità, è una sorta di *déjà vu* ⁽⁴⁷⁾.

Le disposizioni esaminate lasciano pochi dubbi in merito alla circostanza che sia davvero difficile una scomposizione dei singoli segmenti che compongono un contratto di apprendistato, spettanti ora allo Stato, ora alle Regioni, ora alle parti sociali dei diversi livelli. Ciononostante un'operazione di questo tipo è stata già realizzata nel lavoro certosino della Consulta, in merito al rapporto tra Stato e Regioni, e difficilmente potrebbe trovare soluzioni accettabili nel rapporto triangolare tra le due istituzioni e le parti sociali, dal momento che non è stabilito *ex ante* quale sia il livello contrattuale chiamato ad intervenire, ma lo stesso viene stabilito di volta in volta e parametrato sulla singola realtà regionale. Una simile difficoltà se da un lato può apparire superficialmente come una mancanza di chiarezza del legislatore sui rapporti tra gli attori coinvolti a regolamentare l'apprendistato, dall'altro potrebbe essere letta come la presa d'atto della necessità di realizzare un sistema di competenze governato realmente da una leale collaborazione e cooperazione tra questi attori. Per suffragare tale necessità di sinergia tra i protagonisti – unico rimedio alle inevitabili interferenze di un sistema di riparto di competenze complesso – appare non secondario il recente ammonimento della Corte Costituzionale alla Regione Puglia, formulato morbidamente in termini di necessità del “concorso di tutti i soggetti” indicati dal 276 per la definizione dei profili formativi. La Corte, nella recente sentenza n. 24 del 2007 ⁽⁴⁸⁾, ha, infatti, censurato l'articolo 2, comma 2, della legge pugliese, nella parte in cui attribuiva alla Giunta regionale un potere di determinazione unilaterale dei profili

⁽⁴⁶⁾ È interessante notare come il legislatore, nell'individuazione dei contratti collettivi abilitati ad assorbire integralmente le competenze regionali, pur prescindendo dal livello di stipula – nazionale, territoriale o aziendale –, presti attenzione alla rappresentatività comparativa degli attori sul piano nazionale, secondo una formula già utilizzata nel decreto n. 276/2003.

⁽⁴⁷⁾ Un *déjà vu* del periodo storico antecedente la prima legge in materia di apprendistato, ovvero la l. n. 25/1955, e anche successivo, quando la contrattazione collettiva ha fatto la parte del leone nell'ambito della cornice legislativa nazionale. Cfr. D. COMANDÈ, *Evoluzione storica dei contratti formativi*, in C.S.D.L.E. M. D'ANTONA (a cura di), *Formazione e politiche per l'occupazione*, sez. *Formazione e contratti*, Dossier, 2006, n. 8, in www.lex.unict.it/eurolabor/fricerca/dossier.htm.

⁽⁴⁸⁾ Per un commento alla sentenza in questione v. B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. cit.*, dove si sottolinea l'atteggiamento “consulenziale” della Corte, che rilegge la concertazione sociale «come un obbligo a contrarre e non solo negoziare in buona fede», in nome di un'applicazione estensiva del principio di leale collaborazione.

formativi, in caso di assenza di intesa (entro 60 gg. dall'entrata in vigore della legge) tra Regione e parti sociali. Il motivo di tale illegittimità è stato ricondotto alla incompatibilità di un simile procedimento «con il regime della paritaria co-determinazione dell'atto». La via di fuga, in caso di stallo regolativo, suggerita dalla Corte al legislatore regionale consiste nello stabilire un necessario sistema di comportamenti mirati allo scambio di informazioni e alla manifestazione della volontà di ciascuna delle parti e, in ultima ipotesi, in previsioni che assicurino il raggiungimento del risultato «seriamente concertato», senza la «prevalenza di una parte sull'altra». In altre parole non si tratterebbe per la Regione solamente di un obbligo a trattare con le parti sociali per definire i profili formativi, quanto più ampiamente di ricercare una generale e costante collaborazione, così da evitare che le istituzioni regionali dominino autonomamente il processo di regolazione. Se di obbligo a contrarre in senso tecnico non si tratta, la Corte si ferma proprio un passo prima.

Pertanto, con il recente intervento della Corte e con l'ultima modifica legislativa, si è avuta una ulteriore conferma della impossibilità di declassare le parti sociali ad organi meramente consultivi⁽⁴⁹⁾, perché anzi le stesse sono certamente protagoniste – insieme allo Stato e alle Regioni – del processo di codecisione o anche di sola decisione – che deve governare il sistema complesso di riparto di competenze, disegnato dal legislatore del 276. Dall'altro lato, questa constatazione consente la consacrazione del principio di sussidiarietà – dinamicamente operante anche in senso orizzontale – come valvola di regolazione dei rapporti tra fori regolativi differenti⁽⁵⁰⁾.

5. L'analisi dei percorsi regionali muove lungo due livelli: in primo luogo pare indispensabile raggruppare le Regioni e le province autonome in relazione al modello regolativo di attuazione della legge nazionale, ossia all'iter prescelto. Si estrapoleranno, poi, dalle singole realtà normative, le disposizioni legate agli aspetti strutturali-sostanziali dell'istituto. In altre parole, le autonomie regionali per

⁽⁴⁹⁾ Condivisibile la lettura di A. TROJSI, *op. cit.*, 671, dove l'autrice dopo avere configurato la leale collaborazione come un dovere costituzionale, la riferisce «non solo al rapporto tra livelli di governo (Stato, Regioni, Enti locali), ma parimenti anche al rapporto tra i vari attori che operano in uno stesso territorio o contesto, con una valorizzazione della dimensione "orizzontale" – accanto, e parallelamente, a quella "verticale" – della sussidiarietà, aderendo così all'accezione più estesa di *governance*. E, conseguentemente, è possibile conferire riconoscimento e dignità costituzionale anche alla "concertazione sociale", oltre che a quella "interistituzionale", come possibile forma di attuazione del "principio dell'intesa" – e dunque manifestazione di *multilevel/corporate governance* –, rinvenendone il fondamento nell'ultimo comma dell'articolo 118 Cost., che sancisce appunto il principio di "sussidiarietà orizzontale"».

⁽⁵⁰⁾ In relazione al coinvolgimento delle parti sociali, e in particolare alla circostanza specifica della necessità dell'intesa affermata dalla Corte nel caso pugliese, vi è chi sostiene che l'ampio spazio concesso ai corpi intermedi debba essere governato attraverso il recupero, in via analogica, dell'articolo 43, comma 3, d.lgs. n. 165/2001. Pertanto, nel caso di specie, secondo l'autore non sarebbe necessario raggiungere un'intesa confortata dal supporto di ogni sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano regionale, ma sarebbe sufficiente la sola maggioranza (M. DELFINO, *Rapporti di lavoro, finalità formative e legislazione regionale*, in *LD*, 2007, n. 3, 495 ss.). Il metodo dell'argomentazione sembra condivisibile, ma suscita qualche perplessità il merito, laddove si paventa il rischio che «gli organi regionali possano essere spogliati del potere di iniziativa legislativa in una materia in cui, per giunta, la regione ha competenza esclusiva». Infatti, la soluzione prospettata sembra ancorata ad un'ottica concorrenziale e non cooperativa tra organi regionali e parti sociali, in contrasto rispetto alla «paritaria codeterminazione dell'atto» auspicata dalla Corte.

avviare il cammino dell'apprendistato professionalizzante hanno operato delle *scelte di metodo*, connesse allo strumento o alla sequenza di strumenti legislativi adoperati, e *di merito*, laddove hanno esercitato la loro potestà legislativa sui punti nevralgici dell'apprendistato professionalizzante, che attengono al tipo di formazione formale da erogare (se interna o esterna), al *quantum* e alle sue modalità di erogazione (sia complessiva sia considerando la divisione nei due tipi di formazione) ed ai soggetti, pubblici o privati, su cui gravano i consequenziali costi.

I due livelli di analisi consentono di porre in luce l'intreccio di fonti multilivello generato dal coinvolgimento istituzionale di attori territoriali e soggetti sociali territorialmente decentrati che producono una serie di modelli regolativi dell'apprendistato a struttura differenziata, sia per i profili procedurali, inerenti l'assetto della collaborazione interistituzionale, sia per quelli sostanziali. In via di prima generalizzazione si può affermare una effettiva variabilità dei moduli istituzionali utilizzati per la regolazione a cui non ha fatto seguito, invece, una specializzazione dei contenuti regolativi per territorio.

5.1. La verifica della sussistenza di modelli procedurali regionali differenziati consente di verificare se l'opzione legislativa nazionale, che ha specificato la locuzione aperta "regolamentazione" con la più stringente "legge regionale", abbia avuto come diretta implicazione l'adozione, a livello regionale, di strumenti *hard* di contenuto dettagliato. In effetti, può anticiparsi come siano numerose le eccezioni che si distanziano dalla scelta di "induzione" alla tipologia legislativa *hard* contenuta nel c.d. decreto competitività.

Piuttosto, proprio questo ambito della disciplina lavoristica, che rientra nel più ampio tema della formazione nel mercato del lavoro, è stato individuato dallo stesso legislatore, e in via interpretativa dalla Corte costituzionale⁽⁵¹⁾, come fertile terreno di sperimentazione della leale collaborazione istituzionale fra più attori nel sistema delle fonti. La scelta di regolazione multilivello, che coinvolge anche le parti sociali insieme alle Regioni a cooperare nella costruzione di un modello reticolare di normazione, stride con la concezione statica tradizionale di tipicità degli atti legislativi e dei criteri che ad essi presiedono; il che non significa che il viluppo di fonti diverse non implichi una diversa considerazione della loro portata regolativa (nel senso della maggiore o minore cogenza del modello

⁽⁵¹⁾ Per una ricostruzione delle più recenti sentenze della Consulta in materia di apprendistato e mercato del lavoro v. ancora B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. cit.*, *passim*; per una ricognizione e classificazione della giurisprudenza costituzionale a partire dalla riforma del Titolo V, si rinvia per tutti a A. RUGGERI, *Giudizi sulle leggi in via principale e giurisprudenza costituzionale, a seguito della riforma del Titolo V* ("modello" ed esperienza a confronto), in *Le Istituzioni del federalismo*, 2006, n. 5, 775 ss., e in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, Giappichelli, Torino, 2007, 175 ss.; e per un'analisi approfondita sulla giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze tra Stato e Regioni, anche per il periodo precedente, v. il prezioso contributo di R. DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, Vol. IX. Saggi, CNEL - Corte Costituzionale - Alto Patronato del Presidente della Repubblica (a cura di), Roma, 2006, 39 ss.

di regolazione in esse impresso), ovvero una diversa “qualità della normazione”⁽⁵²⁾.

La rappresentazione che emerge contempla tutta una serie di ipotesi di regolazione a partire da due casi, ciascuno dei quali graduati in base alla loro tipica interrelazione tra le fonti.

Per trovare una sistematizzazione dell’attuazione dell’apprendistato a livello regionale si assumono, come primo modello (A), le Regioni che si trovano ancora in una fase *sperimentale – transitoria*, quasi tutte accomunate da un iter procedimentale del tipo: atto di concertazione con le parti sociali, recepito in provvedimenti di carattere amministrativo. In questa prima classificazione rientrano, pertanto, i soggetti istituzionali che non hanno ancora esercitato, coerentemente con la disciplina nazionale, la competenza legislativa loro assegnata. Un secondo modello (B), invece, è rintracciabile nelle Regioni già passate alla fase *definitiva* poiché hanno adottato una legge regionale, in ottemperanza all’“interpretazione autentica” fornita dal legislatore con l’inserimento del comma 5-*bis* nell’articolo 49 del decreto n. 276/2003⁽⁵³⁾.

5.1.1. All’interno del primo modello di autonomie regionali si possono individuare tre insiemi, distinguibili in relazione allo stadio di regolazione in cui si trovano attualmente, pur rimanendo tutte nella fase sperimentale transitoria: (i) il primo racchiude quelle che, non avendo ancora adottato una legge regionale, hanno regolamentato l’istituto tramite altri strumenti regolativi (Abruzzo, Valle D’Aosta, Veneto); (ii) il secondo, quelle che procedono tuttora con le sperimentazioni, ma stanno discutendo su specifici disegni di legge (Campania); (iii) il terzo, infine, quelle che hanno adoperato lo strumento della legge regionale in maniera impropria rispetto a quanto previsto dalla disciplina nazionale, ovvero per avviare (Sicilia) o prorogare (Liguria) la fase transitoria. Non rientra in nessuna classificazione la Calabria, tralasciata nel prosieguo, dal momento che solo di recente ha recepito un accordo per la sperimentazione dell’apprendistato professionalizzante, limitandosi al settore delle Banche di Credito Cooperativo, Casse Rurali ed Artigiane⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ M. NAPOLI, *op. cit.*, in cui l’autore conduce un’analisi del ruolo delle tre fonti normative, nazionale, regionale e contrattuale, nel diritto del lavoro attraverso la lente del principio di sussidiarietà, concludendo in favore della ineluttabilità di un “modello a rete” anche nel panorama nazionale.

⁽⁵³⁾ Alcune di queste ultime Regioni si trovano al confine con il modello precedente, perlomeno nella fase iniziale sperimentale, poiché prima di provvedere con legge avevano recepito i relativi atti di concertazione in delibere di giunta. Cenko a parte, sebbene marginale, merita il Molise, che non solo ha del tutto omesso di avvalersi degli spazi regolativi concessi dal legislatore nazionale, ma addirittura ha approvato la direttiva 2006, con d.G.R. 26 giugno 2006, n. 874, e la direttiva 2007, con d.G.R. 20 giugno 2007, n. 694, regolamentando ancora il contratto di apprendistato in attuazione dell’art. 16 della l. 24 giugno 1997, n. 196, e facendo solo cenno al nuovo contratto di apprendistato senza che gli organi regionali si sentissero in dovere, a più di quattro anni dall’emanazione del decreto n. 276, di procedere neppure ad un esile tentativo di avvio di una fase sperimentale.

⁽⁵⁴⁾ Il riferimento è alle d.G.R. 22 febbraio 2005, n. 182, 22 novembre 2005, n. 975 e 29 giugno 2006, n. 432, che – nelle more dell’adozione della legge regionale di riordino della materia – hanno disciplinato l’istituto, per la fase transitoria, regolamentando le modalità di realizzazione delle attività formative relativamente ai settori del terziario, distribuzione, servizi e del credito cooperativo, con rinvio alla contrattazione collettiva e, in particolare, al verbale di accordo allegato al Ccnl 27 settembre 2005 stipulato tra le banche di Credito Cooperative, Casse Rurali ed Artigiane e le OO.SS. di settore.

Il tratto comune e caratterizzante di tutte le Regioni in fase sperimentale è dato dall'aver coinvolto in maniera determinante le parti sociali, lasciando che queste diventassero il motore propulsivo delle regole del gioco, e anticipando in qualche modo, la volontà in tal senso manifestata sia nel Protocollo 23 luglio 2007 sia, di recente, nel decreto legge n. 112/2008. Infatti, anche considerando il periodo di produzione normativa regionale *ante* maggio 2005, in cui il legislatore non aveva ancora previsto l'obbligo di emanazione della legge in capo alle autonomie regionali, le stesse avevano, per così dire, temporeggiato nel breve periodo rinviando *in toto* alla contrattazione collettiva la regolamentazione dei profili formativi, al fine di trarre spunto dalle sperimentazioni per una successiva legge regionale⁽⁵⁵⁾, che in alcuni casi non è ancora stata varata⁽⁵⁶⁾. Il ruolo dominante rivestito dalle parti collettive, se da un lato è stato incentivato dal legislatore nazionale così come dalla circolare ministeriale, dall'altro può leggersi come sintomo della situazione di incertezza che investe la *governance* dell'apprendistato: nella scelta tra disciplina regionale e contrattuale-collettiva, talvolta alternative e in altri casi integrative, si potrebbe dare luogo ad un susseguirsi di fonti regolative, in cui ad un periodo di vigenza della delibera regionale, ne segua uno della contrattazione collettiva, e infine un ulteriore periodo di vigenza della legislazione regionale⁽⁵⁷⁾. Ovviamente dietro questa situazione di temporanea e apparente incertezza, tipica delle fasi intermedie e transitorie, sarebbe auspicabile intravedere quella leale collaborazione tra attori istituzionali e non, idonea a realizzare l'obiettivo di sperimentare, appunto, il nuovo apprendistato.

Una valutazione atta a misurare la densità regolativa delle discipline regionali appare indispensabile, per vagliare se l'adozione di strumenti *hard*, come la legge regionale, implichi automaticamente un contenuto altrettanto *hard* e più dettagliato, accogliendo, così, l'opzione del legislatore nazionale di sostituire la locuzione aperta "regolamentazione" con la più stringente "legge regionale"; o altrimenti, se sia possibile smentire questo assunto, accertando dei casi in cui anche

⁽⁵⁵⁾ Sul punto, per la precisione, vanno distinte due diverse situazioni: una precedente il maggio 2005, cioè prima che fosse inserito il comma 5-*bis* nell'art. 49, e l'altra successiva al maggio 2005. Se ci si fermasse alla prima formulazione, che non prevedeva l'indispensabilità dell'adozione di una legge regionale al fine di attuare l'apprendistato professionalizzante, allora il testo indicava alla Regione un obbligatorio rinvio ai contratti collettivi in merito alle modalità di erogazione e articolazione della formazione, mentre prevedeva soltanto un'intesa sui profili formativi; con l'inserimento del comma 5-*bis* e la circ. Min. lav. 15 luglio 2005, n. 30, la fase transitoria è stata direttamente devoluta ai contratti collettivi nazionali di categoria. La maggior parte delle regioni (sia tra quelle che ancora sono in fase sperimentale sia tra le altre passate in quella a regime) che hanno adottato regolamentazioni regionali prima della metà del 2005, senza che il legislatore nazionale lo avesse affermato, hanno considerato fase transitoria quella tramite delibere di giunta, utilizzando espressioni del tipo «la presente disciplina perderà efficacia con l'entrata in vigore della legislazione regionale che dovrà dettare i profili formativi del nuovo apprendistato» oppure «è necessaria, al fine di procedere alla definizione delle regole attinenti i profili formativi all'interno del contratto di apprendistato professionalizzante, una fase sperimentale», e per queste vie si sono sottratte nell'immediatezza al compito di dettare specifici profili formativi, rinviando, *pro-tempore*, l'esercizio della loro competenza alla contrattazione collettiva, per esempio la Liguria (d.G.R. n. 196/2004), l'Abruzzo (d.G.R. n. 91/2005), la Puglia (d.G.R. n. 184/2005), il Lazio (d.G.R. n. 350/2005), la Lombardia (d.G.R. n. VII-19432/2004), le Marche (d.G.R. n. 1372/2004).

⁽⁵⁶⁾ Tra quelle considerate alla nota precedente, l'Abruzzo e la Liguria.

⁽⁵⁷⁾ Il rilievo appare più evidente in alcune Regioni come l'Abruzzo e il Veneto, solo per fare alcuni esempi. Per una ricognizione dell'operato delle parti sociali vedi G. LELLA, *Il nuovo contratto di apprendistato nella contrattazione collettiva*, in *Inserito DPL*, 2007, n. 48, III ss.

regolamentazioni più leggere siano comunque di portata incisiva. Per fare ciò, bisogna porre l'attenzione su tutta una serie di provvedimenti normativi secondari, tra i quali si fanno rientrare quelli adottati dalla giunta o dall'assessore competente – e comunque senza il coinvolgimento del consiglio regionale –, considerati pregnanti per il tenore dell'atto. Per rendere esattamente l'idea di come si sia tradotto a livello regionale il principio "regolazione *soft* a contenuto *hard*" appare sufficiente una carrellata di provvedimenti paradigmatici dell'alta densità normativa che si può misurare anche in atti regionali non appartenenti al rango della legge, e pertanto riconducibili ad un secondo livello di normazione.

È opportuno distinguere all'interno dell'unico *genus* appena delineato due *species*, differenziate a seconda che l'atto considerato sia semplice recezione di una concertazione, avvenuta in altra sede, tra Regione e parti sociali, oppure sia solo il frutto di scelte regionali, sebbene ispirate dal confronto con le parti sociali.

Nella prima subcategoria, tra le Regioni elencate che ad oggi rimangono in fase sperimentale transitoria⁽⁵⁸⁾, è possibile computare le delibere valdostane n. 2526, del 4 agosto 2005, e soprattutto la n. 4574, del 21 dicembre 2005, comprensiva degli allegati, così come la delibera veneta n. 197, del 28 gennaio 2005; mentre nella seconda subcategoria rientrano la Direttiva abruzzese allegata alla delibera di giunta regionale 5 giugno 2006, n. 605, la delibera campana n. 160, del 14 febbraio 2006, e quella ligure n. 1540, del 17 dicembre 2004, con allegati. La serie di delibere appena indicate costituisce la prova positiva di esistenza della *trend* di regolazione leggera a contenuto pesante. Infatti, e solo per fare un esempio rilevante tra quelli citati, la delibera Valle d'Aosta n. 4574/2005, all'allegato 2, nel predisporre il Piano Formativo Individuale disciplina esattamente la ripartizione tra ore di formazione da destinarsi alle competenze di base-trasversali e tecnico-professionali, e opera la scelta sul *quantum* di formazione da esternalizzare, oltre che sui requisiti degli enti erogatori e sulle relative responsabilità formative; la stessa delibera, all'allegato 3, fornisce il quadro delle definizioni indispensabili per la stipulazione del contratto (procedura, formazione formale, redazione, approvazione e attuazione dei Piani formativi, soggetti attuatori, cessazione del rapporto, acquisizione competenze); all'allegato 5 le qualifiche; all'allegato 7 il ruolo, i compiti e le responsabilità del tutor aziendale.

La prova positiva dell'esistenza del principio "regolazione *soft* a contenuto *hard*", è avallata da un'ulteriore prova, questa volta *a contrario*, che è fornita dalle discipline sul mercato del lavoro in generale adottate da alcune Regioni. Queste – pur essendosi affidate allo strumento della legge – non sono riuscite, in quella sede, ad essere altrettanto incisive come i provvedimenti su citati, avendo emanato delle regolamentazioni a densità regolativa leggera in tema di apprendistato⁽⁵⁹⁾. Il riferimento è alle leggi regionali del Friuli (articoli 61 e 62, legge re-

⁽⁵⁸⁾ Si evita in questa sede di considerare anche altre delibere di giunta regionali, che sono diventate inefficaci a seguito di emanazione di apposita legge regionale, quale, a titolo meramente esemplificativo, la d.G.R. 16 novembre 2004, n. 1372, con allegato, della Regione Marche.

⁽⁵⁹⁾ Potrebbe fare eccezione, qualora fosse approvato dal Consiglio regionale, il disegno di legge campano – un lunghissimo articolato intitolato *Testo unico della normativa della Regione Campania in materia di Lavoro e Formazione professionale per la promozione della qualità del lavoro* (che dedica l'intero titolo VIII all'apprendistato) –, adottato con la d.G.R. 15 settembre 2006, n. 1464, su cui vedi M. DELFI-

gionale 9 agosto 2005, n. 18), delle Marche (articolo 17, legge regionale 25 gennaio 2005, n. 2), della Toscana (articolo 3, legge regionale 1° febbraio 2005, n. 20 che inserisce l'articolo 18-ter nella legge regionale n. 32/2002), dell'Emilia (capo V, legge regionale 26 luglio 2005, n. 17), della Lombardia (articolo 20, legge regionale 28 settembre 2006, n. 22) e della Sardegna (articolo 38, legge regionale 5 dicembre 2005, n. 20), per quanto concerne le Regioni già transitate, almeno in via formale, alla fase definitiva dell'apprendistato. Tutte queste Regioni, se hanno correttamente ottemperato all'obbligo posto dal legislatore nazionale di utilizzare la tecnica *hard* per regolare la materia dell'apprendistato, sostanzialmente hanno travisato, sebbene con gradazioni differenti, la *ratio* del comma 5-bis inserito nell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003, a causa del peso *soft* dei relativi contenuti. Infatti, dedicare alla regolamentazione della materia solo qualche scarso articolo, decidendo, piuttosto, di rinviare a successivi atti amministrativi le scelte più importanti, significa avere aggirato di fatto il comma 5-bis. Per fare un esempio di quanto appena detto, si consideri l'articolo 17 della legge marchigiana che si limita ad affermare un'opzione di prevalenza per la formazione esterna e a devolvere alla competenza condivisa tra giunta e parti sociali tutti i contorni della disciplina. Ciò dimostrerebbe come l'uso dello strumento legislativo, e quindi di una tecnica *hard*, non sia di per sé sintomo di alta densità regolativa.

Infine, non si può soprassedere sulla circostanza che alcune Regioni, ancora ferme al periodo sperimentale, abbiano utilizzato lo strumento legislativo in maniera impropria rispetto a quanto richiesto dal legislatore nazionale: da un lato la Sicilia ha utilizzato la legge con il solo fine di devolvere all'Assessore al lavoro la definizione degli atti applicativi del decreto legislativo n. 276/2003 (articolo 37, legge regionale 5 novembre 2004, n. 15), dall'altro la Liguria, che l'ha utilizzata per prorogare la vigenza della fase transitoria (prima con l'articolo 15, legge regionale 24 gennaio 2006, n. 1, e poi ancora con l'articolo 16, legge regionale 3 aprile 2007, n. 14), sebbene in quest'ultimo caso è da precisare che si tratta di leggi finanziarie.

5.1.2. Il tratto di differenziazione all'interno del secondo modello di Regioni che hanno adottato una legge, secondo le indicazioni del legislatore nazionale, riguarda il fatto che alcune hanno regolato specificamente l'istituto dell'apprendistato, mentre altre hanno preferito inserire tale regolamentazione in leggi più ambiziose e generali, riferite all'intero mercato del lavoro⁽⁶⁰⁾. Una ulteriore distinzione è riferibile alle modalità successive di messa a regime dell'istituto, e cioè a seconda della tipologia di atti cui è demandata l'attuazione.

Se ne trae il seguente quadro sinottico: (i) alcune Regioni, ovvero la Puglia, la provincia di Bolzano e la Basilicata, hanno approvato una legge specifica sull'apprendistato seguita da delibere di giunta (i1), o accompagnata da regolamenti regionali (i2) nei casi Lazio, provincia di Trento, Piemonte e di recente an-

NO, *op. cit.*, 505 ss., e più ampiamente L. ZOPPOLI (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Arlav – Agenzia della Campania per il Lavoro, 2007.

⁽⁶⁰⁾ In merito a tale tipo di classificazione vedi M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., spec. 183 ss.

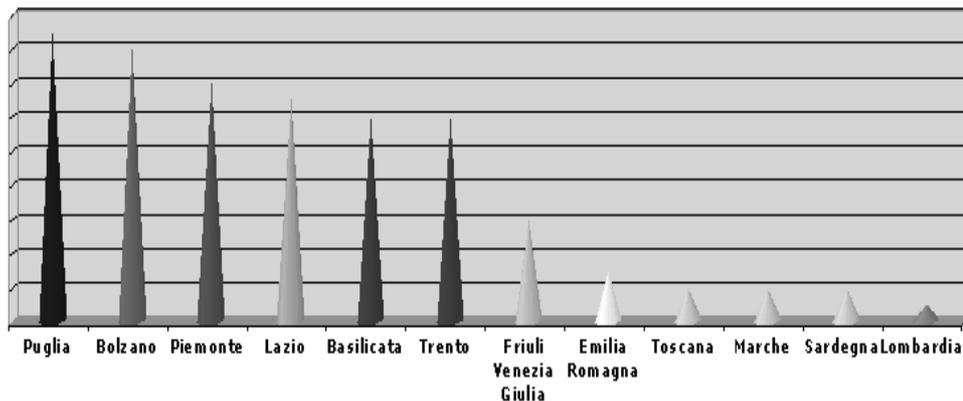
che Umbria; (ii) altre, come le Marche e l’Emilia Romagna, hanno adottato una legge regionale sul mercato del lavoro in generale, seguita da sole delibere di giunta (ii1), o da regolamenti attuativi e delibere di giunta o decreti, nel caso della Toscana, Friuli Venezia Giulia (ii2), o infine da decreti dirigenziali e delibere di giunta (ii3) (Sardegna, Lombardia).

Alcune considerazioni su questo secondo modello riguardano la diversa intensità regolativa della fonte legislativa regionale, e la sua reale applicabilità a livello regionale ⁽⁶¹⁾.

Quanto alla prima, la classificazione che si può desumere dal quadro normativo pare rispondente a una gradazione di intensità regolativa discendente: considerando un ideale *continuum* tra un livello alto e un livello basso di intensità regolativa, si collocano verso l’alto quegli interventi di regolazione che assumono come oggetto specifico e diretto l’apprendistato professionalizzante; verso il basso, invece, quegli interventi ad oggetto più lato (il mercato del lavoro) dove l’apprendistato è considerato limitatamente a pochi e stringati principi guida.

Tra le leggi a medio-alta intensità spicca certamente quella della Regione Puglia (legge regionale 22 novembre 2005, n. 13), seguita dalla Provincia autonoma di Bolzano (legge provinciale 20 marzo 2006, n. 2) e dal Piemonte (legge regionale 26 gennaio 2007, n. 2), dal Lazio (legge regionale 10 agosto 2006, n. 9) e dalla Basilicata (legge regionale 13 novembre 2006, n. 28), dalla Provincia autonoma di Trento (legge provinciale 10 ottobre 2006, n. 6) e dall’Umbria (legge regionale 30 maggio 2007, n. 18); mentre tra le Regioni a medio-bassa o minima intensità si possono annoverare le leggi regionali a carattere più generale, prima definite regolamentazioni *light* in tema di apprendistato ⁽⁶²⁾.

Grafico 1 – Intensità regolativa.



⁽⁶¹⁾ Si veda P. TIRABOSCHI, *Apprendistato professionalizzante: discipline regionali*, in *DPL*, 2007, n. 27, 1719, per l’individuazione dei passaggi volti ad accertare la disciplina applicabile.

⁽⁶²⁾ La legge regionale del Friuli Venezia Giulia (artt. 61 e 62, l.r. 9 agosto 2005, n. 18), dell’Emilia (capo V, l.r. 26 luglio 2005, n. 17), della Toscana (art. 3, l.r. 1 febbraio 2005, n. 20, che inserisce l’art.18-ter nella l.r. n. 32/2002), delle Marche (art. 17, l.r. 25 gennaio 2005, n. 2), della Sardegna (art. 38, l.r. 5 dicembre 2005, n. 20) e della Lombardia (art. 20, l.r. 28 settembre 2006, n. 22). Tra queste, le ultime due appaiono addirittura “scarne”, come correttamente rilevato da M. ROCCELLA, *La disciplina dell’apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., 184.

Per quanto riguarda la questione dell'applicabilità sicuramente supera questo tipo di esame la Regione Puglia, in cui il nuovo apprendistato professionalizzante potrà senz'altro considerarsi a regime e per stipulare il relativo contratto è sufficiente fare riferimento al profilo già approvato dalla giunta regionale (di concerto con le parti sociali) ⁽⁶³⁾ – e per il quale nella Provincia esiste un ente formativo accreditato –, in applicazione della nuova normativa regionale, combinata con quella nazionale e con i contratti collettivi; considerata la mole di delibere sui profili formativi ⁽⁶⁴⁾ pare residuale, invece, l'ipotesi che la qualifica che si intende far conseguire all'aspirante apprendista non sia stata ancora definita dalle parti sociali e recepita in delibera di giunta; qualora si verificasse comunque potrà applicarsi solo la vecchia disciplina e non si rientrerà neanche nella fase sperimentale ⁽⁶⁵⁾. Situazione analoga si registra in Friuli Venezia Giulia, dove a partire dal 15 dicembre 2005, ovvero il giorno successivo alla pubblicazione sul BUR del regolamento ⁽⁶⁶⁾ in materia di apprendistato professionalizzante, nei settori in cui i Ccnl hanno regolato *ex* decreto legislativo n. 276/2003 si applica la nuova disciplina; lo stesso dicasi per la Toscana, la Provincia di Bolzano, le Marche ⁽⁶⁷⁾, l'Emilia Romagna ⁽⁶⁸⁾ e, a partire dal mese di ottobre del 2007, anche il Lazio; la Sardegna e recentemente anche l'Umbria hanno «reso operativo il contratto di apprendistato prevedendo, in attesa della approvazione regionale dei profili ed al fine di facilitare la stipula di contratti, il rimando ai profili formativi definiti nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro, dall'Isfol e dagli enti bilaterali» ⁽⁶⁹⁾.

Diversamente si prospettano i casi delle altre quattro Regioni in cui è stata varata la legge regionale, dove il regime contrattuale rimane quello rintracciabile nel c.d. “pacchetto Treu”, dal momento che mancano i provvedimenti attuativi necessari per completare il passaggio alla fase definitiva: potrebbe parlarsi in questi casi di messa a regime formale ma non sostanziale. A questo stadio si trovano la Lombardia, in cui ancora si insiste con sperimentazioni settoriali; la Provincia di Trento, che ancora non ha approvato il Regolamento di attuazione previsto dalla legge; il Piemonte, in cui per la piena attuazione si attendono altri provvedimenti attuativi; ed infine la Basilicata, dove la competenza sui profili formativi è stata devoluta ad apposite Commissioni regionali.

⁽⁶³⁾ Vedi *supra* § 4.1., ultima parte.

⁽⁶⁴⁾ Il riferimento è, tra le tante, a: d.G.R. 19 giugno 2007, n. 876; d.G.R. 28 dicembre 2006, n. 2019; d.G.R. 14 marzo 2006, n. 308; d.G.R. 4 aprile 2006, n. 459; d.G.R. 19 aprile 2006, n. 477; d.G.R. 15 maggio 2006, n. 579; d.G.R. 11 dicembre 2006, n. 1900, n. 1901 e n. 1902; d.G.R. 28 dicembre 2006, n. 2017 e n. 2018; d.G.R. 26 giugno 2006, n. 919; d.G.R. 23 ottobre 2006, n. 1585 e n. 1586; d.G.R. 7 novembre 2006, n. 1648.

⁽⁶⁵⁾ A ben vedere tra le due opposte evenienze potrebbero ravvisarsi, come in ogni Regione, casi intermedi.

⁽⁶⁶⁾ Approvato con d.P.Reg. 26 novembre 2005, n. 415.

⁽⁶⁷⁾ Le Marche hanno realizzato tramite delibere mirate a singoli settori produttivi (es.: d.G.R. 26 settembre 2005, n. 1113; d.G.R. 30 gennaio 2006, n. 73; d.G.R. 13 marzo 2006, n. 274; d.G.R. 22 maggio 2006, n. 610; d.G.R. 24 luglio 2006, n. 867).

⁽⁶⁸⁾ Quanto al rapporto tra fonte regionale e contratto collettivo nella Regione Emilia Romagna il Ministero ha chiarito (Risposta ad istanza di interpello del 14 ottobre 2005, cit.) la non sufficienza della normativa regionale, che deve avere, anche qui, come presupposto condizionante integrativo il Ccnl.

⁽⁶⁹⁾ P. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1720.

Le modalità di regolazione evidenziate, per certi versi asimmetriche, differenziate se non addirittura contraddittorie, lasciano intravedere una certa dose di empirismo dei legislatori regionali che fa da *pendant* alla mancata chiarezza del disegno del legislatore nazionale.

Ed è evidente come il quadro regolativo che ne emerge, frammentato e discontinuo, impedisca una ricostruzione lineare e geometrica, del sistema delle fonti "viventi" dell'apprendistato, che faccia riferimento ad una chiara e predefinita organizzazione delle stesse secondo un qualsivoglia principio ordinatore interno (competenza, gerarchia, ecc.).

Se non ci si vuole fermare di fronte alla constatazione di un *quid* di irrazionalità nel sistema delle fonti di regolazione dell'apprendistato ⁽⁷⁰⁾, prodotto dal concorrere disorganizzato di fonti regolative diverse, l'unica lettura in positivo potrebbe essere – scontata la difficoltà di ricostruzione sistematica del quadro – quella di individuare solo dei criteri di lettura, dei modelli, dei binari consapevolmente o inconsapevolmente tracciati dagli attori istituzionali, indirizzati a fornire uno scorcio del processo di trasformazione in atto nel sistema delle fonti, il cui esito non è ancora scontato né del tutto leggibile. È stato, peraltro, già rilevato come le regolamentazioni territoriali differenziate si collochino «nel contesto di un nucleo di disciplina centrale al servizio di un'idea fondamentale della sussidiarietà, che è promozione delle diversità, ma entro un contesto centrale unitario» ⁽⁷¹⁾.

Se una prognosi può azzardarsi è che il cambiamento in atto, ancora lontano da un definitivo assestamento, tende tuttavia verso un bilanciamento tra unitarietà nazionale della regolazione dell'istituto e un'attenzione – più evidente nel caso dell'apprendistato rispetto ad altri istituti – alla peculiarità dei diversi mercati del lavoro regionali che promuove regole differenziate.

5.2. La complessità dell'operazione di macroaggregazione di Regioni rilevata sul piano procedurale pare rinvenibile anche quando si osserva il contenuto delle discipline, e ciò anche limitandosi, come sopra rilevato, soltanto a tre momenti ritenuti, tuttavia, snodi nevralgici della funzione formativa del contratto di apprendistato: il tipo di formazione formale ⁽⁷²⁾ (interna e/o esterna), il *quantum* e le modalità di erogazione, e i soggetti che devono farsi carico dei necessari costi.

Il primo punto, da considerarsi connesso al secondo, costituisce il banco di prova dell'esercizio effettivo delle diverse competenze territoriali sul contratto di apprendistato. In altre parole, la possibilità, demandata dal legislatore nazionale alle Regioni, di scegliere liberamente tra formazione esterna e/o interna offre una seria e non trascurabile opportunità di adattamento al contesto imprenditoriale di riferimento, traducendosi in una occasione di sintesi ragionevole tra le istanze di

⁽⁷⁰⁾ Criticabile per questo approccio pare la tesi di chi ritiene «che il quadro complessivo emerso dalla comparazione fra le diverse regolamentazioni regionali e discipline contrattuali presenta tali elementi di eterogeneità e che questi non rappresentano più la valorizzazione degli aspetti specifici e delle potenzialità di ogni territorio, ma diventano uno strumento di confusione e di disparità fra le imprese, se non di concorrenza fra i territori», S. D'AGOSTINO, *op. cit.*, 4.

⁽⁷¹⁾ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro. L'ordinamento italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 196.

⁽⁷²⁾ Nell'analisi dei modelli regionali strutturali-sostanziali si prescindere dall'individuazione del concetto di formazione formale, per il quale si rinvia a M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., 187 ss.

centralismo e le esigenze provenienti dal territorio. Qui davvero il principio di sussidiarietà verticale, anche in una materia tipicamente sociale, è messo seriamente alla prova, e non solo questo. Infatti, con l'introduzione del comma 5-ter nell'articolo 49 che, come detto sopra, impone l'esclusività della fonte contrattuale in caso di formazione esclusivamente aziendale, le Regioni almeno in un caso perdono il ruolo di unico centro decisionale dei profili formativi in virtù della fiducia che il legislatore nazionale ha deciso di riporre nell'autonomia collettiva, ispirata ad una logica di piena sussidiarietà orizzontale. Viceversa lo spazio di competenza regionale si riespande – seppur condiviso con le parti sociali (ex articolo 49, comma 5) – nei casi di formazione extra-aziendale che implicano un costo gravante su risorse economiche pubbliche.

Nell'un caso il principio di sussidiarietà orizzontale troverebbe pieno compimento, nell'altro la sua operatività, pur permanendo, sarebbe più limitata.

Rimane ovviamente inesplorabile, in questa sede, quale sia il livello di consapevolezza politico/legislativa delle diverse Regioni che hanno esercitato la propria competenza in materia; se esse, cioè, abbiano ponderato la scelta (sul tipo di formazione) in termini di politica legislativa, oppure si siano fatte trascinare da ragioni di opportunità politica ⁽⁷³⁾ nell'adesione o meno al modello costruito dalla legge n. 30/2003 e dal decreto legislativo n. 276/2003; quest'ultimo, come è noto, per molti versi antitetico rispetto a quello impresso nella legge n. 196/1997, ha sollevato notevoli perplessità in dottrina ⁽⁷⁴⁾. Infatti, nella disciplina previgente la scelta del legislatore era pregiudizialmente orientata nei confronti della formazione intra-aziendale sulla base dell'assunto per cui esternalizzare la formazione, affidandola a soggetti pubblici o privati accreditati, avrebbe comportato *ex se* un elevato livello di efficienza, anche perché i relativi oneri erano sempre a carico dello Stato e non dell'impresa. L'intervento riformatore ha superato questo pregiudizio ed è tramontata, almeno per il legislatore, l'idea che la formazione non possa realizzarsi al meglio anche chiusa dentro i confini geografici e culturali della dimensione azienda. L'opzione legislativa di apertura pone, pertanto, le Regioni e le parti sociali di fronte alla responsabilità di scegliere tipologia, tempi e modi della formazione; responsabilità alla quale, consequenzialmente, è connesso anche il non secondario sistema di ripartizione dei costi tra pubblico e privato. Quanto alle opzioni operate dalle Regioni, sono individuabili almeno tre gruppi

⁽⁷³⁾ In questo senso B. CARUSO, *op. cit.*, 82, nota 375, dove l'autore intravede dietro i ricorsi regionali che stanno alla base della sentenza n. 50/2005 il «tentativo politico di delegittimare l'impianto complessivo della riforma del mercato del lavoro del 2003». La medesima osservazione potrebbe essere fatta in merito ai nuovi ricorsi presentati dalle Regioni alla Corte costituzionale.

⁽⁷⁴⁾ Senza alcuna pretesa di esaustività, v. M. RUSCIANO, *Riflessioni sui contratti di apprendistato e di inserimento nel decreto legislativo 276 del 2003*, in *DLM*, 2004, n. 2, 267-268; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 482 ss.; M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, n. 2, I, 368-369; F. GUARRIELLO, *I contratti formativi (apprendistato e contratto collettivo)*, in R. BORTONE, C. DAMIANO, D. GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 2004, 119; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 391-392. *Contra* D. GAROFALO, *Il sistema integrato di formazione professionale (nozioni-competenze-finanziamento-obiettivi)*, Cacucci, Bari, 2001, 438-439; L. GALANTINO, *Le politiche formative e la qualità del lavoro*, in C. SERRA (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione*, Giuffrè, Milano, 2005, 221.

omogenei assimilabili per modello formativo prescelto ⁽⁷⁵⁾. Da questa analisi rimangono escluse le Regioni non ancora passate alla fase definitiva, dal momento che appare non proficua l'analisi contenutistica di discipline di natura transitoria ⁽⁷⁶⁾. Probabilmente nel passaggio alla fase definitiva le Regioni rimaste per ultime saranno orientate a optare per un modello di formazione mista, interna ed esterna, o di piena fungibilità tra formazione interna ed esterna, poiché queste sono le direttive del legislatore nazionale.

5.2.1. Un primo modello è costituito da quelle Regioni che hanno seguito il principio di prevalenza della formazione esterna, preferendo rimanere ancorate alla precedente disciplina. Questo *primo gruppo* di Regioni, composto da Marche, Puglia, Sardegna e Lazio, ha, pertanto, esercitato un ormai accertato ⁽⁷⁷⁾ diritto di opzione in favore dell'esternalizzazione della formazione, nell'ambito della generale possibilità consentita, in tal senso, dal legislatore nazionale.

Seguendo un ordine cronologico, le Marche costituiscono la prima Regione ad avere previsto, al comma 4 dell'articolo 17, della legge regionale 19 gennaio 2005, n. 2, la prevalenza esterna della formazione teorica ⁽⁷⁸⁾. La Regione Puglia si è orientata in maniera sostanzialmente analoga, con il comma 4 dell'articolo 3 della legge regionale 22 novembre 2005, n. 13, così come la Sardegna, con l'articolo 38 della legge regionale 5 dicembre 2005, n. 20 e infine il Lazio, con l'articolo 5 comma 2 della legge regionale 10 agosto 2006, n. 9.

Nonostante il nocciolo duro costituito dalla prevalenza della formazione esterna sia identico in tutte le Regioni, alcuni tratti di differenziazione possono essere riscontrati nelle rispettive discipline: se si osserva, infatti, il dato alla luce del *quantum* di formazione, stabilito da ciascuna di esse, emergono delle sintomatiche differenze regolative. Infatti, se da un lato è "apprezzabile" ⁽⁷⁹⁾ lo sforzo delle Marche e del Lazio di quantificare il minimo indispensabile di formazione esterna ⁽⁸⁰⁾, lasciando il monte ore invariato in 120 ore annue, non finanziate in entrambi i casi con risorse pubbliche ⁽⁸¹⁾; dall'altro lato la Regione Puglia ha

⁽⁷⁵⁾ Il dato legislativo di riferimento è l'articolo 49, comma 5, lettere *a*) e *b*), del decreto legislativo n. 276/2003, laddove in merito al *quantum* e alle modalità di erogazione ed articolazione della formazione è prevista un'intesa con le parti sociali.

⁽⁷⁶⁾ Per le quali si rinvia a D. COMANDÈ, *Una lettura sistematica dei contratti formativi dopo il d. lgs. 276/03*, in C.S.D.L.E. MASSIMO D'ANTONA (a cura di), *Formazione e politiche per l'occupazione*, cit.

⁽⁷⁷⁾ Il rilievo discende dalle recenti pronunce della Corte, su cui vedi *infra*.

⁽⁷⁸⁾ Sebbene i contorni in merito all'erogazione debbano essere meglio definiti in combinazione con le indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva.

⁽⁷⁹⁾ Così viene definita la precisazione quantitativa effettuata nella delibera marchigiana da M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., 193.

⁽⁸⁰⁾ A dire il vero i provvedimenti delle due Regioni conducono a risultati simili partendo da definizioni opposte: infatti una definisce il limite massimo di formazione interna, mentre l'altra definisce il limite minimo di formazione esterna. Infatti, le Marche, nella d.G.R. n. 976/2005, quantificano esattamente in 40 e 50 ore, rispettivamente per il primo e il secondo anno, il limite massimo consentito di formazione interna, che è suscettibile di modificazione negli anni successivi a seguito di idonea valutazione delle parti sociali, ferma restando la prevalenza esterna; mentre il Lazio, pone il limite inverso, approvando delle percentuali minime di formazione esterna fissate nel 55% del monte ore totale, come emerge dall'art. 4 del Regolamento Regionale 21 giugno 2007, n. 7.

⁽⁸¹⁾ Infatti se le Marche caricano integralmente sul bilancio regionale i costi della formazione, ovunque svolta, viceversa il Lazio svincola il bilancio da oneri aggiuntivi dovuti alla formazione interna. La differenziazione è comprensibile alla luce del fatto che mentre nel primo caso una parte di formazione interna

specificato il *quantum* di formazione, fissando un incremento esponenziale del monte ore complessivo di formazione, crescente all'aumentare della durata contrattuale⁽⁸²⁾. Nel caso pugliese, l'ottica sottesa alla scelta politica appare, in negativo, quella di disincentivare l'uso del contratto di apprendistato professionalizzante per periodi troppo lunghi, e/o, in positivo, quella di giustificare l'uso di questa tipologia contrattuale, a basso costo⁽⁸³⁾ e per un cospicuo lasso temporale, solo nel caso in cui davvero sia necessaria una dose "da cavallo"⁽⁸⁴⁾ di formazione per consentire all'apprendista di acquisire quella qualifica. Alla luce di quest'ultima osservazione non pare illogica la scelta di prediligere la esternalizzazione della formazione, ove si consideri che viene anche tutelato l'interesse dell'impresa ad assumere, al termine del periodo formativo, un soggetto "iperformato"⁽⁸⁵⁾, attraverso finanziamenti pubblici⁽⁸⁶⁾, che sarebbe altrimenti difficile reperire sul mercato del lavoro. In Sardegna non ci sono specificazioni del tenore di quelle marchigiane o pugliesi, ma possono essere rilevate delle contraddizioni tra intenti iniziali e quadro normativo globale. Infatti, la direttiva allegata alla delibera di giunta regionale 28 febbraio 2006, n. 8/15 non è stata molto rigida nel prevedere solo una media annua di 120 ore⁽⁸⁷⁾, con un minimo inderogabile

è, per così dire, fisiologica in qualsiasi contesto imprenditoriale, nel secondo caso essa è circoscritta alle imprese di grandi dimensioni, con almeno duecentocinquanta dipendenti.

⁽⁸²⁾ Il provvedimento legislativo è talmente dettagliato da prevedere un monte ore di formazione formale cui il prestatore di lavoro «ha diritto» – la precisazione non è di secondo piano ove si osservi che in tutti gli altri provvedimenti regionali si usa l'espressione neutra «deve essere erogata» – parametrato alla durata complessiva del contratto, nel rispetto del minimo inderogabile di 120 ore, previsto dalla legge nazionale: il monte ore complessivo va da un minimo di 240 ore, per il contratto di durata biennale, ad un massimo di 891 ore se il contratto ha durata superiore a cinque anni e fino a sei anni. In maniera inversamente proporzionale è stata decisa la ripartizione interna tra i contenuti di natura trasversale e tecnico-professionali, per i quali si va da un minimo del 35% nei primi due anni al 5% della formazione esterna nel sesto anno.

⁽⁸³⁾ Tra gli incentivi in favore del datore di lavoro merita evidenziare il sottoinquadramento fino a due livelli contrattuali, rispetto alla categoria spettante in relazione alla qualifica da conseguire, previsto dall'articolo 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. In merito al sottoinquadramento si è chiarito come non vi sia un regime di cumulo con il procedimento di percentualizzazione graduale previsto dalla l. n. 25/1955 e ancora vigente, bensì di alternative che va gestito alla luce del principio del *favor prestatoris* (Risposta ad istanza di interpello del 1° ottobre 2007, avanzata da Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil, in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello/interpelloapprendistato.htm, ove si richiama la circ. Min. lav. n. 40/2004).

⁽⁸⁴⁾ L'eccesso quantitativo da più parti contestato è stato in parte smentito, dopo un attento calcolo, da M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., 191.

⁽⁸⁵⁾ Pare opportuno, in proposito, ricordare come nella Risposta ad istanza di interpello del 2 febbraio 2007, cit., si sottolinea l'ampiezza e la qualità della formazione che deve essere erogata nel corso del contratto di apprendistato professionalizzante (a differenza delle altre due tipologie contrattuali), che è indirizzato, infatti, «alla acquisizione di un bagaglio formativo di nozioni di carattere teorico-pratico quanto più completo possibile, legato non solamente allo svolgimento della mansione assegnata, individuata dalla qualifica contrattuale, ma ad una più complessa ed articolata conoscenza sia del contesto lavorativo che delle attività che in esso sono svolte».

⁽⁸⁶⁾ Di non secondario rilievo la previsione che condiziona il sostegno pubblico del percorso formativo alla circostanza che il datore di lavoro applichi il Ccnl stipulato dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il meccanismo di *do ut des* così individuato funge inevitabilmente da strumento incentivante dell'estensione applicativa dei Ccnl, nel senso di uniformare contrattualmente i lavoratori di uno stesso settore. Infatti, qualora il datore decida diversamente, è obbligato ad accollarsi i costi di una formazione, che comunque rimane prevalentemente esterna.

⁽⁸⁷⁾ Nella ripartizione tra competenze di base e professionalizzanti, le prime devono essere erogate all'inizio del rapporto e comunque non oltre il primo 25% della durata del contratto.

di 80, ma crea qualche problema di coerenza laddove la previsione dell'esternalizzazione della formazione è stata parzialmente attenuata dalla inclusione, tra i soggetti abilitati a erogarla, delle aziende con capacità formative interne, alla sola condizione che sia previsto dai Ccnl. Ovviamente nell'un caso i costi della formazione, come ha chiarito la Direttiva, sono sostenuti finanziariamente dalla Regione, mentre nell'altro rimangono a totale carico dei privati.

Come si è posta la Corte Costituzionale rispetto al contenzioso Stato-Regioni suscitato dalla scelta politico-legislativa, in materia, di questo primo gruppo di Regioni? ⁽⁸⁸⁾.

Le posizioni delle parti contrapposte in giudizio sono riconducibili nel contenzioso costituzionale a due percorsi argomentativi antitetici, seppure con diverse sfumature nelle tre sentenze (n. 425/2006, n. 21/2007 e 24/2007): da un lato le Regioni, richiamando la nota sentenza n. 50/2005 e le reciproche interferenze ammissibili nel nuovo riparto di competenze, hanno sostenuto che la individuazione di un criterio quantitativo di svolgimento si atterrebbe come regola delle modalità di articolazione di uno specifico segmento della formazione – quella teorica – che non esaurirebbe l'intero percorso, ovvero l'insieme delle attività costituenti la formazione formale. Anzi, la scelta in merito alla prevalenza esterna non contrasterebbe con alcuna previsione nazionale e sarebbe orientata dalla valorizzazione, sul mercato locale, di soggetti accreditati capaci di fornire una qualificazione professionale di qualità superiore. Dall'altro, la Presidenza del Consiglio ha rilevato la insussistenza di alcuna preconstituita gerarchia tra la formazione aziendale o extra-aziendale in merito alla possibilità di acquisire una qualifica al termine del rapporto di lavoro e quindi non si giustificerebbe un intervento tale da incidere sostanzialmente sulle modalità di svolgimento della medesima nel suo complesso, declassando la formazione aziendale. A ben vedere, secondo la Presidenza del Consiglio ricorrente, se proprio dovesse costruirsi una gerarchia tra "tipologie di formazioni", la stessa avrebbe dovuto essere invertita, in virtù dell'articolo 2, comma 1, lettera b), della legge n. 30/2003, che – nel dettare i principi e i criteri direttivi per l'attuazione della delega in materia di contratti a contenuto formativo – espressamente dispone la valorizzazione dell'attività formativa svolta in azienda.

La Corte decide sul conflitto con alcune sentenze "figlie" della nota sentenza n. 50/2005: l'argomentazione della Corte muove dal presupposto di fondo per cui non solo le Regioni non hanno apportato correzioni, se non *in melius*, alle 120 ore previste dal decreto legislativo n. 276 ⁽⁸⁹⁾, ma addirittura sarebbero riuscite a

⁽⁸⁸⁾ Per un esame approfondito delle novità emerse dalla recente giurisprudenza della Corte, sia in tema di apprendistato sia di mercato del lavoro in generale, vedi B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. cit.*, *passim*.

⁽⁸⁹⁾ L'interpretazione delle 120 ore come limite minimo di ore formativo suscettibile solo di aumento è confermato dalla risposta ad istanza di interpello del 18 gennaio 2007, avanzata dalla Regione Friuli Venezia Giulia, in www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/interpello/interpelloapprendistato.htm, ove si legge che il monte ore va inteso come limite minimo volto a tutelare la «primaria esigenza formativa da assicurare all'apprendista», e fatta «salva la disciplina di dettaglio (di origine regionale o di natura pattizia), che può derogarvi solo *in melius*». Peraltro, neanche in caso di lavoro part-time, in ossequio al principio di non discriminazione tra questo e il tempo pieno, il periodo di attività formativa può essere «riproporzionato in relazione al ridotto orario di lavoro», come si evince dalla risposta ad istanza di interpello del 13 dicembre 2006, avanzata da Confartigianato (Cuneo), in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Infine, per il caso dei lavoratori che posseggono già un bagaglio di conoscenze sufficiente cfr. *infra*

cogliere, in fase attuativa, la minuziosa distinzione tra formazione da impartire all'interno delle aziende – da ricondurre all'ordinamento civile di competenza statale – e disciplina di quella esterna – in materia di formazione professionale di competenza regionale –, articolando a loro piacimento solo le maglie della seconda.

Preso atto dell'ideale crocevia tra competenze legislative in cui si trova la disciplina dell'apprendistato, la Corte afferma che la loro corretta composizione deve essere raggiunta con un uso virtuoso del principio di leale collaborazione: nel caso di specie il criterio di prevalenza della formazione extra-aziendale non altererebbe i rapporti tra formazione interna (la cui disciplina compete allo Stato) e formazione esterna (di competenza regionale), mantenendosi conforme al sistema delle competenze concorrenti e del concorso di competenze che si verifica in tema di apprendistato.

Uscito illeso dalle strettoie della giurisprudenza costituzionale il *principio di prevalenza*, applicato nelle Regioni Marche, Puglia e Sardegna, pare così avere ricevuto il sigillo di garanzia del rispetto dei reciproci spazi regolativi. Resta da chiedersi come mai la Presidenza del Consiglio non abbia presentato ricorso anche nei confronti del Lazio, e possono ipotizzarsi due probabili ordini di ragioni: da un lato, era venuta meno l'opportunità politica di una simile azione essendo cambiata la compagine governativa, dall'altro, la speranza di attuare in Italia un "federalismo accentratore" pare essere stata temporaneamente respinta al mittente dalla Consulta, la quale, tuttavia, sotto il profilo concettuale rimane ancorata all'esigenza di ritagliare spazi regolativi ormai inevitabilmente sfumati⁽⁹⁰⁾. È condivisibile, pertanto, la posizione di chi, in questa giurisprudenza della Corte intravede il viatico per «realizzare quel federalismo regionalista cooperativo e non competitivo o duale, [...] in grado di conciliare le dinamiche unitarie dell'azione statale (articolo 5 della Cost.) e quelle autonomistiche delle Regioni (articoli 114 e 117 terzo e quarto comma)»⁽⁹¹⁾.

In posizione potenzialmente più estrema rispetto alle Regioni ora analizzate e al confine con il successivo gruppo di Regioni si colloca la Toscana, per la quale l'articolo 51-*bis*, comma 1, del regolamento regionale n. 22/2005 seccamente statuisce che «l'attività di formazione esterna è determinata in 120 ore annue». La scelta è peculiare, non per il *quantum* di formazione che resta in linea con le altre Regioni in 120 ore annue⁽⁹²⁾, quanto per il tipo e soprattutto le modalità di erogazione, dal momento che la stessa deve essere svolta interamente all'esterno

nota 100. Resta da chiedersi come mai l'inderogabilità operi solo nei confronti delle Regioni e, viceversa, il nuovo comma 5-*ter* consenta alla contrattazione collettiva di derogarvi.

⁽⁹⁰⁾ Sul punto efficacemente così si esprimono B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. cit.*, 575: «Concettualmente il riferimento all'ordinamento civile come limite alla competenza regionale in materia di contratti formativi, richiama partizioni già incerte – la differenza tra diritto pubblico e diritto privato – ma oggi sicuramente inattuali; esso è un concetto opaco perché tende a oscurare l'ibridazione, nella regolazione, di moduli giuridici differenziati ma interconnessi, la cui simmetria con gli interessi regolati è, per altro, definitivamente saltata: sempre più il contratto è utilizzato per governare interessi pubblici (i patti locali), sempre più la legge e la regolazione amministrativa si indirizzano su interessi meramente privati o individualizzati».

⁽⁹¹⁾ Così B. CARUSO, A. ALAIMO, *op. ult. cit.*, 572.

⁽⁹²⁾ Riducibili per i soggetti scolasticamente più formati. Contra *infra* vedi la risposta ad interpellato, nota 100.

dell'azienda presso le agenzie accreditate oppure, in modo del tutto singolare è previsto che siano le stesse imprese accreditate a spostarsi all'interno della azienda per la fase formativa (articolo 51-ter, comma 2) ⁽⁹³⁾. Da ciò discendono due corollari: il primo riguarda i costi che il punto 3 della delibera di giunta regionale n. 427/2005 riconduce ovviamente e ragionevolmente a risorse regionali tali da poter garantire a tutti gli apprendisti la formazione esterna; il secondo riguarda la competenza residuale delle parti sociali alle quali sembra che «resti soltanto la possibilità di prevedere ore di formazione formale interna aggiuntive» ⁽⁹⁴⁾. Le procedure di concertazione con i soggetti istituzionali e con i soggetti economici e sociali sono state al centro della recente pronuncia della Corte costituzionale n. 406 del 2006 e ritenute indispensabili per l'emanazione del regolamento toscano in tema di formazione esterna, ex articoli 48, 49 e 50 del decreto legislativo n. 276/2003.

5.2.2. La seconda tipologia di interventi sul contenuto del contratto di apprendistato recepisce il dettato legislativo nazionale, promuovendo la interscambiabilità tra formazione interna ed esterna, affidata alla capacità di gestione della formazione delle forze imprenditoriali locali ⁽⁹⁵⁾. Le due province autonome di Bolzano e Trento, pur accedendo a scelte procedurali differenti, hanno esplicitato nei disposti normativi una sostanziale indifferenza tra la formazione interna e quella esterna: mentre la prima ⁽⁹⁶⁾ demanda alla concertazione con le parti sociali ⁽⁹⁷⁾ la definizione dei contorni della formazione formale, nell'ambito della predisposizione di programmi formativi connessi a specifiche attività professionali ⁽⁹⁸⁾ e coerentemente non statuisce nulla in tema di finanziamenti per la formazione; la

⁽⁹³⁾ Il percorso formativo stabilito nel piano formativo individuale è molto attento a non abbassare gli standard già disegnati nella disciplina previgente e il modello prescelto pare incentrato sul ruolo dei servizi per l'impiego che possono supportare le imprese e gli apprendisti nella definizione del piano formativo individuale.

⁽⁹⁴⁾ Così condivisibilmente M. ROCCELLA, *La disciplina dell'apprendistato professionalizzante nella legislazione regionale*, cit., 194.

⁽⁹⁵⁾ Bisogna chiedersi se, in virtù del nuovo disposto del comma 5-ter, le determinazioni delle Regioni che procedono all'esercizio delle loro competenze siano o non siano applicabili a tutte quelle imprese che decidono di erogare formazione esclusivamente aziendale. La stranezza di questo meccanismo di esclusione della competenza previsto dal nuovo comma 5-ter, in ultimo, risiede proprio nella circostanza che il campo di applicazione delle determinazioni regionali rimane strettamente vincolato alla capacità delle imprese presenti sul territorio di potere e/o volere avvalersi della formazione intra-aziendale.

⁽⁹⁶⁾ Art. 5, l.p. 20 marzo 2006, n. 2.

⁽⁹⁷⁾ A proposito di coinvolgimento delle parti sociali, sarebbe interessante scoprire come mai la previsione di sblocco dell'*impasse* della Legge provinciale di Bolzano (art. 5, comma 3), che affida alla Giunta la possibilità di stabilire *ex se* gli ordinamenti formativi se entro dodici mesi non riesce a raggiungere un accordo con le parti sociali, non sia stata impugnata dalla Presidenza del Consiglio e poi censurata dalla Corte Costituzionale, così come è avvenuto per la disposizione analoga della legge pugliese.

⁽⁹⁸⁾ Resta un mistero anche un altro immediato motivo di ricorso che avrebbe potuto presentare il governo alla Corte costituzionale in merito alla durata del contratto di apprendistato professionalizzante prevista dalla legge di Bolzano. Infatti, lo stesso art. 5 di cui alla nota precedente, al comma 8, prevede una durata minima e massima contrattuale, rispettivamente di 18 e 36 mesi, diversamente dai 2 e 6 anni imposti dal decreto n. 276. Per altri elementi di difformità di questa legge rispetto alla normativa definita dal legislatore nazionale v. P. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 1721. In realtà il problema rimane solo in relazione alla durata massima di 6 anni perché il riferimento alla durata minima di 2 anni, dopo l'entrata in vigore del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, è stato eliminato.

seconda ⁽⁹⁹⁾ si limita ad affermare – rinviando la specificazione alla sede regolamentare – che la formazione può svolgersi anche all'interno dell'impresa, concedendo dei contributi “destinati” in considerazione dei maggiori oneri che ricadono sui datori di lavoro per la realizzazione delle attività formative.

Assimilabile alle due province appare il tenore della legge delle Regioni Umbria e Basilicata, quest'ultima (legge regionale n. 28/2006) all'articolo 6 stabilisce la piena fungibilità tra formazione esterna ed interna, con il solo limite della coerenza rispetto a quanto determinato in sede di concertazione tra Regione e parti sociali e nel rispetto del consueto monte ore annuo. In continuità con la quasi totalità delle Regioni analizzate è prevista la copertura finanziaria, tramite interventi pubblici o privati, per le attività di formazione formale esterna.

Il modello friulano è misto, perché ritaglia per la formazione esterna un pacchetto di ore predeterminato. In questa Regione il Regolamento regionale approvato con decreto del Presidente regionale n. 415/2005 delinea in modo circostanziato le quote e le modalità delle consuete 120 ore ⁽¹⁰⁰⁾ di formazione formale: la quota relativa alle competenze di base e trasversali deve essere pari ad almeno 44 ore da erogarsi in via esclusiva tramite agenzie formative accreditate ed è finanziata da risorse pubbliche integrate da cofinanziamenti privati (articolo 12 regolamento regionale), mentre per le competenze tecnico-professionali è stata affermata una piena alternanza tra formazione esterna o interna all'impresa, nel caso in cui questa abbia capacità formativa ⁽¹⁰¹⁾.

5.2.3. Il terzo e *ultimo gruppo*, di carattere residuale, è composto dalle Regioni che non hanno privilegiato alcun modello formativo, limitandosi ad una previsione in bianco – che probabilmente sarà specificata da provvedimenti successivi (caso delle Regioni Lombardia e Sicilia) –, oppure operando un rinvio aperto in favore dei contratti collettivi, come nel modello emiliano e nel disegno di legge campano, rivitalizzando ancora una volta il potere integrativo/sostitutivo delle parti sociali.

6. Il cuore della disciplina dell'apprendistato nelle sue modalità di attuazione rievoca una questione centrale nella fase corrente del diritto del lavoro, ovvero quanto e come gli attori istituzionali siano riusciti ad adattarsi al nuovo sistema delle fonti ispirato al principio di sussidiarietà, con riguardo al tema specifico del contratto di apprendistato. Il punto di partenza dell'analisi che precede è stato la presa d'atto di un processo di differenziazione del diritto del lavoro, innescato dal

⁽⁹⁹⁾ Art. 6, comma 1, l.p. 10 ottobre 2006, n. 6.

⁽¹⁰⁰⁾ Elevabili dalla contrattazione collettiva, la quale in ogni caso è chiamata ad indicare l'articolazione della formazione (esterna o interna). Per la verità, nel caso del Friuli merita di essere presa in considerazione la risposta ad istanza di interpello del 18 gennaio 2007, cit., dove si afferma che nel caso di soggetti che già possiedono crediti formativi individuali non possa essere comunque legittima la riduzione delle ore di formazione (come era previsto dal legislatore del 1997), ma anzi è auspicabile che l'offerta formativa sia modulata secondo un bilancio di competenze, che dia più spazio all'acquisizione di conoscenze specialistiche delle quali il soggetto sia carente rispetto a quelle in cui, invece, mostri un bagaglio sufficiente.

⁽¹⁰¹⁾ Nel caso in cui la Regione accerti per due volte l'assenza dei requisiti per il riconoscimento della capacità formativa, questo viene sospeso per un periodo di due anni, con la conseguente perdita della facoltà di erogare la formazione formale all'interno dell'azienda.

nuovo assetto regionalistico del sistema delle fonti. Il contratto di apprendistato, e la differenza regolativa che lo caratterizza, costituisce un campo di sperimentazione elettivo di questa fase, in ragione del fatto che su tale istituto concorrono competenze diverse e tutte legittimate dall'attuale sistema delle fonti.

Il nuovo orizzonte multilivello che si delinea, se per un verso potrebbe prestare il fianco alle critiche tradizionali che vi ravvisano una rottura dell'unitarietà del sistema delle fonti, con la conseguente prevalenza del criterio di competenza su quello di gerarchia, per altro verso è l'unico che consente all'ordinamento «di adeguarsi alle esigenze tipiche e diversificate proprie di ciascuno dei settori di volta in volta coinvolti»⁽¹⁰²⁾.

E proprio il campo della formazione si presta particolarmente ad essere regolato tramite «l'adozione di atti a contenuto direttivo, piuttosto che immediatamente normativo e prescrittivo»⁽¹⁰³⁾, presentandosi «come un vero e proprio subsistema autonomo di regolazione, in cui i moduli di regolazione pubblici, privati-collettivi e parapubblici si confondono e si ibridano dando luogo ad un modello nuovo: il diritto della regolazione»⁽¹⁰⁴⁾. In questo senso la moltitudine di norme e discipline regionali e contrattuali collettive – lungi dal dovere essere considerata conseguenza negativa di un labirinto regolativo, una sorta di lacciolo da rimuovere⁽¹⁰⁵⁾ – potrebbe invece essere considerata un tentativo di attuazione di percorsi formativi di qualità adattabili al territorio e alla specialità del rapporto.

Il policentrismo normativo e istituzionale attuato grazie a tecniche di produzione legislativa, che pongono al centro dell'arena deliberativa il rapporto di cooperazione virtuosa tra le istituzioni territoriali e le organizzazioni sindacali, regionalmente più rappresentative, accentua di certo i connotati di elasticità del diritto del lavoro, che appaiono in tutta la loro pienezza in una fattispecie a formazione complessa come l'apprendistato. Sia il livello della regolazione regionale, sia il livello della regolazione sovranazionale costituiscono così *input* convergenti per sostituire, tendenzialmente, ai tradizionali e statici criteri di unificazione e coordinamento delle fonti, basati «più sulla geometria degli atti che sull'algebra dei processi normativi»⁽¹⁰⁶⁾, una cooperazione istituzionale funzionalizzata per obiettivi.

Come a suo tempo aveva già intuito Massimo D'Antona, la regolazione multilivello dell'apprendistato conferma che «la differenziazione in sistemi paralleli o

⁽¹⁰²⁾ F. PIZZETTI, *La tutela dei diritti nei livelli statutuali*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004, 201.

⁽¹⁰³⁾ F. PIZZETTI, *op. ult. cit.*, 203.

⁽¹⁰⁴⁾ B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, cit., 98.

⁽¹⁰⁵⁾ Così si esprime M. TIRABOSCHI, *Il peso della regolazione*, cit., 2, in cui si cita il nuovo apprendistato come fattispecie irrigidita «da una moltitudine di norme regionali invasive che impongono, a ogni piè sospinto, adempimenti burocratici e oneri procedurali a scapito della effettiva costruzione di percorsi formativi di qualità». Se è vero che in alcune Regioni gli «adempimenti burocratici e oneri procedurali» hanno forse reso difficoltosa l'entrata a regime dell'istituto, è altrettanto vero che a monte la causa più rilevante dei rallentamenti (che peraltro sono circoscritti ad un numero limitato di autonomie regionali) è probabilmente da riscontrare nella mancanza di volontà politica delle stesse ad intervenire con decisione in una materia oggetto certo di concertazione ma in cui l'impulso regolativo è previsto come decisivo. Una carenza di intervento, dunque, più che un difetto della qualità dello stesso.

⁽¹⁰⁶⁾ B. CARUSO, *Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, in *ADL*, 2004, n. 3, 807. A cui si rinvia per uno studio minuzioso e attento ai rapporti del sistema di fonti comunitario, nazionale e regionale.

interferenti non consente [...] interpretazioni logiciste e strettamente inferenziali: il rapporto di derivazione gerarchica dalla norma più generale a quella più particolare non esaurisce le possibili connessioni tra norme dell'ordinamento plurisistemico»⁽¹⁰⁷⁾, che necessita l'uso di argomentazioni più sofisticate.

Il modello di regolazione a rete⁽¹⁰⁸⁾ – che è quello che sembra delinarsi in materia di apprendistato – emerge dall'indagine sotto due punti di vista differenti ma combinati: dal punto di vista procedurale, si traduce in una pluralità di fonti interconnesse e accomunate dall'oggetto e dallo scopo della regolazione; dal punto di vista sostanziale, costituisce il tramite per avvicinare la fonte al territorio consentendo una maggiore sintonia tra norma stabilita e finalità perseguite.

Il primo profilo, quello procedurale rileva anche come invero del principio di sussidiarietà sia di tipo verticale, la cui naturale funzione è di creare un coordinamento armonico tra fori regolativi situati a quote differenti nella piramide istituzionale; sia di tipo orizzontale, nella misura in cui il protagonismo delle formazioni sociali appare centrale per la realizzazione dei traguardi auspicati. Entrambi, operanti in sinergia, producono come effetto “certificato”⁽¹⁰⁹⁾ la messa in crisi del sistema di fonti tradizionale e dei principi ordinatori ad esso collegati.

Il secondo profilo, quello sostanziale, mette in luce i primi embrioni di politiche programmate di sviluppo territoriale attente al sostrato economico e sociale di riferimento: basti pensare alle scelte operate in relazione alla tipologia di formazione accolta dai modelli regionali, che rispecchiano indirettamente le efficienze o inefficienze delle imprese nel campo della formazione, o ancora ai costi correlati che in generale riflettono la differenziazione delle economie locali⁽¹¹⁰⁾. La varietà dei modelli porta come corollario la crisi del principio di eguaglianza formale⁽¹¹¹⁾: il pianeta formazione apre alla sfida delle differenze, che chiedono, anche, nel diritto del lavoro di essere ammesse e rispettate, anziché tacitate in nome di un interesse generale selezionato chissà dove e perché⁽¹¹²⁾.

Il grado di efficacia del sistema di competenze e dei suoi prodotti normativi andrà misurato nel tempo, ma pare per il momento depotenziata la visione accentratrice e uniformante di un diritto del lavoro monolitico. Il diritto del lavoro sembra ormai doversi declinare al plurale, non solo per la sua attitudine eterodossa

⁽¹⁰⁷⁾ Indimenticabili e attualissime, tanto da essere premonitrici, le pagine di M. D'ANTONA, *L'anomalia post-positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, ora in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, 60.

⁽¹⁰⁸⁾ M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*; B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, cit., 98; M. NAPOLI, *op. cit.*, 493.

⁽¹⁰⁹⁾ Una conferma in questa direzione si può trarre dagli ampi studi della più accreditata dottrina giuslavorista (D'Antona, Napoli e Caruso) oltre che dalla ricerca condotta.

⁽¹¹⁰⁾ L. ZOPPOLI, *Apprendistato e multilevel regulation*, cit., intravede «una dicotomia Nord/Sud, espressione di due diverse filosofie, chiaramente frutto di diversità strutturali, avendo l'uno un'economia basata su imprese private più forti e autonome e l'altra un'economia che ancora gravita intorno alla spesa pubblica».

⁽¹¹¹⁾ Per smentire l'assunto in base al quale la regolazione competitiva, scaturente dal modello federalista, produce automaticamente corse al ribasso si rinvia alle efficaci argomentazioni di B. CARUSO, *Diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà*, cit., spec. 840 ss. Il valore aggiunto che discende dall'esercizio delle competenze multilivello è una ricchezza che non può e non deve essere trascurata in nome di una uniformità normativa pregiudiziale.

⁽¹¹²⁾ M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, n. 2, 463, ora in B. CARUSO, S. SCIARRA, *op. cit.*, 152, che però la ricollega all'esigenza di forme di rappresentanza sindacale attente più al singolo lavoratore che al lavoratore astratto e massificato.

nell'impiego di strumentazioni giuridiche e di schemi teorici poliedrici, ma anche per il suo carattere di frontiera aperta a disciplinare i rapporti di lavoro attraverso più paradigmi giuridici. Un metodo d'indagine articolato, una strada da battere rappresentata dal recupero di modelli regolativi e tagli ermeneutici applicati al fenomeno formativo, come esempio dal quale cogliere la nuova dimensione plurale del diritto del lavoro. Il giurista, dunque, considerando la funzione effettivamente assolta dall'istituto giuridico nella realtà di un luogo e di un'epoca determinata, «sarà così condotto fuori da quella considerazione formale e strutturale che è tipica della scienza giuridica», per entrare nel campo sperimentale della teoria delle fonti, dove «questa escursione non gli sarà inutile per un migliore apprezzamento della realtà sociale anche dal punto di vista giuridico»⁽¹¹³⁾.

Il diritto del lavoro al "plurale". Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzante – Riassunto. *Il saggio analizza l'evoluzione del sistema delle fonti del diritto del lavoro nell'apprendistato professionalizzante, proponendo una lettura sistematica sia della produzione normativa nazionale sia di quella regionale, e del ruolo centrale della contrattazione collettiva, che, a seguito della l. n. 133/2008, assume una funzione sostitutiva, e non più solo complementare, rispetto alla legislazione regionale. L'analisi giuridica dei percorsi regionali è mirata alla elaborazione di modelli regolativi individuati secondo due direttrici di indagine: le Regioni sono selezionate, da un lato, in relazione alle scelte procedurali effettuate per l'attuazione dell'istituto, connesse allo strumento o alla sequenza di strumenti legislativi e/o amministrativi adoperati; dall'altro, in base ai contenuti e agli aspetti strutturali-sostanziali che le accomunano o le differenziano, con riferimento al tipo di formazione formale da erogare (se interna o esterna), al quantum e alle modalità di erogazione ed ai soggetti, pubblici o privati, su cui gravano i consequenziali costi. La pluralità degli attori coinvolti nel processo regolativo del contratto di apprendistato costituisce lo spunto per approfondire il tema del decentramento delle fonti nel diritto del lavoro e per questa via apre una riflessione sull'operatività del principio di sussidiarietà – dinamicamente operante in senso sia orizzontale sia verticale – come valvola di regolazione dei rapporti tra fonti regolative differenti. L'inevitabile tendenza alla moltiplicazione dei luoghi di produzione normativa e l'intreccio di competenze multilivello, che stanno alla base del d.lgs. n. 276/2003, possono trovare una razionale composizione solo attraverso meccanismi di cooperazione e codecisione tra attori istituzionali e sindacali, promossi anche dalle più recenti pronunce della Corte Costituzionale.*

Labour law "in the plural": Regional provisions and the differentiated regulation of vocational apprenticeships (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the development of the sources of labour law regulating vocational apprenticeships, with an analysis that starts from the national provisions and then considers those adopted at regional level, together with the role of collective bargaining. Following the adoption of Act no. 133/2008, collective bargaining now replaces, rather than simply complementing, regional legislation. The analysis of regional policies from a legal point of view is intended to provide an outline of regulatory models with reference to two criteria: the Regions are classified on the basis of the procedural measures for implementing apprenticeships, with regard to the instruments adopted and the sequence of legislative and/or administrative measures taken, and with regard to the contents, structural and substantial aspects that differentiate them. The paper considers the type of training (on-the-job or off-the-job), the amount of training and the means by which it is provided, and the actors involved, both private and public, also in terms of the sharing of the costs of training. The plurality of actors involved in the regulation of vocational apprenticeships provides the opportunity to carry out an in-depth analysis*

⁽¹¹³⁾ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, 55.

of the decentralisation of labour law and the application of the principle of subsidiarity, operating in both a vertical and a horizontal dimension, as a means to deal with the tensions arising from the different sources of labour law. The clear tendency towards the multiplication of those authorised to take legal provisions, and the interplay between the various levels of competence, arising from Legislative Decree no. 276/2003, highlights the need for cooperation and joint decision-making among the various institutional actors and the trade unions, as promoted by recent rulings of the Constitutional Court.

L'apprendistato di primo livello: problemi e prospettive

Sandra D'Agostino

Sommario: **1.** L'apprendistato per i minori e il diritto alla formazione fino a 18 anni. – **2.** Le modalità attuative dell'apprendistato per i minori nel contesto dell'obbligo formativo. – **3.** Il disegno dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere. – **4.** Le norme emanate a livello regionale per l'implementazione del decreto legislativo n. 276 del 2003. – **5.** Le criticità risultanti dall'analisi dei dati quantitativi e delle esperienze realizzate. – **6.** Spunti per una riforma dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere.

1. È da quasi un decennio che nell'ordinamento è stato introdotto prima l'obbligo formativo fino a 18 anni ⁽¹⁾ poi il diritto-dovere all'istruzione e formazione fino al compimento dei 18 anni ⁽²⁾ di età, riconoscendo all'apprendistato il ruolo di valida opzione formativa per l'assolvimento di tale dispositivo, al pari dei percorsi di istruzione e formazione a tempo pieno; tuttavia, guardando come è stata data attuazione a tale previsione normativa, sia sotto il versante della definizione della regolazione secondaria che della reale attivazione di opportunità che consentano ai ragazzi di rendere esigibile tale diritto, occorre concludere che tale norma è rimasta una indicazione prospettica ben lungi dall'essere realizzata. Allo stesso modo nell'opinione pubblica sembra di rinvenire una scarsissima consapevolezza dell'esistenza di tale opportunità, unita ad un altrettanto scarso riconoscimento del ruolo formativo dell'apprendistato in generale.

Per prima la legge n. 144 del 1999 con l'articolo 68 introduceva per tutti gli adolescenti l'obbligo di partecipare ad attività formative fino al compimento del diciottesimo anno; tale obbligo può essere assolto frequentando i percorsi dell'istruzione, della formazione professionale e anche nell'esercizio dell'apprendistato, ovvero nell'ambito di un contratto di lavoro con caratteristiche "speciali". Successivamente, nel quadro della nuova architettura del sistema educativo disegnata dalla cosiddetta Legge Moratti (legge n. 53 del 2003), si valorizzava il ruolo dell'alternanza come modalità di assolvimento anche dei percorsi di istruzione a tempo pieno e a partire dal quindicesimo anno di età si riconosceva ai ragazzi la possibilità di espletare il diritto-dovere all'istruzione e formazione anche attraverso un contratto di lavoro di apprendistato. A conferma della volontà di puntare su tale strumento formativo anche per i minori, paralle-

* *Sandra D'Agostino è ricercatore dell'Isfol.*

⁽¹⁾ L'obbligo formativo è stato introdotto dalla l. 17 maggio 1999, n. 144, art. 68.

⁽²⁾ Cfr. l. 28 marzo 2003, n. 53, art. 2, comma 1, lett. c, e d.lgs. 15 aprile 2005, n. 76.

lamente la riforma dell'istituto dell'apprendistato, attraverso la definizione della legge n. 30 del 2003 e del relativo decreto attuativo, disegnava una tipologia di contratto finalizzata esclusivamente ai bisogni di tale utenza.

Né le più recenti innovazioni normative, quelle che hanno portato all'elevamento dell'obbligo di istruzione a 16 anni ⁽³⁾, spostando conseguentemente di un anno verso l'alto l'età minima per l'accesso al lavoro ⁽⁴⁾, hanno in qualche modo disconosciuto il ruolo formativo di tale strumento di lavoro nel quadro dell'affermazione di un diritto all'acquisizione di competenze chiave di cittadinanza per tutti i giovani per affrontare nella maniera più efficace l'inserimento nella vita attiva.

Se si guarda al numero di adolescenti che optano per questa opzione formativa e vengono assunti come apprendisti ancora in età di minori, tale numero, pur in lenta erosione da qualche anno come si vedrà meglio nel seguito, mantiene una sua rilevanza in valori assoluti e percentuali visto che assomma a circa 50 mila unità sull'intero territorio nazionale. Eppure per questi ragazzi le opportunità formative attivate sui territori sono davvero esigue, tanto da favorire una ampia evasione dell'obbligo formativo. Il risultato è che una quota di minorenni, che dovrebbe godere di particolari garanzie formative vista l'affermazione di un diritto-dovere all'istruzione e formazione, di fatto è coinvolta solo in processi di apprendimento di tipo informale, che avvengono sul luogo di lavoro nel momento in cui datori di lavoro e tutor aziendali insegnano loro un "mestiere".

2. L'inserimento dell'apprendistato come uno dei tre canali dell'obbligo formativo rappresenta il coronamento di quel processo di rinnovamento dell'istituto dell'apprendistato, promosso in seguito all'adozione della legge n. 196 del 1997 che è stata principale interprete di quel Patto per il lavoro stipulato nel 1996 fra Governo e parti sociali. È infatti con le previsioni dell'articolo 16 ⁽⁵⁾ del provvedimento citato che l'istituto dell'apprendistato esce da un periodo – durato qualche decennio – di assoluto disinteresse per le sue potenzialità formative, per un'attenzione focalizzata esclusivamente sulle sue opportunità di strumento che agevola l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro grazie alla significativa "dote" di agevolazioni contributive e riduzioni salariali concesse alle imprese ⁽⁶⁾. Con l'approvazione dell'articolo 16 si cerca di riportare l'attenzione sul ruolo formativo dello strumento, collegando le agevolazioni contributive all'obbligo di far partecipare gli apprendisti ad iniziative di formazione svolte all'esterno dell'impresa per almeno 120 ore medie annue. Da questa previsione prende il via un processo di definizione di sistemi territoriali a titolarità pubblica, deputati a

⁽³⁾ Cfr. l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 622.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁾ In particolare le innovazioni sono contenute nei commi da 1 a 4 della l. 24 giugno 1997, n. 196, dell'art. 16.

⁽⁶⁾ Per dare una dimensione delle agevolazioni contributive associate al contratto di apprendistato si consideri che nel 2006, ultimo anno per il quale è stato in vigore il precedente modello di contribuzione per gli apprendisti, le imprese pagavano un importo fisso settimanale pari a 2,98 euro. In aggiunta, il salario degli apprendisti, nel quadro dell'applicazione della l. n. 25/1955 e l. n. 196/1997, era determinato con una percentuale crescente del salario corrispondente di un lavoratore qualificato. Ad esempio, nel comparto artigiano il primo salario era determinato in misura pari al 55% di quello di un lavoratore qualificato.

programmare un'offerta di formazione per gli apprendisti. Ma soprattutto il provvedimento riaccende il dibattito sul ruolo della formazione nei confronti dei nuovi entrati nel mercato del lavoro, nel quadro di un processo che parallelamente vede attivo il confronto anche sulla necessità di stimolare l'offerta e la partecipazione ad attività di formazione continua ⁽⁷⁾.

In questo contesto l'introduzione dell'obbligo formativo fino a 18 anni, come dispositivo volto a favorire l'elevamento del livello di qualificazione della popolazione, valorizza il ruolo che l'apprendistato può utilmente svolgere per favorire il raggiungimento di tale obiettivo. Pertanto, l'istituto viene ad essere considerato opzione formativa di pari dignità rispetto alla scuola e alla formazione professionale.

Il contratto di apprendistato vigente nel 1999 è essenzialmente quello delineato dalla legge quadro del 1955 ⁽⁸⁾, quando lo strumento si rivolgeva esclusivamente ad una platea di minori ⁽⁹⁾; pertanto, la regolamentazione dell'istituto si caratterizza per una forte attenzione all'utenza e al percorso di apprendimento, ulteriormente rafforzata dopo che la legge n. 196 del 1997 ha reso più stringente la necessità di accompagnare il percorso di formazione *on the job* con una formazione esterna all'impresa ⁽¹⁰⁾.

Con riferimento alla specifica utenza dei minori, nel quadro dell'inserimento dello strumento come opzione per l'assolvimento dell'obbligo formativo, viene approvato il d.P.R. n. 257 del 2000 ⁽¹¹⁾ che ne definisce le modalità attuative: gli apprendisti adolescenti devono partecipare a moduli di formazione della durata di 120 ore annue finalizzati all'acquisizione di competenze di base, che si sommano all'attività formativa "ordinaria" per tutti gli apprendisti che ha una durata di ulteriori 120 ore annue salvo previsioni diverse della contrattazione collettiva ⁽¹²⁾. Tali moduli devono divenire un'ulteriore opzione nel quadro dell'offerta formativa attivata a livello territoriale.

Infine, con un'operazione che rimane pionieristica nel sistema italiano rispetto ai provvedimenti relativi all'istruzione e alla formazione, il successivo decreto interministeriale n. 152 del maggio 2001 specifica gli obiettivi da conseguire nei

⁽⁷⁾ L'impulso allo sviluppo delle attività di formazione continua era venuto dapprima con l'approvazione del d.l. 20 maggio 1993, n. 14, convertito con modificazioni nella l. 19 luglio 1993, n. 236, art. 9; successivamente la stessa l. n. 196/1997, all'art. 17 rimandava alla costituzione di «uno o più fondi nazionali, articolati regionalmente e territorialmente, aventi configurazione giuridica di tipo privatistico e gestiti con partecipazione delle parti sociali» (comma 1, lett. d).

⁽⁸⁾ Cfr l. 19 gennaio 1995, n. 25, recante *Disciplina dell'apprendistato*, con le modifiche apportate dalla l. n. 196/1997.

⁽⁹⁾ Quando fu emanata la l. quadro n. 25/1955 il conseguimento della maggiore età avveniva al compimento del 21° anno di età, mentre si poteva essere assunti come apprendisti fino a vent'anni. Successivamente il limite massimo per l'assunzione viene elevato a 29 anni per le imprese artigiane con l. n. 56/1987, art. 21, fino all'ulteriore elevamento dei limiti di età operato dalla l. n. 196/1997.

⁽¹⁰⁾ L'art. 16 della l. n. 196/1997 ha sanzionato la mancata partecipazione alle iniziative di formazione esterna organizzate dalle Regioni con la perdita delle agevolazioni contributive. Inoltre per valorizzare il percorso di apprendimento sul lavoro ha introdotto e previsto una regolamentazione della figura del tutor aziendale. Cfr. d.m. n. 22/2000.

⁽¹¹⁾ L'art. 5 del d.P.R. 12 luglio 2000, n. 257.

⁽¹²⁾ Secondo le previsioni dell'art. 16 della l. n. 196/1997, la contrattazione collettiva determina la durata dell'obbligo annuo di formazione esterna, con una previsione minima di 120 ore medie annue. Inoltre, in relazione ad apprendisti in possesso di titoli di studio post-obbligo idonei rispetto all'attività lavorativa, la contrattazione collettiva può individuare riduzioni dell'obbligo annuo di formazione.

percorsi dei moduli aggiuntivi ⁽¹³⁾. Gli esiti da raggiungere vengono quindi raccordati a precise scale di misurazione delle competenze di base costruite a livello internazionale e che assicurano una oggettiva possibilità di misurazione oltre che di confronto con quanto avviene nei principali Paesi OCSE.

Il valore di tale lavoro deve essere sottolineato in particolare in relazione a tre aspetti:

- per la prima volta nell'ambito del sistema di formazione professionale vengono definiti standard nazionali di risultato, verificabili, attraverso la predisposizione di prove uniche definite a livello centrale ⁽¹⁴⁾; nel resto del sistema di formazione professionale, con l'eccezione di qualche Regione, si registra invece come norma una situazione in cui le attività di formazione professionale vengono realizzate in assenza di alcun riferimento in termini sia di standard di risultato che di contenuto;

- gli standard nazionali sono espressi con riferimento a standard internazionali, ossia: la scala che esprime il livello di competenze linguistiche nella lingua madre è utilizzata anche dalle indagini sull'*International Adult Literacy Survey* che viene periodicamente condotta su tutti i Paesi più industrializzati aderenti all'OCSE; la scala ALLS, relativa alle competenze matematiche, pure deriva da indagini internazionali maturate in ambiente OCSE; la scala ALTE, definita a livello europeo, consente una comparazione fra i livelli di competenza in una seconda lingua; inoltre, per le competenze informatiche è previsto il conseguimento della *European Computer Driving Licence*;

- il raggiungimento di determinati livelli di competenza in relazione alle scale menzionate consente agli apprendisti di accedere ai percorsi di istruzione e formazione tecnica superiore. In questo modo, l'apprendistato non si configura più come un canale "chiuso", ma come opzione che consente il proseguimento del percorso in livelli più elevati di formazione.

La legge n. 53 del 2003 di riforma del sistema educativo conferma ed amplia il dispositivo dell'obbligo formativo nel nuovo *diritto-dovere all'istruzione e formazione fino al compimento del diciottesimo anno di età*. Sostanzialmente si riaffermano le precedenti opzioni per l'assolvimento dell'obbligo formativo, anche se nella nuova architettura del sistema la scelta fra i percorsi dell'istruzione e quelli di istruzione e formazione professionale viene anticipata al completamento del ciclo primario di studi; l'ingresso in apprendistato, invece, rimane fissato all'età minima di 15 anni ⁽¹⁵⁾.

In raccordo con la riforma del sistema educativo, la contemporanea legge di riforma del mercato del lavoro (legge n. 30 del 2003) e soprattutto il suo decreto attuativo (decreto legislativo n. 276 del 2003) confermano il ruolo specifico

⁽¹³⁾ In particolare tali esiti sono specificati nell'ambito dell'art. 2, comma 1, decreto interministeriale 16 maggio 2001, n. 121.

⁽¹⁴⁾ Per approntare a livello nazionale un set di prove valide a misurare i risultati conseguiti per le competenze di *literacy* e *numeracy* è stato realizzato un lavoro congiunto Invalsi-Isfol. Tale lavoro ha portato alla elaborazione di nove fascicoli di prove che fanno riferimento alla scala IALS, distribuiti a tutte le Regioni e Province autonome. Risulta dai monitoraggi che alcune Regioni utilizzano tali prove per la determinazione dei livelli finali di competenza conseguiti dagli apprendisti.

⁽¹⁵⁾ In realtà l'art. 16 della l. n. 196/1997 determinava il limite minimo per l'assunzione a quattordici anni. Solo con l'elevamento dell'obbligo scolastico a quindici anni, nel quadro della l. 20 gennaio 1999, n. 9, e del d.lgs. n. 345/1999, l'età minima per l'accesso al lavoro è stata innalzata a quindici anni.

dell'apprendistato rispetto all'utenza di adolescenti, tanto da definire una fattispecie *ad hoc* di contratto. Infatti, l'*apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere all'istruzione e formazione*, disciplinato in particolare dall'articolo 48 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è uno strumento riservato ai minori, a partire dai 15 anni di età, che intendono assolvere il diritto-dovere nell'esercizio dell'apprendistato⁽¹⁶⁾.

A partire da questo momento, le vicende dell'apprendistato per i minori si intrecciano con quelle relative all'attuazione della riforma del sistema educativo, in un raccordo voluto dal legislatore e certamente necessario, che però finirà per lasciare molto in ombra le necessità specifiche dello strumento a vantaggio di un dibattito quasi del tutto polarizzato sui bisogni collegati all'avvio del nuovo sistema di istruzione e formazione. Né si riuscirà poi, quando con l'arrivo del nuovo Governo si attiva un processo di revisione di quella riforma, a ritrovare spazi per rimettere al centro dell'attenzione l'implementazione dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere e le esigenze specifiche degli apprendisti minorenni.

3. Con la riforma del mercato del lavoro varata tramite la legge n. 30 del 2003 e il decreto legislativo n. 276 del 2003 anche l'istituto dell'apprendistato è ulteriormente rinnovato con l'obiettivo di disegnare uno strumento più funzionale alle esigenze dei giovani e delle imprese e di ampliarne ulteriormente il campo di applicazione. L'utenza potenziale viene estesa ai giovani fino ai 29 anni di età e si opera una ripartizione dell'istituto in tre tipologie, differenziate a seconda del *target* di utenza e della finalità attribuita al percorso di formazione:

- *Apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere all'istruzione e formazione*. Nell'ambito del diritto-dovere alla formazione fino al compimento del diciottesimo anno di età, tale contratto di apprendistato si rivolge ai giovani che hanno assolto l'obbligo di istruzione. Obiettivo del contratto, che può avere una durata massima di 3 anni, è l'acquisizione di un titolo di qualifica riconosciuto a livello nazionale, definito nel rispetto degli standard stabiliti dalla legge n. 53 del 2003.

- *Apprendistato professionalizzante*⁽¹⁷⁾. È la tipologia di contratto più vicina all'apprendistato precedentemente in vigore risultante dall'integrazione della legge quadro n. 25 del 1955 con la legge n. 196 del 1997. Possono essere assunti con questo contratto i giovani fino a 29 anni e la durata dei contratti va da un minimo di 2 anni ad un massimo di 6 secondo quanto stabilito dai contratti collettivi. Il contratto ha l'obiettivo di far conseguire una qualifica o una qualificazione, ossia un insieme di competenze certificabili, attraverso una formazione formale di almeno 120 ore annue che può svolgersi all'interno delle imprese o all'esterno presso strutture di formazione.

- *Apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione*⁽¹⁸⁾. Si tratta di una tipologia di apprendistato del tutto innovativa per il sistema italiano, che finalizza le attività di formazione formale realizzate nell'ambito del contratto all'acquisizione di titoli di studio quali: diploma di scuola secondaria superiore, titoli universitari di laurea o di master, certificazioni

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 48, d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 49, d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 50, d.lgs. n. 276/2003.

IPTS. Il decreto lascia spazio alle intese locali, costruite sulla base di specifici progetti definiti con le parti sociali e le istituzioni educative coinvolte, di disegnare percorsi, finalità, utenze e quindi durata e obiettivi della formazione.

Tale ultima tipologia di apprendistato è l'unica pienamente operativa da subito, appena varata la legge, dal momento che non necessita di ulteriori regolamentazioni a livello regionale ⁽¹⁹⁾. Per le altre due l'implementazione necessita che il quadro normativo venga completato attraverso l'emanazione dei provvedimenti di competenza delle istituzioni territoriali, da adottare con il concorso delle parti sociali, e il rinnovo dei contratti collettivi che devono definire gli aspetti di competenza.

Infatti, il decreto legislativo n. 276 del 2003, attenendosi alla nuova ripartizione di competenze fra Stato e Regioni introdotta dal dettato costituzionale modificato ⁽²⁰⁾, si limita ad indicare i criteri generali nel cui ambito dovranno essere definite le successive regolamentazioni. Per quanto riguarda l'apprendistato per il diritto-dovere all'istruzione e formazione gli elementi definiti dal dispositivo nazionale e i criteri direttivi per le regolamentazioni regionali sono:

- *finalità della tipologia di apprendistato*: conseguimento di una qualifica ai sensi della legge n. 53 del 2003, ossia valida su tutto il territorio nazionale perché rispondente ai Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) e agli standard minimi fissati a livello centrale ⁽²¹⁾;

- *durata del contratto*: non superiore ai 3 anni, e determinata rispetto al singolo apprendista in relazione alla qualifica da conseguire, ai crediti professionali e formativi già posseduti, al bilancio di competenze effettuato dai servizi per l'impiego;

- *formazione «esterna od interna all'azienda»*: da determinarsi in maniera congrua per consentire il raggiungimento degli standard formativi minimi fissati per i percorsi del sistema dell'istruzione e formazione professionale in attuazione della legge 53 del 2003 ⁽²²⁾;

- *compiti attribuiti alla contrattazione collettiva*, a livello nazionale, territoriale o aziendale: definizione delle modalità di erogazione della formazione aziendale;

- *principi generali per la validità del contratto*: il contratto deve essere stipulato in forma scritta, deve contenere indicazione della qualifica da conseguire e il piano formativo individuale.

⁽¹⁹⁾ In questo senso si esprime la circ. Min. lav. 14 ottobre 2004, n. 40, nella *Premessa*.

⁽²⁰⁾ Si fa riferimento nel testo alla modifica del Titolo V della Costituzione, operata con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

⁽²¹⁾ In questo senso si esprime l'art. 2, comma 1, lett. *h*, della l. 28 marzo 2003, n. 53: «*h*) ferma restando la competenza regionale in materia di formazione e istruzione professionale, i percorsi del sistema dell'istruzione e della formazione professionale realizzano profili educativi, culturali e professionali, ai quali conseguono titoli e qualifiche professionali di differente livello, valevoli su tutto il territorio nazionale se rispondenti ai livelli essenziali di prestazione di cui alla lettera *c*) [...]».

⁽²²⁾ Cfr. sempre nella l. n. 53/2003, l'art. 7, comma 1: «1. Mediante uno o più regolamenti da adottare a norma dell'articolo 117, sesto comma, della Costituzione e dell'articolo 17, comma 2, della l. 23 agosto 1988, n. 400, sentite le Commissioni parlamentari competenti, nel rispetto dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, si provvede [...] alla definizione degli standard minimi formativi, richiesti per la spendibilità nazionale dei titoli professionali conseguiti all'esito dei percorsi formativi, nonché per i passaggi dai percorsi formativi ai percorsi scolastici».

La regolamentazione dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere all'istruzione e formazione dovrà essere definita dalle Regioni, d'intesa con il Ministero del lavoro e il Ministero dell'istruzione, con un ruolo solo consultivo delle parti sociali, tanto che alcuni commentatori hanno parlato di una de-contrattualizzazione di tale tipologia. Per consentire il raccordo con i percorsi del sistema di istruzione e formazione, tale regolamentazione potrà essere definita solo dopo che sarà completato il processo di implementazione di tali percorsi a livello regolamentare, dando piena attuazione alla legge n. 53 del 2003.

Infatti, l'apprendistato per il diritto-dovere deve essere regolamentato tenendo conto:

- dei LEP individuati per il sistema dell'istruzione e formazione professionale, che consentono di rendere valida su tutto il territorio nazionale la qualifica che si consegue⁽²³⁾;

- degli standard formativi minimi dei percorsi triennali dell'istruzione e formazione professionale, in base ai quali determinare un monte ore di formazione congruo⁽²⁴⁾.

Per quanto riguarda il primo criterio, il 17 ottobre 2005 è stato definitivamente approvato il decreto legislativo sul secondo ciclo (decreto legislativo n. 226 del 2005), che definisce i LEP per il sistema dei licei e per l'istruzione e formazione professionale al fine di garantire la validità dei titoli e delle qualifiche su tutto il territorio nazionale. In tale decreto l'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere viene citato solo nella specificazione dei livelli essenziali dell'offerta formativa; infatti, l'articolo 16, comma 2, pone in capo alle Regioni e Province autonome l'obbligo di assicurare «il soddisfacimento della domanda di frequenza», ossia il coinvolgimento in attività formative esterne all'impresa per favorire il conseguimento di una qualifica da parte di tutti gli apprendisti minori occupati sul territorio.

Si tratta di un impegno significativo che viene posto in capo alle Regioni e alle Province autonome, visti il numero di apprendisti adolescenti da coinvolgere e le difficoltà organizzative e metodologiche connesse alla realizzazione di tali interventi.

Nelle altre parti del decreto legislativo n. 226 del 2005, che specificano gli ulteriori livelli essenziali cui deve attenersi il sistema dell'istruzione e formazione, l'apprendistato non viene mai citato e la maggior parte dei criteri individuati non appare adattabile alla specificità della formazione in apprendistato.

Per quanto riguarda il secondo criterio per la regolamentazione della tipologia di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere, il decreto legislativo n. 226 del 2005 prefigura la definizione a livello nazionale di standard formativi minimi per i percorsi del secondo ciclo solo per le competenze di base⁽²⁵⁾; per quanto riguarda l'area di professionalizzazione, a livello nazionale viene individuato quale livello essenziale dei percorsi la definizione di «figure di differente livel-

⁽²³⁾ In questo modo deve intendersi il riferimento dell'art. 48, comma 4, lett. *a*, d.lgs. n. 276/2003.

⁽²⁴⁾ Il riferimento nell'art. 48 del d.lgs. n. 276/2003 è contenuto sempre nel comma 4, lett. *b*.

⁽²⁵⁾ Cfr. art. 18, comma 2, d.lgs. n. 226/2005, che rimanda ad accordi assunti in sede di Conferenza Stato-Regioni. Inoltre, al comma 1, lett. *b*, si esplicita che le competenze di base vengono articolate nelle seguenti aree: linguistica, matematica, scientifica, tecnologica, storico sociale ed economica.

lo», che deve avvenire pure mediante accordi in sede di Conferenza unificata, sentite le parti sociali ⁽²⁶⁾.

Successivamente è intervenuto prima l'Accordo Stato-Regioni dell'ottobre 2006, seguito dall'adozione del decreto interministeriale del 20 dicembre dello stesso anno, che hanno individuato gli standard minimi delle competenze tecnico-professionali da conseguire nell'ambito dei percorsi dell'istruzione e formazione professionale, con riferimento a quattordici figure ⁽²⁷⁾.

Tuttavia, a tale azione condotta a livello nazionale non ha fatto riscontro alcun passo avanti nella definizione di una regolamentazione dell'apprendistato per il diritto-dovere a livello territoriale che consentisse di dare attuazione a tale strumento. Infatti, se anche qualche Regione ha dato un primo avvio al processo di regolamentazione, come si vedrà meglio nel paragrafo che segue, tale processo sembra essersi arenato e mancano accordi o previsioni di accordi con i Ministeri del lavoro e dell'istruzione. In attesa del completamento del processo di definizione delle regolamentazioni regionali, continua ad applicarsi la normativa precedente ⁽²⁸⁾, definita dalla legge n. 196 del 1997 e dalla legge n. 144 del 1999, per cui gli apprendisti minori vengono assunti nel quadro delle norme della legge n. 25 del 1955 e della legge n. 196 del 1997; per quanto riguarda i profili formativi, permane un obbligo di partecipare ad iniziative di formazione esterna per almeno 240 ore annue.

4. Nell'azione di implementazione a livello territoriale della riforma dell'apprendistato *ex* decreto legislativo n. 276 del 2003, l'attenzione degli amministratori e degli attori locali si è concentrata sull'apprendistato professionalizzante. È questa infatti la tipologia che viene reputata di utilizzo più diffuso, costruita in più ampia continuità con l'istituto precedentemente in vigore. Nonostante l'interesse quasi esclusivo su tale tipologia, anche il processo di regolamentazione a livello territoriale dell'apprendistato professionalizzante è ancora lungi dal dirsi compiuto ⁽²⁹⁾.

Alcune delle Regioni che hanno dato attuazione al decreto legislativo n. 276 del 2003 attraverso l'emanazione di norme regionali, hanno costruito il sistema a partire da un disegno globale relativo a tutto il mercato del lavoro o riferito in generale all'applicazione dell'istituto dell'apprendistato. In questi casi tali provvedimenti legislativi abbracciano le tre fattispecie che il contratto può assumere; pertanto, in tali provvedimenti sono contenute anche disposizioni relative all'apprendistato per il conseguimento del diritto-dovere di istruzione e forma-

⁽²⁶⁾ cfr. art. 18, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 226/2005.

⁽²⁷⁾ Le figure per le quali si individuano gli standard delle competenze tecnico professionali sono: Operatore alla promozione ed accoglienza turistica; Operatore alla ristorazione; Operatore del benessere; Operatore amministrativo segretariale; Operatore del punto vendita; Operatore di magazzino merci; Operatore grafico; Operatore edile; Operatore del legno e dell'arredamento; Operatore dell'autoriparazione; Installatore e manutentore impianti termo-idraulici; Installatore e manutentore impianti elettrici; Operatore meccanico; Montatore meccanico di sistemi.

⁽²⁸⁾ Infatti, l'art. 47, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 fa salva la disciplina vigente fino al completamento del processo di regolamentazione delle nuove tipologie di apprendistato.

⁽²⁹⁾ Per informazioni di dettaglio sullo stato di avanzamento del processo di regolamentazione dell'apprendistato professionalizzanti si veda ISFOL, *L'apprendistato fra regolamentazioni regionali e discipline contrattuali*, I Libri del FSE, 2007.

zione. Si deve anche segnalare che in qualche caso le leggi regionali, pur dedicate alla disciplina dell'apprendistato, in realtà fanno riferimento solo alle due fattispecie dell'apprendistato professionalizzante e di quello per il conseguimento di un diploma (Lazio, Basilicata) ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾, tralasciando l'istituto *ex* articolo 48. Di seguito si riporta il quadro dei provvedimenti adottati dalle Regioni e Province autonome che contemplano anche l'implementazione dell'apprendistato per il diritto-dovere.

Piemonte: l.r. n. 2/2007 recante *Disciplina degli aspetti formativi del contratto di apprendistato*, Capo II.

Lombardia: l.r. n. 22/2006 su *Il mercato del lavoro in Lombardia*, art. 20; l.r. n. 19/2007 recante *Norme sul sistema di istruzione e formazione della Regione Lombardia*, art. 21.

Provincia di Bolzano: l. provinciale n. 2/2006 recante *Ordinamento dell'apprendistato*.

Provincia Trento: protocollo d'intesa con le parti sociali del luglio 2005; l. provinciale n. 6/2006 recante *Disciplina della formazione in apprendistato*.

Friuli Venezia Giulia: l.r. n. 18/2005 recante *Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro*, artt. 61 e 62.

Emilia Romagna: l.r. n. 17/2005 recante *Norme per la promozione dell'occupazione, della qualità, sicurezza e regolarità del lavoro*, capo V, *Apprendistato*.

Toscana: l.r. n. 20/2005 recante *Modifiche alla l.r. 26 luglio 2002, n. 32 (Testo Unico della normativa in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro)*, artt. 2, 3 e 11; d.P.G.R. n. 22/R/2005, art. 1; DD n. 610/2005.

Umbria: l.r. n. 18/2007 recante *Disciplina dell'apprendistato*, art. 13.

Marche: l.r. n. 2/2005 recante *Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro*, art. 17.

Molise: l. n. 3/2008 recante *Disciplina regionale dell'apprendistato*, Capo II.

Sardegna: l.r. n. 20/2005 recante *Norme in materia di promozione dell'occupazione*, art. 38.

In alcuni dei provvedimenti citati il riferimento all'apprendistato per il diritto-dovere consiste solo in un rinvio a successivi atti di regolamentazione, generalmente da emanarsi a cura della Giunta (Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Marche, Sardegna); si tratta per lo più di Regioni che hanno emanato una legge complessiva sull'occupazione, contenente uno o due articoli dedicati alle tre tipologie di apprendistato, in cui non si riscontra alcun elemento di innovazione rispetto al quadro tracciato dall'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Talvolta qualche elemento ulteriore è contenuto in norme di valenza generale, ovvero riferite alle tre tipologie di apprendistato, riguardanti ad esempio le modalità di realizzazione della formazione in azienda (Friuli Venezia Giulia), la prevalenza della formazione esterna rispetto a quella interna (Marche e Sardegna), la precisazione del ruolo del piano formativo individuale nel quadro della regolamentazione regionale, le caratteristiche del tutor aziendale e gli obiettivi della formazione (Friuli Venezia Giulia).

⁽³⁰⁾ Cfr. l.r. Lazio 10 agosto 2006, n. 9, recante *Disposizioni in materia di formazione per l'apprendistato*.

⁽³¹⁾ Cfr. l.r. Basilicata 13 novembre 2006, n. 28, recante *Disciplina degli aspetti formativi del contratto di apprendistato*.

La Regione Lombardia inserisce l'apprendistato in due provvedimenti: il primo (legge regionale n. 22 del 2006) dedicato al mercato del lavoro e il secondo (legge regionale n. 19 del 2007) che inquadra l'apprendistato nel sistema educativo di istruzione e formazione; ma in entrambi vengono richiamati solo principi generali che rimandano alla possibilità che le certificazioni rilasciate in apprendistato costituiscano credito formativo riconoscibile in altri percorsi e alla necessità di definire i requisiti dei percorsi formativi per gli apprendisti in raccordo con le parti sociali e gli operatori del sistema.

Nessuna delle amministrazioni citate ha emanato atti ulteriori in attuazione della legge regionale sull'apprendistato in diritto-dovere.

In altri casi il testo legislativo regionale è più ampio, generalmente articolato in norme comuni a tutte le tipologie di apprendistato e altre specifiche per ciascuna tipologia, e contiene qualche indicazione di merito per l'attuazione dell'apprendistato per il diritto-dovere.

Nella legge regionale emanata dall'Emilia Romagna (legge regionale n. 17 del 2005) il rinvio della regolamentazione alla Giunta viene operato all'insegna di una sorta di criterio direttivo: la Regione privilegia le modalità proprie della programmazione integrata fra istruzione e formazione per l'acquisizione di competenze e/o di una qualifica. Pertanto c'è da attendersi che l'impianto dell'offerta formativa per gli apprendisti minori sarà definito prevedendo il coinvolgimento del sistema di istruzione. Sulla stessa linea si muove la legge regionale n. 18 del 2007 dell'Umbria, che pure rimanda alle modalità della programmazione integrata per l'attuazione dell'apprendistato per il diritto-dovere.

La legge regionale n. 20 del 2005 della Toscana rinvia la regolamentazione delle tre tipologie di apprendistato al relativo Regolamento n. 22 del 2005. Il Capo II è dedicato all'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere all'istruzione e formazione e contiene disposizioni relative alla durata del contratto, alle caratteristiche della formazione formale esterna e all'erogazione della formazione aziendale, che per lo più si inseriscono nelle direttrici tracciate dall'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003, ma anche, in parte, lo "rinnovano".

Infatti, la durata del contratto viene rimessa alla contrattazione collettiva, laddove la norma nazionale prevedeva che tale durata fosse non superiore a 3 anni e determinata in funzione «della qualifica da conseguire, del titolo di studio, dei crediti professionali e formativi acquisiti, nonché del bilancio delle competenze realizzato dai servizi pubblici per l'impiego o dai soggetti privati accreditati, mediante l'accertamento dei crediti formativi definiti ai sensi della legge 28 marzo 2003, n. 53»⁽³²⁾.

La formazione esterna viene determinata pari a 240 ore annue, riprendendo sostanzialmente il monte ore previsto dalla legge n. 196 del 1997 e dal d.P.R. n. 257 del 2000 per gli apprendisti in obbligo formativo; tali ore possono essere variamente distribuite nei diversi anni di contratto, per cui si recupera dalla normativa precedente anche la previsione di distribuzione "media" della formazione obbligatoria. La formazione esterna è dedicata esclusivamente al recupero delle competenze di base, articolate secondo le aree identificate per i percorsi triennali

⁽³²⁾ Cfr. art. 48, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

dell'istruzione e formazione professionale, ossia: area dei linguaggi, area tecnologica, area scientifica, area socio economica ⁽³³⁾.

Pertanto, la Regione fa la scelta di far prevalere l'obiettivo dell'acquisizione di competenze minime di "cittadinanza" per gli apprendisti minori, a scapito dell'acquisizione di competenze professionali che viene rinviata al processo di apprendimento che ha luogo esclusivamente all'interno dell'azienda. Ancora, c'è da sottolineare che secondo la previsione del regolamento regionale le 240 ore di formazione esterna possono essere erogate solo da strutture formative accreditate; ciò non esclude la possibilità di erogare ulteriore formazione in azienda, secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva.

Per gli apprendisti minori è previsto l'accesso all'esame per il conseguimento della qualifica professionale al termine del contratto; ciò significa che si ritiene che le 240 ore annue di formazione esterna dedicate alle competenze di base insieme al percorso realizzato in azienda consentano di raggiungere gli standard formativi minimi relativi alle competenze di base e tecnico-professionali individuati per i percorsi triennali dell'istruzione e formazione professionale.

Alle norme contenute nel Capo II del Regolamento emanato dalla Regione Toscana, specificatamente dedicato all'apprendistato per il diritto-dovere, si aggiungono quelle della parte generale, che disciplinano il piano formativo individuale, la certificazione e i riconoscimento dei crediti, che si applicano anche al presente istituto.

Molto vicina alla norma della Toscana è la legge regionale n. 3 del 2008 recentemente emanata dalla Regione Molise. Anche in questo caso, accanto alle norme di valenza generale riferite ai tre apprendistati, si colloca il capo II intitolato all'«apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione». La Regione Molise conferma la previsione che nell'apprendistato per i minori la formazione esterna sia pari a 240 ore annue, dedicate allo sviluppo di competenze di base previste dagli standard formativi regionali dei percorsi di qualifica professionale. Per la formazione aziendale, invece, le modalità di erogazione sono rinviate alla contrattazione collettiva di livello nazionale, territoriale o aziendale, secondo quanto previsto dall'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Anche la legge n. 2 emanata dalla Regione Piemonte, approvata nel gennaio 2007, si colloca nella stessa direttrice, tanto che si potrebbe avanzare l'ipotesi che ci sia un orientamento che si fa strada per la determinazione dei profili formativi dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere. La legge regionale n. 2 disciplina gli aspetti formativi dei contratti di apprendistato e il capo II è intitolato al «contratto di apprendistato per giovani fino ai diciotto anni»: singolarmente, infatti, la Regione adotta una denominazione diversa rispetto a quella utilizzata dall'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Per quanto riguarda la formazione, la legge conferma la previsione di 240 ore annue di formazione formale esterna all'impresa; anche in questo caso di tratta di una previsione media, suscettibile quindi di diversa articolazione nelle varie annualità. La formazione esterna è finalizzata all'acquisizione delle sole competen-

⁽³³⁾ Gli standard minimi riferiti a tali competenze di base sono stati identificati nell'ambito dell'Accordo Stato-Regioni del 15 gennaio 2004.

ze di base previste dagli standard formativi regionali dei percorsi di qualifica, definiti nel rispetto dei LEP in materia di istruzione e formazione professionale. Tale formazione si svolge presso le istituzioni formative accreditate che rilasciano una qualifica professionale.

Anche in questo caso deve ritenersi che la Regione abbia stabilito un volume minimo di formazione obbligatoria riferito alla sola formazione esterna, che potrebbe essere incrementato dalla contrattazione collettiva qualora si ritenesse necessaria anche una certa formazione formale interna.

La Provincia di Trento vanta una forte attenzione al tema dell'apprendistato per i minori, nei confronti dei quali ha indirizzato negli ultimi anni interventi mirati. La Provincia è intervenuta dapprima stipulando un Protocollo d'intesa con le Partecipazioni sociali che riguarda le tre tipologie di apprendistato e pertanto comprende norme relative anche all'apprendistato per il diritto-dovere; più recentemente a ottobre 2006 è stata approvata la legge provinciale n. 6 recante *Disciplina della formazione in apprendistato*. Tale provvedimento legislativo detta solo norme generali, in attesa del Regolamento di attuazione; per cui il riferimento programmatico continua ad essere il Protocollo d'intesa.

Nel documento viene definita una disciplina degli aspetti formativi dell'apprendistato per il conseguimento del diritto-dovere che si configura come formalizzazione della sperimentazione che la Provincia aveva avviato già nel 2004. Nell'ambito di tale sperimentazione l'impegno di formazione formale per i minori è determinato in 240 ore annue. Per metà le ore di formazione formale sono dedicate all'acquisizione di competenze culturali presso gli istituti scolastici (scuole medie e istituti secondari superiori) e per l'altra metà allo sviluppo di competenze professionali.

Si discosta, invece, dagli interventi regionali finora illustrati il provvedimento approvato dalla Provincia di Bolzano (legge provinciale n. 2 del 2006), imperniato sulla regolamentazione di un unico contratto di apprendistato che prevede tre possibili uscite identificate in relazione al titolo da acquisire:

- qualifica professionale, generalmente rivolto a quanti devono assolvere il diritto-dovere di istruzione e formazione;
- qualifica professionale, qualifica integrativa o specializzazione, per quanti hanno già preso parte ad una formazione iniziale certificata;
- diploma di scuola media superiore, universitario oppure di formazione tecnica superiore.

Già nell'impostazione della legge provinciale si rileva, quindi, una certa distanza dall'impianto del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Alla Giunta Provinciale è affidato il compito di stabilire, sentite le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, l'elenco delle attività professionali che possono essere oggetto di contratto di apprendistato. Tale elenco è articolato in tre sezioni, definite in relazione alle tre possibili "uscite".

La legge provinciale conferma che la tipologia di apprendistato per l'assolvimento del diritto-dovere ha una durata di 3 anni, anche se si stabilisce che, per professioni di particolare complessità, si possa definire una durata maggiore.

Per quanto riguarda la formazione, per ogni attività professionale oggetto di apprendistato, la Giunta definirà un "ordinamento formativo" che comprende: la

descrizione del profilo professionale, le condizioni di accesso, la durata dell'apprendistato, il quadro formativo aziendale, la quantità di formazione teorica e pratica, il programma formativo e il procedimento di qualificazione. In ogni caso l'apprendistato per l'assolvimento del diritto-dovere dovrà prevedere una formazione esterna realizzata presso una scuola professionale della durata complessiva calcolata sui 3 anni di almeno 1.000 ore.

A quanto pare la regolamentazione dell'apprendistato che ha come esito una qualifica si colloca in stretta continuità con il modello che la Provincia di Bolzano ha elaborato e applicato negli ultimi cinquant'anni e che ha il suo riferimento culturale più nel sistema duale tedesco che in altre esperienze del nostro Paese.

5. I paragrafi precedenti hanno esaminato le criticità emerse rispetto alla implementazione del quadro normativo relativo all'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere e alla regolamentazione a livello territoriale; tuttavia, un'analisi dell'apprendistato per i minori non può tralasciare la presenza di altre criticità. Alcune di queste sono di natura strutturale e fanno riferimento alle dinamiche della popolazione, della domanda e dell'offerta di lavoro nell'ambito della classe di età dei minori; altre sono invece legate all'efficacia delle politiche formative fino ad ora messe in campo per promuovere un'offerta formativa e la partecipazione degli apprendisti minori.

Infatti, l'analisi dell'evoluzione dell'occupazione in apprendistato evidenzia che il numero di minori assunti è diminuito in maniera esponenziale negli ultimi anni. Se fino al 1997 l'utenza dell'apprendistato era composta prevalentemente da giovani di età inferiore ai 21 anni, che era il limite massimo per le assunzioni tranne per le imprese del comparto artigiano, la quota di giovani minori sul totale degli apprendisti assunti è diminuita incessantemente e in maniera significativa nel corso degli ultimi anni tanto che per l'anno 2007 risulta ormai inferiore al 10%⁽³⁴⁾. Volendo dare una misura in valore assoluto dell'utenza di giovani minori occupati in apprendistato si può stimare che il numero di apprendisti adolescenti sia di poco inferiore alle 50 mila unità. E questo dato sembra essersi stabilizzato ormai da qualche anno.

La riduzione del numero di minori occupati con contratto di apprendistato è un fenomeno complesso, non certo negativo per la componente legata alla contrazione delle leve e all'elevamento della partecipazione scolastica che fanno diminuire l'offerta di lavoro in questa fascia d'età, ma anche la domanda da parte delle imprese di assumere minorenni appare continuamente perdere peso. Il problema si pone nei confronti di quegli adolescenti che decidono di interrompere gli studi senza aver acquisito alcun titolo secondario, che spesso non sono interessati a rientrare in un *setting* interamente formativo, pur diverso da quello scolastico come può essere la formazione professionale, e che invece si dichiarano disponibili a lavorare.

⁽³⁴⁾ I dati sull'occupazione in apprendistato per i giovani dai 15 ai 17 anni che si riportano sono quelli comunicati dalle Regioni nell'ambito dei periodici rapporti di monitoraggio predisposti per il Ministero del lavoro.

Il più recente rapporto di monitoraggio sull'obbligo formativo ⁽³⁵⁾ realizzato dall'Isfol quantifica in 113 mila il numero di ragazzi dai 14 ai 17 anni che nel 2005-2006 risultano fuori sia dai percorsi scolastici che da quelli della formazione professionale. Per questi adolescenti rimane il problema di come garantire l'espletamento del diritto-dovere. Certamente un potenziamento della formazione professionale può aiutare il processo di re-inserimento di questi giovani nel sistema educativo, ma per almeno una parte di essi la leva dell'opportunità occupazionale risulta essere più efficace.

Pertanto, esiste un bacino di utenza aggiuntivo a quello dei circa 50 mila adolescenti che già annualmente lavorano con un contratto di apprendistato, che potrebbe utilmente assolvere l'obbligo formativo attraverso questa forma contrattuale. Sarebbe quindi opportuno individuare strumenti per incentivare le imprese ad assumere quei giovani che, abbandonati i percorsi scolastici e formativi, risultano fuori dal sistema dell'obbligo formativo.

Tuttavia al momento la normativa non prevede alcun incentivo per l'assunzione degli apprendisti minori. Le agevolazioni contributive concesse alle imprese e il salario previsto sono gli stessi degli altri apprendisti (i maggiorenni), ma per gli adolescenti il periodo di formazione obbligatorio, da assolvere durante l'orario di lavoro, è doppio: 240 ore annue al posto di 120 ore annue. Questa differenza costituisce un maggior costo per le imprese, che quindi preferiscono assumere giovani che abbiano compiuto i 18 anni.

Né il decreto legislativo n. 276 del 2003 ha modificato la situazione: pur avendo previsto tre diverse tipologie contrattuali, esse sono unificate da un medesimo schema di inquadramento e quindi di salario e dal riconoscimento di sgravi contributivi alle imprese nella stessa misura. Inoltre, l'orientamento che emerge dai primi provvedimenti emanati a livello regionale sembra confermare un impegno formativo più ampio per i minori rispetto all'apprendistato professionalizzante, necessario per il conseguimento di un titolo di qualifica.

È anche evidente che il riconoscimento di particolari agevolazioni alle imprese per l'assunzione dei minori non può che essere subordinato all'affidamento a queste di un ruolo formativo, che deve fondarsi su adeguati strumenti e modalità di verifica oggettiva. E la riflessione sulla formazione in apprendistato sposta l'attenzione su un secondo ordine di criticità.

L'esperienza degli ultimi anni ha evidenziato la difficoltà di individuare dispositivi efficaci e risorse adeguate per favorire la diffusione di una offerta di formazione per tutti gli apprendisti adolescenti. L'affermazione di un diritto-dovere di istruzione e formazione, con la definizione di un sistema di sanzioni per i ragazzi e le famiglie che non ottemperano, impone alle amministrazioni competenti di programmare e realizzare un'offerta che consenta agli adolescenti di assolvere l'obbligo. Invece, l'analisi dello stato di avanzamento dei sistemi territoriali evidenzia un quadro decisamente negativo per quanto riguarda il segmento specifico degli apprendisti adolescenti.

⁽³⁵⁾ Il rapporto citato, dal titolo *Partecipazione e dispersione – Settimo Rapporto di monitoraggio dell'obbligo formativo*, è stato diffuso come letteratura grigia a novembre 2007 ed è in corso di pubblicazione.

Negli ultimi anni, se il numero di apprendisti che complessivamente hanno preso parte ad attività di formazione esterna promosse dalle Regioni e Province autonome si è attestato intorno ai 100 mila, per cui circa il 20% degli apprendisti occupati ha assolto effettivamente l'obbligo in attività esterne, tali numeri si riducono di molto considerando solo il gruppo di utenti minorenni. Dai dati regionali risulta che nel 2005 circa il 15% degli apprendisti adolescenti ha partecipato all'offerta formativa specifica, relativa alle 120 ore aggiuntive, ed oltre la metà si concentra nella Provincia di Bolzano ⁽³⁶⁾.

Quindi per la maggior parte degli apprendisti l'apprendistato è ancora e solo un contratto prevalentemente di lavoro, per il quale non esiste la possibilità di assolvere all'obbligo di formazione esterna né il percorso di formazione interno all'impresa è sottoposto ad alcuna forma di controllo esterno in termini di risultati. Eppure il decreto legislativo n. 226 del 2005, che definisce i LEP per il sistema dei licei e per l'istruzione e formazione professionale al fine di garantire la validità dei titoli e delle qualifiche su tutto il territorio nazionale, pone in capo alle Regioni Province autonome l'obbligo di assicurare «il soddisfacimento della domanda di frequenza» ⁽³⁷⁾, ossia il coinvolgimento in attività formative finalizzate al conseguimento di una qualifica di tutti gli apprendisti minori occupati sul territorio.

Il problema dell'attivazione di un'offerta di formazione per tutti gli apprendisti minori non è solo organizzativo o finanziario: esiste una dimensione pedagogica del problema che va adeguatamente considerata.

Gli adolescenti assunti come apprendisti esprimono facilmente un rifiuto verso situazioni formative che possano in qualche modo ricordare la precedente esperienza scolastica, visto il sentimento di insuccesso e di espulsione da quel mondo che spesso si portano dentro. È quindi necessario che i formatori siano in grado di approcciare questi ragazzi con metodologie nuove, mettendo al centro della proposta formativa la risoluzione di problemi pratici, che stimolino e coinvolgano in un processo di apprendimento che parte dal "fare" per poi astrarre concetti e principi generali. Anche per le competenze di base, l'approccio pedagogico dei docenti deve essere di tipo induttivo, ad esempio imperniato su una pratica del "lavorare per progetti" ⁽³⁸⁾.

Per molti docenti/formatori una impostazione metodologica di questo tipo richiede un cambiamento significativo nelle consolidate pratiche di insegnamento; quindi, il successo di questa operazione, che significa poi successo formativo degli adolescenti, passa attraverso la conduzione di paralleli processi di formazione dei formatori, di supporto alla didattica anche attraverso la predisposizione di materiali e sussidi da utilizzare come guida per gli insegnanti e come materiali di lavoro per gli apprendisti.

Infine, il raccordo con i percorsi del secondo ciclo implica la necessità di rendere reale la possibilità di acquisizione di un titolo di qualifica riconosciuto a livello nazionale – come prefigurato dall'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003 – come primo passo per un reinserimento in altri percorsi del sistema edu-

⁽³⁶⁾ Cfr. ISFOL, *op. cit.*

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 16, comma 2, d.lgs. n. 226/2005.

⁽³⁸⁾ Cfr. ISFOL, *Lavorare per progetti*, dicembre 2003.

cativo, anche in prosecuzione in senso verticale. Dal momento che il rilascio del titolo di qualifica è subordinato al conseguimento di standard formativi minimi determinati con riferimento a corsi di formazione professionale a tempo pieno, si impone una riflessione sul monte ore complessivo di formazione formale. In proposito lo stesso articolo 48 fa riferimento alla necessità di determinare una durata congrua ad assicurare il raggiungimento di quegli standard formativi minimi per le competenze di base e tecnico-professionali, per rendere possibile l'obiettivo di conseguire un titolo di qualifica professionale.

L'analisi sui minori occupati con contratto di apprendistato evidenzia, invece, che molti ragazzi entrano in questa forma di contratto quando sono già diciassettenni (58% nel 2005) ⁽³⁹⁾ e dopo qualche mese, al compimento del diciottesimo anno di età, assolvono l'obbligo formativo; tutte le analisi compiute sui territori segnalano che a quel punto generalmente cessa la partecipazione alle attività di formazione aggiuntive o specifiche per i minori.

Nell'attuale quadro normativo che regola l'assunzione dei minori in apprendistato, che fa capo alla legge n. 196 del 1997, non sembra di rintracciare strumenti che impediscano tali abbandoni tutelando il diritto di questi giovani a conseguire il titolo. Né è da aspettarsi che una piena implementazione del nuovo apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere possa rappresentare un freno a tali pratiche, se non si individuano adeguati strumenti di sostegno alle imprese.

6. L'analisi dell'apprendistato per i minori ha messo in evidenza una serie di criticità: difficoltà intrinseche del quadro normativo nazionale, difficoltà e scarsa propensione a promuoverne l'implementazione regolamentare a livello territoriale; difficoltà strutturali legate ad una contrazione "naturale" dell'offerta di lavoro in questa fascia di età e alla riduzione della domanda da parte delle imprese, laddove invece bisognerebbe stimolare tale domanda per favorire la piena applicazione del diritto-dovere all'istruzione e formazione; difficoltà legate alla attivazione di un'offerta formativa quantitativamente e qualitativamente adeguata ad assicurare il conseguimento di un titolo di qualifica professionale.

Si aggiunga che l'elevamento dell'età di ingresso al lavoro a 16 anni introduce un ulteriore elemento di criticità, non tanto per l'effetto sull'utenza visto che già attualmente il numero di quindicenni inseriti nel mercato del lavoro rappresenta una percentuale esigua ⁽⁴⁰⁾, quanto per il fatto che a questo punto perde di senso anche la previsione sulla durata dell'apprendistato per il diritto-dovere; infatti, l'articolo 48 prevede una durata al massimo triennale del contratto per dare la possibilità ai quindicenni di espletare in questo modo l'obbligo formativo fino a 18 anni.

Le osservazioni fin qui avanzate rimandano alla necessità di una revisione dell'articolo 48 del decreto legislativo n. 276 del 2003 anche se questa al momento sembra non essere iscritta nell'agenda politica, visto che il recente decreto leg-

⁽³⁹⁾ Cfr. ISFOL, *L'apprendistato fra regolamentazioni regionali e discipline contrattuali*, cit.

⁽⁴⁰⁾ Secondo i dati riportati nel rapporto di monitoraggio predisposto dall'Isfol, nel 2005 tale percentuale era pari al 10,2%. Cfr. ISFOL, *L'apprendistato fra regolamentazioni regionali e discipline contrattuali*, cit.

ge 25 giugno 2008, n. 112, interviene solo in relazione alle altre due tipologie di apprendistato.

La considerazione di alcuni *gap* strutturali dell'Italia nel confronto con gli altri Paesi europei suggerisce una direzione nella quale ripensare lo strumento. Infatti, il nostro Paese presenta livelli medi di istruzione della forza lavoro ancora piuttosto bassi; considerando solo la classe di età più giovane dai 15 ai 24 anni, i dati riferiti all'Italia si caratterizzano per un più basso tasso di attività abbinato a più elevati livelli di disoccupazione nel confronto con i partner europei. Si ricordi che fra gli indicatori considerati nel processo di Lisbona per favorire la costituzione di un'Europa come economia della conoscenza, uno riguarda la quota di giovani ventiduenni che hanno conseguito un titolo di studio secondario: l'obiettivo posto per il 2010 è che tale quota raggiunga l'85%, mentre il dato per l'Italia al momento si attesta al 78% (anno 2005-2006) ⁽⁴¹⁾.

Allora risponde allo stesso obiettivo dell'introduzione dell'obbligo formativo, ossia elevare la qualificazione della popolazione giovanile, una misura che preveda anche per i maggiori di 18 anni che non hanno conseguito alcun titolo secondario la possibilità di acquisire un titolo di qualifica attraverso un contratto di apprendistato, al pari di quanto già previsto per i titoli più elevati acquisibili tramite il contratto di apprendistato per l'alta formazione.

L'estensione dell'istituto attualmente disciplinato dall'articolo 48 anche ai maggiorenni presuppone una ridefinizione dello strumento che però deve avvenire salvaguardandone lo spirito principale, ovvero quello della definizione di un contratto a carattere formativo, inserito come parte integrante del sistema educativo, finalizzato al conseguimento di un titolo di qualifica di valenza nazionale.

Ad esaminare le regolamentazioni regionali emanate per l'attuazione del decreto legislativo n. 276 del 2003 si scopre che questa "evoluzione" della prima tipologia di apprendistato è già in essere ad esempio nella Provincia di Bolzano, che nella legge provinciale n. 2 del 2006 ha definito una tipologia di apprendistato finalizzata all'acquisizione di una qualifica di primo livello, per la quale la delimitazione dell'utenza prescinde dall'età ma è fatta solo in relazione al titolo di studio posseduto o che si intende conseguire.

Pertanto, da apprendistato finalizzato all'espletamento del diritto-dovere, tale tipologia dovrebbe diventare quella di apprendistato per il conseguimento di un titolo di qualifica nazionale, aperto obbligatoriamente ai minorenni, approvando la norma che i giovani fino a 18 anni possono lavorare solo con un contratto di apprendistato ⁽⁴²⁾, e in aggiunta, per scelta delle imprese e dei giovani, anche a quanti non hanno conseguito alcun titolo di istruzione secondaria o di formazione professionale almeno fino ai 24 anni di età.

Soprattutto per questi giovani vanno definite opportune misure di agevolazione per l'impresa, perché effettivamente venga attivata questa opzione, nell'ambito di un disegno strategico che vuole fare un investimento sui giovani per garantire loro maggiore occupabilità durante tutta la vita professionale.

⁽⁴¹⁾ Cfr. ISFOL, *Rapporto 2007*, ottobre 2007.

⁽⁴²⁾ Infatti, sia le norme che hanno introdotto e disciplinato l'obbligo formativo che quelle relative al diritto-dovere non hanno mai escluso la possibilità per i minori di lavorare con un contratto di lavoro diverso da quello di apprendistato.

La possibilità di rilasciare un titolo di qualifica di livello nazionale implica la necessità di restringere il campo di applicazione dell'apprendistato rispetto ai ruoli professionali da occupare. Attualmente sono i contratti collettivi che definiscono su quali livelli di inquadramento e per quali figure professionali si può essere assunti come apprendisti. Il risultato è che le qualifiche di destinazione degli apprendisti sono le più varie.

Se questa tipologia di apprendistato deve però essere finalizzata al conseguimento di un titolo di qualifica di livello nazionale evidentemente occorre che siano stabiliti a priori gli standard formativi che assicurano il riconoscimento di quel titolo su tutto il territorio. Pertanto, è necessario che sia definito a livello di sistema, anche con il supporto delle parti sociali, un elenco ristretto di qualifiche che diventano lo sbocco formativo e professionale di tale apprendistato. Del resto, la misura di consentire l'apprendistato su un numero ristretto di figure professionali, standardizzate a monte del processo, è comune a tutti i Paesi europei che hanno sistemi di apprendistato ben più consolidati del nostro con l'obiettivo di preservarne ed assicurarne la funzione formativa.

Il riferimento ad un numero ristretto di qualifiche consentirebbe di superare alcune difficoltà presenti nell'organizzazione dell'offerta e relative alla numerosità degli apprendisti, alla costituzione di gruppi classe omogenei, alla definizione di progetti formativi che consentano effettivamente uno sviluppo anche di competenze di tipo tecnico-professionale.

Nonostante le misure volte a superare le criticità insite nella formazione per gli apprendisti minori, certamente l'organizzazione degli interventi per questi giovani impone il reperimento di risorse superiori a quelle attualmente rese disponibili. Del resto, confrontando i costi della formazione per gli apprendisti sulla base delle diverse regolamentazioni regionali con il costo sostenuto dalle istituzioni per la formazione dei minori inseriti nei percorsi scolastici o nei percorsi di formazione a tempo pieno risulta evidente il vantaggio economico di questa opzione formativa.

L'apprendistato di primo livello: problemi e prospettive – Riassunto. *L'A. compie un excursus storico del contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, sottolineando che fin qui sono state affrontate in gran parte le problematiche connesse alla riforma dell'obbligo scolastico e formativo, piuttosto che l'importante vicenda del contenuto formativo del contratto. Si analizza anche la scelta legislativa di lasciare in secondo piano il contributo delle parti sociali, posto che la regolamentazione è definita dal Ministero dell'istruzione. Si passa poi ad una disamina degli interventi regionali e ad un'analisi del ricorso al contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione in base all'ultimo rapporto di monitoraggio dell'Isfol. Una prima criticità è che il numero complessivo di apprendisti, negli ultimi anni, ha subito una contrazione, sia dal lato della domanda, sia dal lato dell'offerta di lavoro. Un'ultima criticità è quella relativa alla scarsa offerta formativa da parte delle Regioni. Infine, l'A. suggerisce, in una prospettiva de iure condendo, la necessità di definire un elenco ristretto delle qualifiche, elaborate dalle parti sociali, che diventano lo sbocco formativo e professionale di questo contratto.*

First-level apprenticeships: problems and prospects (Article in Italian) – Summary. *This paper begins with an historical survey of apprenticeship contracts, in connection with training rights and obligations, and underlines the fact that so far there has been a focus on the reform of the edu-*

cation system, rather than on the important issue of training for apprentices. The paper then examines the legislative decision to assign a secondary role to the contribution of the social partners, since the regulation of these contracts is carried out by the Italian Ministry of Education. The focus then turns to regional programmes and an analysis of the use of apprenticeship contracts for the implementation of training rights and obligations on the basis of the recent monitoring report by Isfol, the workers' training institute. One critical aspect is that the overall number of apprentices has declined in recent years, both in terms of the number of applicants, and the number of places available. Another critical aspect is the lack of training provided by regional government. Finally, in a reform perspective, the paper argues for the need the social partners to draft a list of the qualifications to be awarded on completion of an apprenticeship.

L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008

Michele Tiraboschi

Sommario: **Parte I.** Apprendistato professionalizzante: il canale della formazione aziendale. – **1.** L'apprendistato professionalizzante: una riforma incompiuta. – **2.** Il percorso di riforma dalla legge Biagi al decreto legge n. 112 del 2008. Le modifiche introdotte all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003 dai commi 1 e 2 dell'articolo 23 del decreto legge n. 112 del 2008: loro compatibilità con l'assetto costituzionale. – **3.** Il problema della compatibilità delle disposizioni del decreto n. 112 con l'assetto costituzionale e il recente contenzioso regionale. – **Parte II.** Lavori stagionali a contenuto formativo e nuovi limiti di durata al contratto di apprendistato. – **1.** La modifica all'articolo 49, comma 3, del decreto legislativo n. 276 del 2003. – **2.** L'ammissibilità dell'apprendistato c.d. stagionale. – **3.** La piena operatività dell'apprendistato stagionale nel settore del turismo. – **Parte III.** L'apprendistato di alta formazione. – **1.** Lo stato di attuazione della disciplina di cui all'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003. – **2.** Le modifiche introdotte dai commi 3 e 4 dell'articolo 23 del decreto legge n. 112 del 2008. – **2.1.** L'estensione ai dottorati di ricerca. – **2.2.** La semplificazione delle modalità di attivazione dell'apprendistato di alta formazione. – **3.** Prospettive evolutive.

Quella della riforma del contratto di apprendistato è una vicenda che merita particolare attenzione almeno tra quanti si confrontano sul futuro e sulle prospettive occupazionali dei giovani. Se pazientemente ricostruita e analizzata, anche solo nelle sue linee evolutive più recenti, può infatti essere di grande aiuto nella comprensione, per un verso, di molti degli equivoci che viziano l'attuale dibattito sul precariato ⁽¹⁾ e, per l'altro verso, di alcune delle ragioni più profonde della bassa produttività e qualità del lavoro nel nostro Paese, vale a dire l'insufficiente investimento in formazione e capitale umano ⁽²⁾. L'apprendistato è un contratto storico. Nato in epoca precedente alla rivoluzione industriale ancora oggi richiama, nell'immaginario collettivo, la figura del garzone della bottega artigiana. In tempi relativamente recenti la legge Biagi ha tuttavia inteso rilanciarlo ⁽³⁾, invero con

* Michele Tiraboschi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

⁽¹⁾ Rinvio, sul punto, a M. SACCONI, M. TIRABOSCHI, *Un futuro da precari?*, Mondadori, Milano, 2006.

⁽²⁾ Per una prospettiva ricostruttiva generale su questi temi vedi i saggi raccolti in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI, *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, e anche G. BERTAGNA, *Pensiero manuale. La scommessa di un sistema educativo e di istruzione e di formazione di pari dignità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006. Vedi anche, più recentemente, le riflessioni svolte da I. SENATORI, M. TIRABOSCHI, *La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3.

⁽³⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè,

poco successo, in tutti i settori produttivi e secondo tre distinte tipologie contrattuali che assolvono a diverse funzioni ⁽⁴⁾. L'obiettivo era quello di farne il canale privilegiato – e, con riferimento ai minori, addirittura esclusivo – di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro, nell'ottica di un rinnovato e più moderno raccordo tra l'impresa, il mondo delle professioni e il sistema educativo e formativo, compresa l'alta formazione universitaria (lauree e dottorati di ricerca) ⁽⁵⁾. Tuttavia, a fronte degli incentivi e delle enormi potenzialità dell'istituto permangono, sul piano operativo, i limiti di uno strumento che, finalizzato a incrementare la qualità e la produttività del lavoro, risulta ancora fortemente penalizzato da una legislazione regionale lacunosa e a macchia di leopardo ⁽⁶⁾. In tale contesto si pongono ora le recenti modifiche, di seguito specificatamente analizzate, contenute nel decreto legge n. 112/2008, convertito con la legge n. 133 del 2008, e relative all'apprendistato professionalizzante, all'apprendistato nell'ambito di lavori stagionali e infine al canale, meno sfruttato ma potenzialmente di maggiori e interessanti prospettive, rappresentato dall'apprendistato di alta formazione.

Parte I.

1. L'implementazione della disciplina del contratto di apprendistato professionalizzante, a oltre cinque anni dalla entrata in vigore della “legge Biagi”, non può ancora dirsi avviata a regime ⁽⁷⁾. Contrattazione collettiva e discipline regionali forniscono, invero, un quadro ancora largamente lacunoso e, per molti aspetti, contraddittorio ⁽⁸⁾. Un quadro segnato dai casi estremi – ed opposti – della Regione Puglia ⁽⁹⁾, caratterizzata da una iper-regolamentazione di matrice pubblicistica e vincolistica che è stata oggetto delle severe censure della Corte Costituzionale ⁽¹⁰⁾, e della Regione Lombardia, dove la totale assenza di disciplina sostan-

Milano, 2004.

⁽⁴⁾ Sul nuovo apprendistato, introdotto con il d.lgs. n. 276/2003, cfr., in generale, oltre a M. TIRABOSCHI, *La riforma dei contratti a contenuto formativo ecc. cit.*, anche M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 279.

⁽⁵⁾ Cfr. P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

⁽⁶⁾ Si veda il P. DE VITA (a cura di), *La recente riforma del contratto di apprendistato*, Dossier Adapt, 2008, n. 8, in www.csmb.unimore.it.

⁽⁷⁾ Si vedano, al riguardo, i rapporti annuali di monitoraggio dell'ISFOL e, segnatamente, il rapporto 2005-2006 che, allo stato, è l'ultimo disponibile, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 27.

⁽⁸⁾ Ampia documentazione in S. D'AGOSTINO, P. DE VITA (a cura di), *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*, Dossier Adapt, 2007, n. 30, in www.csmb.unimore.it. Si veda anche il prezioso monitoraggio condotto, Regione per Regione, dalla Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro sullo stato di attuazione della riforma dell'apprendistato (cfr. www.consulentidellavoro.it/BDA/index.html e, ivi, la relativa banca dati).

⁽⁹⁾ L.r. Puglia n. 40/2006, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Per un primo commento vedi E.C. SCHIAVONE, *La legge regionale pugliese sull'apprendistato: note critiche*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 211-215.

⁽¹⁰⁾ C. Cost. 6 febbraio 2007 n. 24, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Sul caso pugliese vedi E.C. SCHIAVONE, *La legge pugliese sull'apprendistato*, in *Boll. Speciale Adapt*, 2005, n. 50, in www.csmb.unimore.it.

ziale dell'istituto nella legge regionale di riferimento ⁽¹¹⁾ pare porsi in aperta tensione con la riserva di legge fatta propria, in materia, dal legislatore nazionale a seguito della novella introdotta, all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003, dalla legge n. 80 del 2005 ⁽¹²⁾. Senza dimenticare, peraltro, che molte Regioni (tra cui, nel momento in cui si scrive, Veneto, Campania, Sicilia e Calabria) non hanno ancora neppure approvato la legge di attuazione della "riforma Biagi" o quantomeno, per ciò che rileva ai fini della nostra analisi, dell'apprendistato professionalizzante.

Vi è invero chi, in dottrina ⁽¹³⁾, ha invitato a leggere in termini positivi il *processo* di sperimentazione in atto suggerendo, in particolare, di concentrare l'attenzione più sull'innovativo metodo di regolazione, innescato dal nuovo assetto regionalistico del sistema delle fonti del «diritto del mercato lavoro» ⁽¹⁴⁾, che sugli effettivi risultati, in modo da rifuggire alla «tentazione, sempre presente nella dottrina, di valutare un sistema di regolazione proprio a ridosso dei suoi risultati immediati e con riferimento ai contenuti delle politiche regolative adottate contingentemente dagli attori coinvolti nel processo».

È la stessa "legge Biagi", del resto, ad aver consapevolmente adottato, nella regolamentazione dell'istituto, una logica di piena sussidiarietà, tanto orizzontale che verticale, che bene dimostra l'assenza di timori rispetto alla rottura della unitarietà del sistema delle fonti del diritto del lavoro, vista anzi in termini favorevoli nella speranza (rimasta poi delusa) di avviare, in coerenza con le diverse caratteristiche ed esigenze di ciascun territorio, una positiva concorrenza tra i diversi sistemi regionali di relazioni industriali tale da contribuire all'innalzamento della qualità ed efficienza dei percorsi formativi in apprendistato.

Tuttavia, e ben al di là della profonda insofferenza degli operatori, alle prese da anni con un vero e proprio labirinto normativo ⁽¹⁵⁾ che, di fatto, penalizza aziende e lavoratori nell'utilizzo di uno strumento dalle enormi potenzialità, è oggettivamente difficile scindere la valutazione sul metodo di regolazione dagli obiettivi che, con esso, si sono intesi concretamente perseguire. Tanto più se questi obiettivi, di semplificazione e valorizzazione del profilo formativo dell'apprendistato,

⁽¹¹⁾ L.r. Lombardia n. 22/2006, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Sulla legge regionale lombarda G. FALASCA, *Toscana e Lombardia: passi avanti dell'apprendistato professionalizzante*, in *GLav*, 2005, n. 46, 16-39, e per un commento sulle sperimentazioni avviate in alcuni settori in Lombardia vedi M. BERNASCONI, *Brevi note sul modello lombardo di sperimentazione dell'apprendistato professionalizzante nel settore terziario, della distribuzione e dei servizi*, in *q. Rivista*, 2005, n. 3, 839-841.

⁽¹²⁾ Il comma 5-bis dell'art. 49, introdotto dalla l. n. 80/2005, affida infatti, in via transitoria, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante alla contrattazione collettiva «fino all'approvazione della legge regionale di cui al comma 5 [...]». Sulla novella introdotta dalla l. n. 80/2005 all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003 vedi L. CAROLLO, *Il lungo processo per la messa a regime del nuovo apprendistato*, in *q. Rivista*, 2006, n. 1, 195-200.

⁽¹³⁾ D. COMANDÈ, *Il diritto del lavoro al "plurale" (Regioni e modelli regolativi differenziati dell'apprendistato professionalizzate)*, che precede in *q. Sezione*, che parla di «regolazione multilivello».

⁽¹⁴⁾ Secondo la innovativa prospettiva, fatta propria dal *Libro Bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre 2001 (in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), di un diritto del lavoro diretto a regolamentare non solo gli aspetti statici del singolo rapporto di lavoro, ma anche l'insieme degli istituti giuslavoristici direttamente finalizzati all'intervento sui movimenti del mercato del lavoro e, segnatamente, la disciplina delle assunzioni, l'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, le politiche attive del lavoro, la formazione e l'addestramento professionale.

⁽¹⁵⁾ Cfr. S. D'AGOSTINO, P. DE VITA (a cura di), *Il rebus dell'apprendistato professionalizzante*, cit.

lungi dall'essere raggiunti, risultano datati nel tempo e possono addirittura essere ricondotti, sul piano dei processi normativi di riforma, al "patto per il lavoro" del lontano settembre 1996⁽¹⁶⁾ che, come noto, rappresenta la premessa politica del "pacchetto Treu" del 1997. Come è inequivocabilmente desumibile dalla delega contenuta al comma 5 dell'articolo 16 della legge n. 196 del 1997⁽¹⁷⁾ è, dunque, da oltre un decennio che si persegue, senza successo, l'obiettivo della revisione dei contratti a contenuto formativo in modo da rendere effettiva, anche alla luce dei vincoli comunitari in materia di diritto comunitario della concorrenza e aiuti di Stato⁽¹⁸⁾, la tradizionale vocazione formativa e professionalizzante dell'apprendistato.

La filosofia della "legge Biagi" è riassumibile, da questo specifico punto di vista e in piena coerenza con il "pacchetto Treu", nel tentativo di porre fine alle molte ambiguità e alle gravi anomalie nell'utilizzo (improprio) e nello sviluppo dei contratti a contenuto formativo. In assenza di una riforma organica del mercato del lavoro, i contratti a contenuto formativo avevano infatti finito con il rappresentare la principale valvola di sfogo alle persistenti rigidità nell'utilizzo dei contratti di lavoro standard. Una sorta di contratto a termine di tipo soggettivo⁽¹⁹⁾, derogatorio rispetto agli standard tradizionali del diritto del lavoro unicamente in ragione della giovane età del prestatore di lavoro, apprezzata dalle imprese non solo perché aggiuntiva rispetto alle ipotesi tassativamente predeterminate dal legislatore di lavoro a termine, ma anche perché accompagnata da generosi incentivi contributivi e fiscali, senza tuttavia alcuna garanzia della effettività del contenuto formativo che spesso, infatti, è del tutto mancato.

Si può anzi sostenere, sul versante delle relazioni industriali, che è stato proprio l'utilizzo distorto dei contratti a contenuto formativo ad aver consentito di rinviare, in più di una circostanza, la riforma del mercato del lavoro italiano scaricando così sulla forza lavoro giovanile, notoriamente priva di rappresentanza sindacale, buona parte delle flessibilità richieste dal mondo delle imprese.

⁽¹⁶⁾ Patto per il lavoro tra Governo e parti sociali del 24 settembre 1996 (in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

⁽¹⁷⁾ Art. 16, comma 5: «Il Governo emana entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, norme regolamentari ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sulla proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro del lavoro e della previdenza sociale in materia di speciali rapporti di lavoro con contenuti formativi quali l'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro, *allo scopo di pervenire ad una disciplina organica della materia secondo criteri di valorizzazione dei contenuti formativi, con efficiente utilizzo delle risorse finanziarie vigenti, di ottimizzazione ai fini della creazione di occasioni di impiego delle specifiche tipologie contrattuali, nonché di semplificazione, razionalizzazione e delegificazione*, con abrogazione, ove occorra, delle norme vigenti. Dovrà altresì essere definito, nell'ambito delle suddette norme regolamentari, un sistema organico di controlli sulla effettività dell'addestramento e sul reale rapporto tra attività lavorativa e attività formativa, con la previsione di specifiche sanzioni amministrative per l'ipotesi in cui le condizioni previste dalla legge non siano state assicurate» (corsivo mio).

⁽¹⁸⁾ Cfr., in materia di contratti di formazione e lavoro, C. Giust. 7 marzo 2002 (C-310/99) e la decisione della Commissione Europea dell'11 maggio 1999 (decisione 2000/128).

⁽¹⁹⁾ Che è poi, a ben vedere, il nuovo contratto di inserimento al lavoro di cui agli artt. 54 ss. del d.lgs. n. 276/2003, dove la componente formativa vera e propria è del tutto eventuale a differenza di quanto previsto per il nuovo apprendistato. L'introduzione di questa tipologia soggettiva di lavoro a termine integra e completa l'impianto del d.lgs. n. 368/2001 che, come noto (vedi il saggio di apertura del volume), consente l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato solo in presenza di ragioni di tipo oggettivo (tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo).

Non sorprende pertanto che il problema della occupazione giovanile abbia assunto in Italia contorni particolarmente preoccupanti vuoi in ragione degli elevati livelli di disoccupazione, senza pari nel resto dei Paesi industrializzati ⁽²⁰⁾, vuoi anche in conseguenza di una mancanza di investimento formativo che ha dato luogo a percezione di diffusa e profonda precarizzazione del lavoro delle più giovani generazioni.

Rispetto agli obiettivi di sostegno alla qualità del lavoro ed effettività dell'addestramento il policentrismo normativo e istituzionale di regolamentazione del contratto di apprendistato si è rivelato, alla prova dei fatti e dopo oltre dieci anni di tentativi, un vero e proprio fallimento.

La "virtuosa cooperazione" tra istituzioni territoriali e organizzazioni sindacali, tanto enfatizzata dalla dottrina e auspicata in termini di politica legislativa alla luce del complessivo assetto costituzionale delle "competenze normative" in materia di lavoro e formazione, non si è affatto realizzata. Così come è vero che – stando almeno alle preziose rilevazioni dell'ISFOL, le quali, come noto, non affrontano tuttavia il delicato e ancor più controverso tema della qualità/utilità della offerta formativa pubblica e privata attualmente erogata – meno del 20 per cento degli apprendisti (e cioè solo uno su cinque) usufruisce effettivamente di una qualche formazione ⁽²¹⁾.

A conferma che, al di là della linearità dei progetti di riforma, il contratto di apprendistato continua a rimanere, nella stragrande maggioranza dei casi, un semplice contratto di lavoro flessibile o temporaneo senza alcuna valenza della componente formativa pure astrattamente prevista ed anzi elemento caratterizzante del tipo contrattuale in questione.

È vero che la "riforma Biagi" ha cercato, in linea con il "pacchetto Treu" ⁽²²⁾, di correlare il riconoscimento dei rilevanti benefici contributivi ⁽²³⁾ alla effettività della formazione. In caso di gravi inadempienze nella erogazione della formazione, che renda irrealizzabile la finalità per la quale è stato stipulato il contratto, il datore di lavoro è infatti tenuto a versare la differenza tra la contribuzione effettivamente versata e quella dovuta, con riferimento al livello di inquadramento superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento ⁽²⁴⁾. La sanzione tuttavia opera, ragionevolmente, solo nelle ipotesi in cui il datore di lavoro sia l'esclusivo responsabile dell'inadempimento e non quando la formazione sia mancata per mancanza di offerta formativa pubblica ⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr. J.L. RAYNOR, *Comparative civilian labor force statistics, ten countries: a visual essay*, dicembre 2007, in *Monthly Labor Review*, 32-37, e in *Boll. Adapt*, 2008, n. 2.

⁽²¹⁾ *Supra*, nota 1.

⁽²²⁾ Che tuttavia collegava i benefici contributivi alla sola formazione esterna alla azienda.

⁽²³⁾ Si ricorda che, in materia, è successivamente intervenuta la l. n. 296/2006 che ha previsto l'aliquota del 10% della retribuzione imponibile a fini previdenziali. Per i datori di lavoro che hanno alle loro dipendenze fino a 9 lavoratori l'aliquota è dell'1,5% per il primo anno e del 3% per il secondo anno.

⁽²⁴⁾ Art. 53, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. n. 251/2004.

⁽²⁵⁾ La circ. Min. lav. n. 40 precisa in particolare che l'inadempimento formativo imputabile al datore di lavoro sarà valutato sulla base del percorso di formazione previsto all'interno del piano formativo e di quanto regolamentato dalla disciplina regionale. Tale inadempimento potrà configurarsi in presenza di uno dei suddetti elementi: quantità di formazione, anche periodica, inferiore a quella stabilita nel piano formativo o dalla regolamentazione regionale; mancanza di un tutor aziendale avente competenze ade-

Sono del resto i numerosi interventi correttivi e interpretativi che, nel corso di un lasso di tempo relativamente breve, hanno progressivamente inteso facilitare (senza invero mai riuscirci) il processo di attuazione del disposto di cui all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003, a testimoniare la profonda insoddisfazione sul metodo di regolazione adottato per rendere effettivamente operativo il riordino dei contratti a contenuto formativo e, segnatamente, dell'apprendistato.

Non va del resto dimenticato che il legislatore della riforma, così come le stesse Regioni chiamate a contribuire (in sede di Conferenza Unificata) alla definizione della nuova normativa, si sono mosse per lungo tempo nella più totale incertezza con riferimento al profilo – invero centrale rispetto al metodo di regolazione – della effettiva ripartizione delle competenze in materia così come ambiguamente delineate a seguito della riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione⁽²⁶⁾. Solo al termine di un imponente e reciproco contenzioso⁽²⁷⁾, risolto dalla sentenza n. 50 del 2005 della Corte Costituzionale⁽²⁸⁾, l'ambito delle rispettive competenze in materia di apprendistato tra Stato e Regioni e, in via residuale, anche lo spazio riservato alla autonomia collettiva, appare ora sufficientemente chiaro, e questo nonostante il riproporsi, recente, del contenzioso regionale sulle disposizioni contenute ora nel decreto legge n. 112⁽²⁹⁾.

Al di là di alcuni interventi a livello interpretativo⁽³⁰⁾, che non di rado hanno assunto un valore in un certo senso “creativo”, in ragione di talune inevitabili “forzature” volte a superare la situazione di stallo che si era determinata⁽³¹⁾, un primo tentativo di svolta è contenuto nell'articolo 23-*bis* del decreto legge n. 35 del 2005, introdotto dalla legge di conversione n. 80 del 2005 (c.d. “pacchetto competitività”) e reso possibile dal chiarimento fornito, qualche mese prima, dalla Corte Costituzionale con la già ricordata sentenza n. 50 del 2005.

Con questo provvedimento il testo dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003 viene infatti integrato da un comma 5-*bis*, in forza del quale, in attesa della approvazione delle leggi regionali che provvederanno alla regolamentazione dei profili formativi dell'istituto, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante viene direttamente rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

guate o di ogni altro elemento che provi una grave inadempienza del datore di lavoro nell'obbligo formativo. In caso di inadempimento dell'obbligo formativo, e conseguente applicazione della suddetta misura sanzionatoria, al datore di lavoro sarà preclusa la possibilità di continuare il rapporto di apprendistato con lo stesso soggetto e per l'acquisizione della medesima qualifica o qualificazione professionale.

⁽²⁶⁾ L. cost. n. 3/2001.

⁽²⁷⁾ Ai ricorsi di numerose Regioni contro il d.lgs. n. 276/2003 ha poi “risposto” il Governo con altrettanti ricorsi contro le leggi regionali via via emanate in materia di apprendistato.

⁽²⁸⁾ C. Cost. n. 50/2005, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽²⁹⁾ Cfr. infra il paragrafo 3

⁽³⁰⁾ Cfr. le circ. Min. lav. n. 40/2004 e n. 30/2005, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*. Si veda altresì D. PAPA, *Apprendistato: gli interpellati del Ministero*, Working Paper Adapt, 2008, n. 54, in www.csmb.unimore.it.

⁽³¹⁾ Si pensi, in particolare, alla circ. n. 30, che, pur in presenza del chiaro disposto della l. n. 80/2005, faceva salve le sperimentazioni regionali in atto anche per via regolamentare e non legislativa.

Ciò, invero, risultava possibile solo per quei (pochi) contratti collettivi che avessero disciplinato anche i profili formativi dell'istituto, posto che altrimenti la regolazione collettiva avrebbe difettato di uno degli aspetti essenziali per rendere immediatamente operativo l'istituto. Per superare questa evidente criticità il Ministero del welfare aveva invero proposto una fondamentale integrazione all'emendamento, specificando il rinvio ad accordi *ad hoc* e non solo ai contratti collettivi e prevedendo altresì che i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante potessero essere definiti anche per il tramite di enti bilaterali ovvero per il tramite della assistenza dell'ISFOL. Ma questo *sub*-emendamento non era stato accolto nel corso del complesso iter parlamentare della legge. In assenza di questi correttivi anche la nuova disposizione non è dunque risultata particolarmente incisiva per rendere definitivamente operativo l'apprendistato professionalizzante in assenza di specifiche normative regionali e comunque, stante almeno una interpretazione ministeriale a dir poco *praeter legem* ⁽³²⁾, non precludeva le sperimentazioni già in atto nelle singole Regioni, anche mediante semplice delibera di giunta.

Un secondo e più recente tentativo, volto a superare quell'«inestricabile intreccio tra competenze dello Stato (in parte rinviate alla contrattazione collettiva) e competenze delle Regioni in materia» è riconducibile all'accordo di concertazione tra Governo e parti sociali del 23 luglio 2007 ⁽³³⁾. In coerenza con quanto concordato nel protocollo, la legge n. 247 del 2007 ha così previsto, all'articolo 1, comma 33, una delega al Governo, «da esercitarsi previa intesa con le Regioni e le parti sociali», informata ai seguenti principi e criteri direttivi: 1) rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva, nel quadro di un perfezionamento della disciplina legale della materia; 2) definizione di standard nazionali di qualità della formazione, anche al fine di agevolare la mobilità geografica degli apprendisti; 3) individuazione di meccanismi capaci di garantire la determinazione dei livelli essenziali di prestazione; 4) adozione di misure volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato.

La fine anticipata della Legislatura, con la caduta del Governo Prodi, non ha consentito di coltivare la delega, scaduta il 31 dicembre 2008.

Con la manovra contenuta nel d.l. 112, convertito dalla legge 133, pertanto, il Governo ha invece ritenuto opportuno porre subito le premesse per avviare un canale di regolazione per così dire parallelo – ma di certo non alternativo – a quello delineato nell'ambito del decreto legislativo n. 276 del 2003 e, successivamente, confermato dalla Corte Costituzionale con la più volte richiamata sentenza n. 50 del 2005, al fine di sbloccarne definitivamente l'operatività.

L'articolo 23 del decreto legge n. 112 del 2008 ⁽³⁴⁾ introduce ora un comma 5-*ter* all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003, che non vuole certo mettere in discussione il modello di apprendistato professionalizzante che sin qui ab-

⁽³²⁾ Cfr. *supra*, la nota che precede.

⁽³³⁾ Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili, 23 luglio 2007, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*, qui a pagina 20 per la citazione in testo.

⁽³⁴⁾ Convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria».

biamo conosciuto ma, più semplicemente, porre le premesse per la costruzione di un sistema sussidiario rispetto alla attuale (e inadeguata) offerta pubblica.

Ai sensi del nuovo comma 5-ter, infatti, «in caso di formazione esclusivamente aziendale» può non operare, in funzione di precise scelte aziendali e/o della contrattazione collettiva, il canale di regolazione c.d. multilivello dell'apprendistato definito al comma 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003, secondo cui «la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante è rimessa alle regioni e alle province autonome di Trento e Bolzano, d'intesa con le associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale» e nel rispetto di precisi criteri e principi direttivi (monte ore di formazione formale pari a 120 ore annue, rinvio ai contratti collettivi per le modalità di erogazione e articolazione della formazione, esterna o interna alle aziende, riconoscimento dei risultati formativi conseguiti e registrazione della formazione sul libretto formativo, presenza di un tutore aziendale)».

In questi casi, «i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante sono rimessi integralmente ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali. I contratti collettivi e gli enti bilaterali definiscono la nozione di formazione aziendale e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo». L'operatività della nuova disposizione dipenderà, ovviamente, dall'intervento (del tutto eventuale) della contrattazione collettiva – non solo nazionale, ma anche territoriale e persino aziendale – e, in ultima battuta, dalle autonome valutazioni di ogni singola azienda che potrà alternativamente optare verso il canale pubblico o quello esclusivamente aziendale (o anche verso un sistema misto) in relazione alla propria capacità formativa.

I più recenti provvedimenti normativi in materia di apprendistato professionalizzante (decreto legge n. 112 del 2008, ma anche la legge n. 247 del 2007), preso atto del fallimento dell'attuale sistema, hanno opportunamente previsto un forte accentramento delle competenze in materia di apprendistato a livello nazionale e una ampia valorizzazione della autonomia collettiva (contrattazione collettiva e enti bilaterali) al fine di incrementare la qualità e l'effettività della offerta formativa in apprendistato (pubblica o privata poco importa).

La nuova disciplina, peraltro, non incide sulla azione di sistema portata avanti da Governo e Regioni in sede di programmazione del Fondo Sociale Europeo.

Ponendo le basi per un canale formativo parallelo a livello aziendale, in regime di piena sussidiarietà e in funzione di obiettivi sostanziali più che di astratti modelli normativi, il nuovo quadro normativo potrà invero consentire alle Regioni, che in un certo senso vengono ora messe in mora in ragione della concorrenza del sistema suppletivo, di concentrare i propri sforzi là dove è veramente necessario e cioè là dove l'azienda che assume apprendisti non abbia capacità formativa. Ma ad essere messe in mora sono ora anche le stesse imprese le quali non avranno più, almeno a regime, l'alibi della assenza di una adeguata offerta pubblica per adempiere all'obbligo formativo (oggi facilmente eluso) coerente con la causa

del contratto e a cui viene subordinato il godimento degli incentivi dell'apprendistato.

Rispetto alle prospettive evolutive del canale della formazione aziendale – che potrebbe rendere immediatamente operative le discipline di interi settori come, per esempio, quello dei metalmeccanici ⁽³⁵⁾, ma anche quello del commercio ⁽³⁶⁾ e dei chimici ⁽³⁷⁾ – l'unico nodo apparentemente problematico resta invece quello relativo alla nozione di «formazione esclusivamente aziendale». Ma qui è lo stesso comma 5-ter del novellato articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003 a precisare che saranno i contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero gli enti bilaterali a definire non solo «i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante» ma anche la stessa «nozione di formazione aziendale» che dunque non compete, come inequivocabilmente chiarito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 50, alle Regioni né a intese triangolari a livello regionale salvo non si riferisca (esclusivamente) alle modalità di impiego dei finanziamenti regionali previsti dal canale pubblico di apprendistato ⁽³⁸⁾.

È peraltro bene precisare, in questa prospettiva, che il concetto di “formazione aziendale” non andrà necessariamente inteso alla stregua di un percorso di apprendimento rigidamente svolto e organizzato dal datore di lavoro nel ristretto perimetro dei locali aziendali, ma semmai come quella formazione governata e progettata dalla azienda anche avvalendosi, nei limiti di quanto specificheranno i singoli contratti collettivi e senza il ricorso a finanziamenti regionali, di strutture, locali e competenze esterne.

Invero, che la valutazione della capacità formativa delle aziende in materia di apprendistato professionalizzante spetti alla contrattazione collettiva e non alle Regioni era già stato chiarito dal Ministero del lavoro con risposta a istanza di interpello avanzata dal Consiglio provinciale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Bergamo ⁽³⁹⁾ ed era, in realtà, facilmente desumibile già dalla lettera e dalla *ratio* dell'articolo 49, comma 5, del decreto legislativo n. 276 del 2003, là dove si dispone espressamente il rinvio ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello na-

⁽³⁵⁾ Cfr. il Ccnl del settore metalmeccanico del 19 gennaio 2006, in *www.csmb.unimore.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*, e segnatamente D. MARRAMA, C. FRIGHETTO, *Il percorso negoziale per giungere al rinnovo del Ccnl dei metalmeccanici*, in *q. Rivista*, 2006, n. 3, 877-883.

⁽³⁶⁾ Cfr. l'ipotesi di rinnovo del Ccnl del commercio del 17 luglio 2008, in *Boll. Adapt*, 22 luglio 2008, n. 26, e segnatamente l'art. 60, Dichiarazione a verbale n. 1, dove le parti firmatarie, dopo aver affidato a una Commissione Paritetica il compito di applicare quanto demandato alla contrattazione collettiva dal comma 5-ter del d.lgs. n. 276/2003, hanno previsto un regime transitorio che conferma, anche per la formazione esclusivamente aziendale, i profili formativi definiti nel Protocollo ISFOL del 10 gennaio 2002.

⁽³⁷⁾ Cfr. il Ccnl dell'industria chimica del 10 maggio 2006, in *www.csmb.unimore.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*, che, con riferimento al contratto di apprendistato, contiene una puntuale (ancorché restrittiva) nozione di “impresa formativa”.

⁽³⁸⁾ Per la definizione di formazione aziendale si vedano le definizioni di formazione aziendale contenute nelle leggi regionali e, una per tutte, quella contenuta nella legge regionale della Puglia che, a ben vedere, non detta una vera e propria definizione ma ne disciplina la struttura e i contenuti. Si veda anche la definizione contenuta nella d.G.R. Veneto del 26 gennaio 2005, n. 197, che ha dettato i primi indirizzi applicativi sull'apprendistato professionalizzante sulla scorta di una intesa trilaterale.

⁽³⁹⁾ Ministero del lavoro, risposta ad interpello avanzato dai Consulenti del Lavoro di Bergamo del 24 marzo 2006, in *www.csmb.unimore.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

zionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, «anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni».

Nondimeno, specie a seguito della articolata disciplina della materia contenuta nel rinnovo del contratto collettivo dei metalmeccanici, erano insorte alcune incertezze interpretative in considerazione del fatto che alcune Regioni, nel richiamare le proprie competenze in materia di formazione, avevano manifestato l'intenzione di occuparsi in via esclusiva anche dei requisiti in base ai quali una azienda può considerarsi formativa ai fini della piena operatività dell'apprendistato professionalizzante. Impostazione questa quanto mai inopportuna in quanto la valutazione della capacità formativa delle aziende non può prescindere dal rinvio alla contrattazione collettiva, proprio perché la valutazione in ordine alla opportunità di procedere a una formazione interna piuttosto che esterna, o viceversa, deve necessariamente tenere conto delle indicazioni degli attori collettivi – ora di livello anche aziendale o regionale e non solo nazionale – che sono i soli in possesso di quel patrimonio conoscitivo delle realtà aziendali del settore di riferimento in grado di portare a soluzioni coerenti con gli obiettivi della riforma di una maggiore effettività (tanto quantitativa che qualitativa) della formazione in apprendistato.

Infine, è poi sempre il nuovo comma 5-ter del novellato decreto legislativo n. 276 del 2003 a chiarire che alla contrattazione collettiva di qualunque livello ovvero agli enti bilaterali spetti il compito di individuare, per ciascun profilo formativo e in piena autonomia rispetto a ogni indebita ingerenza delle Regioni ⁽⁴⁰⁾, la durata, ora non più soggetta al vincolo minimo dei due anni ⁽⁴¹⁾, le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo. Rispetto ai principi e criteri direttivi di cui al comma 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003 la contrattazione collettiva e gli enti bilaterali risultano pertanto vincolati al solo obbligo di registrazione della formazione nel libretto formativo.

3. Come è stato anticipato, tuttavia, anche la nuova disciplina non ha mancato di ingenerare l'ennesimo contenzioso sul piano della ripartizione costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni. Dopo i numerosi ricorsi che hanno fatto seguito alla tormentata approvazione della legge Biagi e delle relative leggi regionali di attuazione, ben nove Regioni si sono rivolte, ad oggi, alla Corte Costituzionale ⁽⁴²⁾ per far dichiarare l'incostituzionalità delle misure introdotte dalla cosiddetta “manovra estiva” ⁽⁴³⁾ finalizzate a garantire una maggiore effettività della offerta

⁽⁴⁰⁾ Anche in punto di comunicazioni obbligatorie su cui vedi il contributo di S. SPATTINI, G. STRANO, *Il nuovo quadro delle comunicazioni obbligatorie*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009, Cap. IV, Sez. (C).

⁽⁴¹⁾ Art. 23, comma 1, del d.l. n. 112/2008.

⁽⁴²⁾ I testi dei ricorsi sono reperibili sul Bollettino speciale ADAPT n. 8/2008, *La sfida dell'apprendistato professionalizzante – I ricorsi delle Regioni contro la legge 133/2008: una guerra di confini a danno dei giovani e della produttività del lavoro*, in www.csmb.unimore.it.

⁽⁴³⁾ Per un commento d'insieme della “manovra estiva”, e segnatamente alle novità in materia di appren-

formativa in apprendistato a fronte dei generosi sgravi contributivi. In estrema sintesi ad essere contestata è la “capacità formativa” che la recente riforma assegna anche alle imprese e non solo alle strutture accreditate presso le Regioni. Oggetto della controversia, in particolare, è se sia lecito ammettere, almeno nei casi di formazione esclusivamente aziendale e senza alcun ricorso a risorse pubbliche, un sistema sussidiario di apprendistato gestito dai contratti collettivi parallelo, ma non alternativo, a quello oggi (malamente) governato dalle Regioni. In vero le prime serrate critiche al canale suppletivo disegnato dal decreto legge n. 112 erano già state formulate nel corso dell’iter di approvazione della nuova disciplina in sede di confronto con le Regioni e le Province autonome sino al punto che il contenzioso sulla nuova disciplina era stato, in quella sede, già prefigurato⁽⁴⁴⁾.

Con riferimento al nuovo canale di formazione in apprendistato, la debolezza delle argomentazioni prospettate dalle Regioni pare, infatti, del tutto, evidente e, pari solo alla inadeguatezza quantitativa e qualitativa dei percorsi formativi in apprendistato sin qui offerti a lavoratori e imprese (vedi *infra* nel testo). Le solide premesse giuridiche della disciplina di cui all’articolo 23 del decreto legge n. 112 del 2008 sono infatti tutte rinvenibili nella più volte richiamata sentenza n. 50. La Corte Costituzionale, che difficilmente potrà sconfessare se stessa, è stata infatti inequivocabile nel rilevare come le Regioni abbiano competenza (concorrente) con lo Stato unicamente per la formazione pubblica, là dove la formazione aziendale (anche nel caso di apprendistato) rientra nella competenza esclusiva dello Stato che, dunque, ben può stabilirne la relativa regolamentazione alla stregua di ogni altra disciplina in materia di rapporto di lavoro ancorché a causa c.d. mista o a contenuto formativo, come nel caso di specie. Trattandosi di formazione esclusivamente “aziendale”, nel senso che preciseremo in seguito, non viene pertanto attribuita alle parti sociali e agli enti bilaterali alcuna competenza propria delle Regioni.

La sentenza n. 50 del 2005 è chiarissima sul punto, là dove afferma: «la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda l’istruzione e la formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi. La disciplina della istruzione e della formazione professionale che i privati datori di lavoro somministrano in ambito aziendale ai loro dipendenti [...], da ritenere essenziale con riguardo alla causa mista propria dei contratti a contenuto formativo, di per sé non è compresa nell’ambito della suindicata competenza né in altre competen-

distato, rinvio a M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. il verbale della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome – Emendamenti alla manovra finanziaria, varata dal Consiglio dei Ministri del 18 luglio 2008, luglio 2008. Si veda altresì la nota tecnica della Commissione Istruzione, Lavoro, Innovazione e Ricerca della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, *Articolo 23 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112*, nota del 10 luglio 2008, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

ze regionali. La formazione aziendale rientra invece nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile [...]».

Non è peraltro sostenibile affermare, come pure fanno le Regioni, che, con la nuova disciplina, solo le Regioni sarebbero sottoposte a precisi vincoli, mentre le parti sociali no. Per quanto attiene ai vincoli imposti dalla “legge Biagi” alle Regioni questi sono stati confermati dalla Corte Costituzionale come legittimi, trattandosi di materia di competenza concorrente. Per quanto riguarda invece le parti sociali è il legislatore nazionale che decide, senza alcun vincolo di riparto di competenze, il rispetto di specifici vincoli di durata (massimo sei anni), di trattamento retributivo (sotto-inquadramento e divieto del cottimo) e contributivo, di forma (scritta), di formazione (pena la perdita degli incentivi economici), ecc. Come si vede, vincoli precisi esistono anche per l'apprendistato realizzato in ambito esclusivamente aziendale vuoi perché imposti dalla legge vuoi anche perché definiti e specificati, ai vari livelli, dalla contrattazione collettiva.

Ovviamente, trattandosi di percorsi di formazione esclusivamente aziendale, il costo della formazione non dovrà (obbligatoriamente) ricadere sulle Regioni, anche se, per la verità, non mancano già oggi sistemi regionali che finanziano senza problemi percorsi formativi aziendali. Fermi restando i cospicui incentivi normativi ed economici che sostengono le assunzioni in apprendistato e che dovrebbero renderlo di per sé attraente agli operatori e alle aziende, i costi della formazione ben potranno essere coperti, là dove le parti intendano procedere in questa direzione, mediante le risorse dei fondi bilaterali, risorse interne delle singole aziende interessate o anche altri strumenti del sistema privato (per esempio mediante i fondi interprofessionali per la formazione continua). Per contro, là dove una impresa intenda beneficiare dei finanziamenti regionali espressamente dedicati all'apprendistato non potrà che utilizzarli nei limiti e con i vincoli stabiliti dalla relativa normativa regionale, ancorché si prefigga di effettuare (in tutto o in parte) una formazione aziendale.

Quanto affermato dalla Corte Costituzionale, con la già ricordata sentenza n. 50 del 2005 richiamata ora nel ricorso della Regione Piemonte, in quello della Regione Basilicata e in quello della Regione Marche, secondo cui nella regolamentazione dell'apprendistato la formazione interna e la formazione esterna «non appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro» vale ovviamente solo per il canale formativo pubblico delineato nell'articolo 49, comma 5, là dove l'operatività del canale sussidiario aperto dal comma 5 *ter* vale espressamente e tassativamente per la formazione «esclusivamente aziendale» e dunque soltanto quando i due profili formativi (interno ed esterno) sono nettamente separati.

I ricorsi avanzati dalle regioni mostrano peraltro, in più punti, una generalizzazione della nozione di apprendistato che invece, come già rilevato *supra*, il legislatore nazionale ha inteso declinare in tre distinte tipologie a seconda delle funzioni e degli obiettivi che possono essere affidati a questo delicato strumento di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. Ciò è evidente, in particolare, là dove le regioni contestano la non spendibilità della qualifica acquisita con il contratto di apprendistato sull'intero territorio nazionale, appartenendo (dicono le regioni) la qualifica alle competenze in materia di istruzione. Ma così argomen-

tando le Regioni ricorrenti confondono l'apprendistato di primo livello, per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, di cui all'articolo 48, che in effetti dà diritto a una "qualifica" spendibile come titolo di studio, con l'apprendistato professionalizzante di cui all'articolo 49 che è finalizzato, molto più semplicemente, alla acquisizione di una qualifica contrattuale.

L'articolo 49 parla infatti di "qualificazione" da conseguire attraverso "una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali", e non di qualifica in senso stretto, facendo con ciò espresso riferimento alle qualifiche e declaratorie dei contratti collettivi di lavoro. E' ben vero che la qualifica professionale acquisita attraverso il contratto di apprendistato costituisce credito formativo spendibile anche nel sistema della istruzione e formazione professionale. Ma a questo risultato si perviene non certo snaturando l'apprendistato professionalizzante, che è cosa diversa dall'apprendistato per il diritto-dovere di istruzione e formazione professionale, bensì attraverso il meccanismo, non ancora attuato, di riconoscimento dei relativi crediti formativi ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 276/2003. Disposizione questa che, nel rispetto delle relative competenze, prevede non a caso il concerto tra Ministero del Welfare e Ministro della istruzione previa intesa con le Regioni

Quanto infine ai rilievi sui possibili contrasti con l'ordinamento comunitario si deve semmai rilevare come l'insufficienza della offerta formativa pubblica, che non supera oggi il 17,5 per cento dei contratti di apprendistato, potrebbe portare, come già avvenuto con i contratti di formazione e lavoro, a preoccupanti tensioni con il diritto comunitario della concorrenza visto che nella stragrande maggioranza dei casi non è prevista una componente formativa del contratto di apprendistato pure a fronte dello sgravio contributivo. La costruzione di un canale parallelo, per i casi di formazione esclusivamente aziendale, potrebbe per contro consentire di superare questa grave criticità che rischia di demolire un istituto strategico per la produttività del lavoro e l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro secondo percorsi di qualità.

Quanto invece al profilo del riconoscimento delle competenze a livello europeo si deve rilevare come le istituzioni comunitarie si siano giustamente collocate, da qualche anno a questa parte, verso un sistema di competenze sostanziali e non formali dove la certificazione sia cioè ancorata al saper fare e non solo e non tanto alla procedura burocratica e pubblicistica di riconoscimento della qualifica⁽⁴⁵⁾. Fermo restando un dato decisivo e cioè che, nel contratto professionalizzante, e a differenza delle altre due tipologie contrattuali, stiamo pur sempre parlando di qualifiche a fini contrattuali e non di percorsi di istruzione e formazione professionale.

Invero, ancorare il contratto di apprendistato professionalizzante ai profili professionali dei contratti collettivi nazionali di lavoro (e non a quelli stabiliti dagli enti

⁽⁴⁵⁾ Si veda, in particolare, CEDEFOP, *The shift to learning outcomes - Conceptual, political and practical developments in Europe*, Luxembourg, 2008 e anche CEDEFOP, *Validation of non-formal and informal learning in Europe*, Luxembourg, 2008.

bilaterali caso per caso come afferma la Regione Emilia Romagna)⁽⁴⁶⁾ rende alquanto più stringente ed omogenea sul territorio nazionale l'offerta formativa privata che risulta così ancorata, diversamente da quanto sostiene il ricorso della Regione Piemonte e quello della Regione Marche, non solo a standard minimi su base nazionale, ma soprattutto a standard coerenti con i fabbisogni professionali delle imprese e le reali prospettive di occupabilità dei giovani. Particolarmente utile, *a contrario*, sono al riguardo le argomentazioni sollevate dalla Regione Emilia Romagna, là dove rileva, richiamando l'elaborazione della Corte Costituzionale, la possibilità di rinvio ai contratti collettivi con funzioni normative solo quando vi sia un interesse generale e cioè quando vi siano «materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di interessi generali connessi al mercato del lavoro» (sentenza Corte Cost. n. 344/1996)⁽⁴⁷⁾, ma questo è proprio quanto avviene con riferimento ai profili professionali dei contratti di apprendistato, là dove pare davvero paradossale che diverse regioni pongano percorsi e requisiti assai differenziati per l'acquisizione di una qualifica contrattuale (che attiene al contratto di lavoro e non alla formazione professionale) definita nei contratti collettivi di lavoro come avviene nel caso del contratto di apprendistato professionalizzante.

Parte II.

1. La durata del contratto di apprendistato professionalizzante è stabilita dai contratti collettivi⁽⁴⁸⁾ in ragione del tipo di qualificazione da conseguire. Così dispone l'articolo 49, comma 3, del decreto legislativo n. 276 del 2003 che prevedeva tuttavia, nella sua versione originaria e al fine di delimitare il raggio di azione delle parti sociali, un limite minimo di durata di due anni e un limite massimo di sei.

Il comma 1 dell'articolo 23 del decreto legge n. 112 del 2008, nel novellare il comma 3 dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276 del 2003, stabilisce ora unicamente un limite di durata massima, che resta confermato di sei anni. Fermo restando il rinvio alla contrattazione collettiva, per la determinazione della durata

⁽⁴⁶⁾ In questo senso vedi anche la circolare del Ministero del lavoro, della Salute e delle Politiche sociali n. 27 del 10 novembre 2008, ove si precisa che «l'apprendistato professionalizzante disciplinato dall'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003 resta finalizzato alla acquisizione di una qualificazione e cioè di una qualifica professionale "ai fini contrattuali" e che la durata del monte ore di formazione deve essere coerente con l'obiettivo della acquisizione di specifiche "competenze di base e tecnico-professionali". La durata e le modalità della formazione aziendale, disciplinate dai contratti collettivi anche a livello territoriale o aziendale, dovranno pertanto essere coerenti con le declaratorie e le qualifiche contrattuali contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro a cui l'apprendistato professionalizzante è finalizzato. Altra cosa, infatti, è la formazione erogata nell'ambito del sistema nazionale di istruzione e formazione, che si conclude con il conseguimento di un titolo di studio o di una qualifica professionale ai sensi della legge n. 53/2003 in materia di diritto-dovere di istruzione e formazione a cui è deputato l'apprendistato di cui all'articolo 48 decreto legislativo n. 276/2003».

⁽⁴⁷⁾ In www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽⁴⁸⁾ L'art. 49 parla, più precisamente, di «contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatore di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o regionale».

(minima e, nel limite dei sei anni, massima) del contratto, viene dunque eliminato il vincolo “legale” di due anni di durata minima.

Come chiarito dalla circolare ministeriale n. 30 del 2005 ⁽⁴⁹⁾, l'introduzione di un vincolo legale di durata minima si spiegava, nell'impianto complessivo della Riforma Biagi, in funzione della complessiva rivisitazione dei contratti di formazione e, segnatamente, dei lavori stagionali a contenuto formativo. L'obiettivo di rilanciare la valenza formativa e professionalizzante del contratto di apprendistato, che impone la garanzia del raggiungimento di un numero minimo di ore di formazione formale, si accompagnava, infatti, al riconoscimento, all'articolo 60 del decreto legislativo n. 276 del 2003, della piena legittimità di rapporti di breve durata svolti, nella forma dei tirocini estivi di orientamento, durante la stagione estiva.

Al legislatore della Riforma Biagi era noto, grazie alle puntuali denunce contenute nei periodici rapporti di monitoraggio dell'ISFOL ⁽⁵⁰⁾, come la stragrande maggioranza dei contratti di apprendistato avesse, in realtà, una durata assai breve, pregiudicando con ciò la valenza formativa e professionalizzante dell'istituto in questione. L'apertura, pur entro precisi limiti ⁽⁵¹⁾, ai lavoretti estivi di giovani e adolescenti avrebbe dunque dovuto consentire, nelle intenzioni del legislatore, il tanto auspicato giro di vite sull'utilizzo strumentale dei contratti di apprendistato a fini di mera riduzione del costo del lavoro.

È altrettanto noto, tuttavia, come l'articolo 60 del decreto legislativo n. 276 del 2003 sia stato dichiarato costituzionalmente illegittimo ⁽⁵²⁾, sul presupposto che «la disciplina dei tirocini estivi di orientamento, dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni». Vero è peraltro che l'inerzia delle Regioni, nell'offrire percorsi alternativi e plausibili al lavoro nero e irregolare durante la stagione estiva attraverso la regolamentazione del tirocinio estivo ⁽⁵³⁾, in uno con la faticosa messa a regime delle diverse tipologie di apprendistato previste dalla Legge Biagi, ha determinato una eccessiva rigidità del quadro legale per l'assunzione di giovani e adolescenti. Si spiega così, per un verso, il recupero della idea dei “lavoretti estivi”, attraverso l'inclusione dei giovani studenti nel campo di applicazione soggettivo del c.d. lavoro occasionale di tipo accessorio ⁽⁵⁴⁾, e, per l'altro verso, il superamento di tetti legali minimi alla durata del contratto di apprendistato.

⁽⁴⁹⁾ Si veda, in particolare, il paragrafo finale della circ. Min. lav. n. 30/2005.

⁽⁵⁰⁾ I più recenti rapporti di monitoraggio dell'Isfol sono reperibili in *Boll. Adapt*, 2007, n. 27.

⁽⁵¹⁾ Limiti che, come già rilevato, erano poi quelli dell'art. 60 del d.lgs. n. 276/2003, tra cui il riconoscimento di una eventuale “borsa lavoro”, per un importo massimo mensile di 600 euro, a conferma del carattere sostanzialmente lavorativo, e comunque non necessariamente formativo, del tirocinio estivo.

⁽⁵²⁾ C. Cost. n. 50/2005.

⁽⁵³⁾ Allo stato, risultano aver regolamentato la fattispecie del tirocinio estivo di orientamento unicamente le Regioni Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Province di Trento e Bolzano, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Toscana. Nella stragrande maggioranza dei casi si tratta tuttavia di norme programmatiche o che, comunque, non risultano praticamente operative.

⁽⁵⁴⁾ N. PERSICO, M. TIRABOSCHI, *La nuova disciplina del lavoro occasionale di tipo accessorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, cit., Cap. II, Sez. (C).

Con specifico riferimento al contratto di apprendistato ciò non significa, tuttavia, assenza di regole. Spetterà infatti ai contratti collettivi di lavoro, di livello nazionale o regionale, il compito di indicare la durata minima (oltre che massima, nei limiti indicati dei sei anni) del contratto e ciò in coerenza con il tipo di qualificazione da conseguire.

2. L'eliminazione del vincolo legale di durata minima del contratto ripropone con forza il problema della ammissibilità dell'apprendistato c.d. stagionale o a cicli stagionali.

In materia era, infatti, recentemente intervenuto il Ministero del lavoro ⁽⁵⁵⁾ che, proprio sul presupposto del requisito di durata minima del contratto di apprendistato professionalizzante introdotto dalla Legge Biagi, aveva correttamente ribadito «l'impossibilità di utilizzare il contratto *de quo* per le assunzioni nell'ambito delle attività a carattere stagionale». «Per tali» – proseguiva il Ministero – «si intendono le attività che, come dimostra l'elencazione contenuta nell'allegato al D.P.R. n. 1525/1963, per il tipo delle lavorazioni che ne costituiscono oggetto, si esauriscono nel corso di una stagione. La naturale breve durata delle attività a carattere stagionale, pertanto, si presenta incompatibile con il contenuto formativo dell'apprendistato diretto a far conseguire al lavoratore una determinata professionalità e che giustifica la durata minima di due anni del rapporto di lavoro».

Vero è peraltro che – in assenza dell'inequivocabile disposto di cui all'originario comma 3 dell'articolo 49 – lo stesso Ministero del lavoro ⁽⁵⁶⁾ aveva riconosciuto, sulla base dell'articolo 8 della legge n. 25 del 2005 e dell'articolo 21, comma 4, della legge n. 56 del 1987 ⁽⁵⁷⁾, la possibilità di accedere a contratti di apprendistato da parte delle imprese che svolgono attività stagionali, facendone conseguire il riproporzionamento dei contenuti formativi in relazione alla durata dei relativi contratti ⁽⁵⁸⁾.

L'articolo 23, comma 1, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008, apre, in effetti, la possibilità per il ricorso all'apprendistato professionalizzante anche da parte delle aziende stagionali ed è stata anzi questa, a ben vedere, la ragione della novella.

Non si può certo dire che il legislatore abbia fatto marcia indietro rispetto alla azione di contrasto verso l'utilizzo strumentale e abusivo dei contratti a contenuto formativo e dell'apprendistato in particolare. Resta infatti pienamente confermata

⁽⁵⁵⁾ Con risposta a interpellato del 2 maggio 2006, prot. n. 25/1/0003769, in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽⁵⁶⁾ Con note del 10 gennaio 2002 e 20 marzo 2002, in www.csm.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato (Documentazione nazionale)*.

⁽⁵⁷⁾ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 25/1955, «i periodi di servizio prestato in qualità di apprendista presso più datori di lavoro si cumulano ai fini del computo della durata massima del periodo di apprendistato, purché non separati da interruzioni superiori ad un anno e purché si riferiscano alle stesse attività». L'art. 21, comma 4, della l. n. 56/1987 dispone invece che «per le imprese che svolgono la propria attività in cicli stagionali i contratti collettivi di lavoro di categoria possono prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato».

⁽⁵⁸⁾ Si veda, sul punto, la stessa risposta a interpellato del 2 maggio 2006, Prot. n. 25/1/0003769, cit., che giungeva ad ammettere, sul presupposto della inoperatività dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione (c.d. apprendistato di primo livello *ex art. 47, d.lgs. n. 276/2003*), la legittimità dell'apprendistato ciclico stagionale per i giovani con meno di 18 anni.

la finalità formativa e professionalizzante di detta tipologia contrattuale a cui sono collegati, come inequivocabilmente dispone l'articolo 53 del decreto legislativo n. 276 del 2003, gli sgravi contributivi che rendono particolarmente incentivante l'istituto. Piuttosto, preso atto della difficile implementazione del nuovo apprendistato⁽⁵⁹⁾ e della assenza di validi strumenti alternativi e realisticamente percorribili per l'impiego dei giovani in attività stagionali, il legislatore ha ritenuto opportuno rinviare alle parti sociali il compito di indicare, settore per settore, i limiti di durata dell'apprendistato e, con ciò, anche la possibilità di definire percorsi ciclici di apprendistato stagionale.

3. Quale che fosse la soluzione astrattamente preferibile su un piano puramente formale e di principio, una chiara sollecitazione nel senso ora accolto dal legislatore era del resto contenuta nel recente protocollo di rinnovo del contratto collettivo del turismo⁽⁶⁰⁾.

A fronte della richiesta congiunta di tutte le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di ammettere il contratto di apprendistato per cicli stagionali, sarebbe invero stato poco lungimirante per il legislatore, che non conosce le reali dinamiche del settore, limitarsi a rispondere con un secco divieto. Più convincente, per contro, pare la soluzione prescelta che, lungi dal liberalizzare l'apprendistato stagionale, responsabilizza fino in fondo le parti sociali nella costruzione condivisa di percorsi realistici e credibili di formazione in apprendistato su cicli stagionali.

In questa prospettiva, e in attesa di una più puntuale verifica sul campo, il contratto collettivo del turismo sembra aver bene anticipato la logica sottesa alla novella di cui all'articolo 23, comma 1, del decreto legge n. 112 del 2008.

L'apertura nei confronti dell'apprendistato stagionale è infatti bilanciata dal riconoscimento del diritto di precedenza nella assunzione, presso la stessa azienda, nella stagione successiva. Si garantisce in questo modo all'apprendista la medesima stabilità occupazionale riconosciuta alla generalità dei lavoratori stagionali. Non solo. È anche previsto un contenimento della durata del rapporto entro un periodo complessivo di quarantotto mesi consecutivi. In tal modo si evita che il frazionamento del rapporto in più stagioni comporti una eccessiva dilatazione del periodo di apprendistato. Il rapporto di lavoro dovrà infatti essere contenuto entro un arco di quattro anni, quale che sia la durata della prestazione lavorativa svolta nel medesimo arco di tempo.

⁽⁵⁹⁾ *Infra*, Parte I.

⁽⁶⁰⁾ Ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl del turismo del 26 luglio 2007 (in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca data)*), ove si legge espressamente che: «[...] considerato che il lavoro stagionale costituisce una delle principali porte di ingresso dei giovani nel lavoro turistico, considerata la necessità di favorire l'alternanza tra formazione e lavoro, con particolare riferimento alle attività svolte durante il periodo di interruzione dei corsi svolti presso gli istituti tecnici per il turismo, tenuto conto del ruolo svolto dal sistema degli enti bilaterali per il turismo e dal fondo per la formazione continua nel terziario, che accompagnano processi di formazione dei lavoratori stagionali durante il periodo di bassa stagione, richiedono congiuntamente al Ministro del lavoro di confermare che, ai sensi delle disposizioni vigenti è possibile svolgere l'apprendistato in cicli stagionali, così come disciplinato dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria sul piano nazionale introdotte dal decreto legislativo n. 276 del 2003».

Al sistema degli enti bilaterali è affidata la possibilità di verificare l'effettività dell'addestramento e la conformità dello stesso al quadro normativo. Inoltre l'apprendista stagionale che presti complessivamente la propria opera per ventiquattro mesi (ad esempio, quattro stagioni da sei mesi), dovrà effettuare almeno duecentoquaranta ore di formazione, al pari dell'apprendista che risulti occupato per ventiquattro mesi continuativi.

Attivando questo insieme di strumenti, volti a rendere compatibili le caratteristiche stagionali della attività con il contenuto formativo e professionalizzante del contratto di apprendistato, il contratto collettivo del turismo dispone ora di una regolamentazione dell'apprendistato a cicli stagionali pienamente operativa. Il contratto collettivo del turismo, pur rinviando al livello territoriale per la compiuta disciplina dell'apprendistato a cicli stagionali, dispone in modo inequivocabile che «è comunque consentito articolare lo svolgimento dell'apprendistato in più stagioni, nell'ambito di una distribuzione dei diversi periodi di lavoro comunque ricompresa in un periodo di quarantotto mesi di calendario».

Il nuovo testo dell'articolo 49, comma 3, del decreto legislativo n. 276 del 2003 è, per contro, norma non immediatamente esigibile unicamente in quei settori (e sicuramente saranno la stragrande maggioranza) che non dispongano già di una disciplina *ad hoc* dell'apprendistato stagionale.

Parte III.

1. L'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003 si può annoverare, senza ombra di dubbio, tra le norme di minor successo della riforma Biagi. Sistemáticamente trascurato dalla contrattazione collettiva⁽⁶¹⁾, l'apprendistato di alta formazione⁽⁶²⁾ è stato sino ad oggi oggetto di limitate sperimentazioni a livello regionale – avviate solo grazie a un cospicuo sostegno del Ministero del lavoro, a valere sui finanziamenti del Fondo Sociale Europeo, nell'ambito della azione di sistema PON ob3⁽⁶³⁾ – senza mai entrare pienamente a regime.

Numerose sono, invero, le disposizioni della Legge Biagi rimaste prive di pratica attuazione⁽⁶⁴⁾. A differenza di altri istituti, l'insuccesso dell'alta formazione in apprendistato non si può tuttavia ricondurre a una particolare complessità del da-

⁽⁶¹⁾ Si veda, a titolo esemplificativo, il contratto collettivo del settore bancario che pure, in astratto, e per le peculiari caratteristiche del settore, bene avrebbe potuto consentire di valorizzare le enormi potenzialità dell'istituto. Eppure, per la scarsa lungimiranza delle parti sociali, che per la prima volta si sono trovate a regolamentare l'istituto dell'apprendistato nel settore, il Ccnl 7 dicembre 2007 si limita a disciplinare l'apprendistato professionalizzante, prevedendo espressamente che non verrà fatto ricorso all'apprendistato di alto livello. Per una rassegna ragionata delle norme contenute nei contratti collettivi vedi M.T. CORTESE, P. DE VITA (a cura di), *La recente riforma del contratto di apprendistato*, Dossier Adapt, 2008, n. 9, in www.csmb.unimore.it.

⁽⁶²⁾ Per alcuni presupposti teorici e culturali che stanno alla base di questa nuova forma di apprendistato, si veda G. BERTAGNA, *Pensiero manuale. La scommessa di un sistema educativo e di istruzione e di formazione di pari dignità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006, nonché, I. SENATORI, M. TIRABOSCHI, *La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3.

⁽⁶³⁾ Si veda, al riguardo, il rapporto di monitoraggio dell'ISFOL per il biennio 2004-2005, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 27.

⁽⁶⁴⁾ Vedi *supra*, Parte I.

to di riferimento normativo e, tanto meno, a una pregiudiziale politica di matrice sindacale. Sotto il primo profilo, l'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003, come peraltro inequivocabilmente chiarito in sede di circolare ministeriale⁽⁶⁵⁾, demandava infatti l'intera regolamentazione dell'istituto ad intese *ad hoc*, e dunque particolarmente flessibili, tra la singola Regione⁽⁶⁶⁾, le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali del territorio, nonché le istituzioni formative coinvolte per il rilascio del titolo di studio (Università o altre istituzioni formative). Quanto poi al secondo aspetto, che richiama il turbolento clima di relazioni industriali che ha caratterizzato l'approvazione della riforma Biagi nel suo complesso, si può rilevare come i contratti a contenuto formativo, e l'apprendistato in particolare, non fossero indicati tra le principali criticità sollevate da una parte del mondo sindacale.

Una attenta valutazione delle esigue sperimentazioni⁽⁶⁷⁾ sin qui avviate, e della disciplina regionale di riferimento⁽⁶⁸⁾, induce piuttosto a ritenere che ciò che forse ha maggiormente inciso sul mancato decollo di questa peculiare tipologia di apprendistato è stata la sostanziale impreparazione culturale delle istituzioni regionali, degli attori sociali e delle stesse "agenzie formative" a progettare e rendere operativa una forma particolarmente innovativa di formazione in alternanza che si proponeva di superare quella rigida separazione, ancora oggi dominante, tra i percorsi di istruzione e formazione professionale e il mercato del lavoro. Non a caso, le poche sperimentazioni avviate si sono per lo più limitate alla progettazione di semplici master universitari senza avventurarsi, salvo alcune limitate ma importanti eccezioni⁽⁶⁹⁾, nella costruzione dei ben più impegnativi percorsi in apprendistato dei corsi di laurea, dei dottorati di ricerca, dei diplomi di scuola secondaria superiore o di altro titolo di specializzazione tecnica superiore.

Lungi dall'essere un "semplice" contratto di lavoro, ancorché a contenuto formativo, l'apprendistato di alto livello si pone infatti, almeno nelle intenzioni del legislatore, come un innovativo strumento di raccordo e integrazione tra i sistemi educativi e formativi e il mercato del lavoro⁽⁷⁰⁾. Mutuando una positiva e oramai

⁽⁶⁵⁾ Si veda la circ. Min. lav. n. 2/2006, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*, e già la circ. Min. lav. n. 40/2004, cit.

⁽⁶⁶⁾ O le Province autonome di Trento e Bolzano.

⁽⁶⁷⁾ Quanto alle sperimentazioni avviate a livello regionale si veda, oltre al rapporto ISFOL, in *Boll. Adapt*, 2007, n. 27, P. DE VITA, P. TIRABOSCHI (a cura di), *La sfida dell'alto apprendistato*, Dossier *Adapt*, 2007, n. 20, e ivi ampia documentazione sulla normativa regionale e la contrattazione collettiva di riferimento.

⁽⁶⁸⁾ M. POZZI, *L'apprendistato di alta formazione*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, 447-455, si occupa prevalentemente della sperimentazione avviata in Regione Emilia Romagna.

⁽⁶⁹⁾ Si segnala, a titolo esemplificativo, l'esperienza del Piemonte, che ha avviato percorsi per l'acquisizione di un diploma di laurea e per l'acquisizione di un diploma di scuola secondaria superiore, nonché di titoli di specializzazione tecnica superiore, con risultati assai positivi (vedi www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*).

⁽⁷⁰⁾ In questa prospettiva, cfr. D. GAROFALO, *Il ruolo dell'apprendistato nel sistema di istruzione e formazione professionale*, e P.A. VARESI, *Il ruolo delle Università nella promozione dei tirocini formativi e di orientamento e dell'apprendistato alto*, entrambi in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, cit., rispettivamente 431-446 e 419-430. nonché L. ZOPPOLI, *Università e riforma del mercato del lavoro*, in *q. Rivista*, 2004, n. 1, spec. 101-106.

più che decennale esperienza francese ⁽⁷¹⁾, in parte già recepita in via sperimentale nella Provincia di Bolzano ⁽⁷²⁾, la riforma Biagi ha infatti introdotto una peculiare tipologia di apprendistato (di c.d. terzo livello) idonea a consentire il conseguimento, attraverso lo svolgimento di una attività formativa realizzata (prevalentemente) in assetto lavorativo, di un titolo di studio universitario o della alta formazione, nonché della specializzazione tecnica superiore.

L'apprendistato di alta formazione non presuppone, in effetti, una necessaria (quanto astratta) scissione tra attività lavorativa e la frequenza dell'apprendista a specifici corsi teorici di livello secondario, universitario, della alta formazione o per la specializzazione tecnica superiore. L'attività svolta in azienda – così come progettata dall'ente formativo e dalla singola azienda sulla base delle regolamentazioni e linee guida stabilite tra Regione e parti sociali – può e, anzi, deve pienamente integrare, per la sua migliore realizzazione, il percorso di formazione stabilito nel piano formativo individuale dell'apprendista ai fini del conseguimento di uno specifico titolo di studio superando così la vecchia, quanto artificiosa distinzione tra formazione “interna” e formazione “esterna” all'impresa.

Il vantaggio per tutti i soggetti coinvolti dai percorsi di alto apprendistato è evidente. L'apprendista anticipa, attraverso questo canale fortemente specialistico, l'età di ingresso nel mondo del lavoro pur rimanendo inserito in un percorso educativo e formativo di alto livello idoneo a garantirne, oltre alla acquisizione di un titolo di studio, la massima occupabilità. L'azienda che assume l'apprendista può incidere concretamente, e in raccordo con gli istituti formativi e/o le sedi universitarie, sulla definizione di un percorso didattico e formativo (anche aziendale) disegnato su misura per le proprie specifiche esigenze organizzative e produttive e strategie di reclutamento di personale altamente qualificato, aprendo così la strada per un investimento qualitativo in capitale umano, da cui deriva una elevata possibilità di stabilizzazione al termine della fase in assetto formativo. Le istituzioni formative e universitarie, per contro, si avvicinano alle concrete esigenze del mondo del lavoro intercettando cospicui finanziamenti privati a condizione, ovviamente, di superare quella storica auto-referenzialità che, da tempo, è indicata come una delle principali caratteristiche negative del nostro sistema educativo e formativo in rapporto alla (difficile) transizione dei giovani verso il mercato del lavoro ⁽⁷³⁾.

Proprio per garantire la massima adattabilità di percorsi formativi altamente qualitativi e, per questo, particolarmente appetibili per i giovani e anche per le aziende, la riforma Biagi rinviava la regolamentazione e la durata dell'apprendistato di alta formazione alle Regioni (per le sole competenze che loro appartengono in

⁽⁷¹⁾ Per un riferimento alla legislazione francese, a cui si ispira l'apprendistato di alto livello italiano, vedi ancora P.A. VARESI, *Il ruolo delle Università nella promozione dei tirocini formativi e di orientamento e dell'apprendistato alto*, cit., qui 425-426, che giustamente segnala l'importante ruolo svolto dalle associazioni datoriali per il decollo dell'istituto.

⁽⁷²⁾ Si veda anche l'art. 23 della l. n. 2/2006 sull'ordinamento dell'apprendistato della Provincia di Bolzano, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽⁷³⁾ Particolarmente emblematico, in questa prospettiva, è quanto sostenuto dalla COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Joint Employment Report 2004/2005*, COM(2005)13 final, in *Boll. Adapt*, 2005, n. 5, là dove accusa senza mezzi termini il sistema universitario italiano di progettare e attuare percorsi formativi pensati non in funzione delle esigenze delle imprese e del territorio, ma della sola capacità formativa dei singoli docenti.

relazione ai profili formativi dell'istituto) in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro, le università e le altre istituzioni formative. Ciò avrebbe dovuto svilupparsi secondo intese quadro di livello territoriale o, meglio ancora, mediante accordi *ad hoc* in funzione delle specificità di ciascun percorso formativo utile per consentire il conseguimento del titolo specifico.

Per chiarire, una volta per tutte, l'ampia portata di questa disposizione il Ministero del lavoro aveva precisato ⁽⁷⁴⁾ che, in considerazione della stretta connessione tra la regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato e degli ulteriori aspetti del contratto (durata e trattamento retributivo), nell'ambito delle predette intese si sarebbe potuto provvedere a fornire una disciplina unitaria e specifica dell'istituto. Non opera infatti, in questo solo caso, e a differenza di quanto vale per l'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato per il diritto-dovere di istruzione e formazione, una disciplina di cornice di livello nazionale dei percorsi formativi (neppure con riferimento ai limiti massimi di durata o al monte ore minimo di formazione). Ragione per cui sono i firmatari delle singole intese locali a governare integralmente l'istituto, dettando una regolamentazione di dettaglio che non può essere limitata ai soli aspetti più propriamente formativi.

I primi cinque anni di sperimentazione dell'alta formazione in apprendistato ci consegnano ora un quadro normativo frammentato e largamente deficitario. Le poche intese di livello regionale tra le parti sociali sono scadute o, comunque, rimangono funzionali alla sola attivazione della azione di sistema PON ob3 che nel frattempo, e con non poche difficoltà dovute ai rigidi canoni di rendicontazione dei finanziamenti comunitari, si è esaurita. Le Regioni che non hanno partecipato alla sperimentazione (tra cui Sardegna, Calabria, Campania, Sicilia, Puglia) non dispongono di una ben che minima regolamentazione di riferimento, al pari di quelle Regioni che non hanno ancora attuato la Legge Biagi (tra cui il Veneto), mentre altre Regioni si sono limitate, allo stato, a una generica normativa di cornice, se non meramente programmatica (come nel caso della Lombardia), rinviando gli aspetti operativi a norme regolamentari che non sono mai state approvate.

La conseguenza è evidente. Una norma pur di facile attuazione, come l'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003, è oggi paralizzata dalla inerzia delle Regioni e dalla pressoché totale assenza di riferimenti normativi che accompagnino quelle imprese, Università ed enti di formazione interessati ad avviare percorsi realmente innovativi – e in linea con le migliori esperienze internazionali – di cooperazione sul versante dell'alta formazione e della ricerca.

2. Le considerazioni svolte nel paragrafo che precede consentono ora di meglio comprendere il significato della novella contenuta nell'articolo 23, commi 3 e 4, del decreto legge n. 112 del 2008 convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008, n. 133.

2.1. L'estensione ai dottorati di ricerca, disposta al comma 3 dell'articolo 23, ha in realtà una portata meramente interpretativa, volta a chiarire in modo inequivo-

⁽⁷⁴⁾ Cfr. la circ. Min. lav. n. 2/2006.

cabile, a fronte dei dubbi espressi in modo informale da taluni funzionari regionali e dei centri per l'impiego⁽⁷⁵⁾, la piena operatività della norma in tutti i percorsi dell'alta formazione universitaria.

È questo, in realtà, l'ennesimo tentativo di incentivare, già su un piano puramente normativo⁽⁷⁶⁾, un migliore e più efficiente raccordo tra impresa e ricerca universitaria in modo da allineare il nostro agli altri Paesi anche sul versante del sostegno privato alla ricerca e ai dottorati di ricerca in particolare. Vero è, infatti, che nella loro ventennale esperienza, i dottorati di ricerca italiani si sono caratterizzati, in negativo, come mere scuole autoreferenziali di formazione e cooptazione di futuri professori⁽⁷⁷⁾, più che come centri di ricerca e avanzamento delle conoscenze del sistema produttivo del Paese. Non sorprende, proprio per questo motivo, la circostanza che i dottorati di ricerca italiani siano stati, salvo alcune limitate eccezioni, sostanzialmente incapaci di attrarre e convogliare non solo significativi finanziamenti privati, ma anche robuste collaborazioni con il tessuto produttivo locale e nazionale.

Ai "puristi", e cioè ai sostenitori dei dottorati di ricerca tradizionali e di tipo puramente "accademico", che osteggiano ora la novella del comma 3 dell'articolo 23, si ricorda peraltro che, a livello internazionale, solo pochi Paesi mantengono oggi la qualificazione della attività del dottorando di ricerca in termini di semplice studio. Tra i trentasette membri del c.d. "processo di Bologna"⁽⁷⁸⁾ solo dieci Paesi (tra cui, oltre all'Italia, la Russia, il Regno Unito, l'Irlanda e la Repubblica Ceca) mantengono ancora la qualifica di "studente", là dove in ben ventidue Stati (tra cui Austria, Belgio, Germania, Spagna, Svezia, Svizzera) lo *status* di dottorando indica un mix tra studio e lavoro. In tre Stati (Danimarca, Olanda e Bosnia-Herzegovina) il dottorando assume invece la qualifica di lavoratore dipendente, al pari di quanto avverrà oggi nel caso di assunzione con contratto di apprendistato *ex* articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

2.2. Di portata più generale è, per contro, il disposto di cui al comma 4 dell'articolo 23 volto a rendere immediatamente operativo l'istituto anche in assenza di specifiche normative regionali. Pur confermando che «la regolamenta-

⁽⁷⁵⁾ Nel caso dei funzionari dei Centri per l'impiego il dubbio si è tradotto, in taluni casi, in una sorta di diritto di veto, posto che attraverso i centri per l'impiego passa oggi il fondamentale sistema della comunicazione obbligatoria della avvenuta assunzione del lavoratore.

⁽⁷⁶⁾ Si veda, in particolare, l'art. 14 della l. n. 196/1997 (c.d. pacchetto Treu, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voci *Collocamento* e *Lavoro interinale*), che stabiliva particolari incentivi normativi, e non solo economici, per l'assunzione di ricercatori da parte del sistema delle imprese private. Sul piano degli incentivi economici si ricorda, invece, quanto previsto dall'art. 14 del d.m. Università n. 593/2000, che dispone a favore delle imprese che assumano oneri relativi a borse di studio per la frequenza a corsi di dottorato di ricerca l'attribuzione di un credito d'imposta di importo pari al 60% dell'ammontare della borsa (in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*).

⁽⁷⁷⁾ Cfr. EUA, *Doctoral Programmes in Europe's University: Achievements and Challenges*, 2007, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*, qui 15.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. C. BORDESE, E. PREDAZZI, *Dottorato: cuore e motore della ricerca*, International School of Advanced Study dell'Università di Torino, 2004, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Università, scuola, mercato del lavoro*. In particolare, in relazione al settore della fisica, gli Autori espongono i risultati di un'indagine che ha messo a confronto le destinazioni occupazionali dei dottori di ricerca in diversi Stati europei, mostrando come lo sbocco universitario riguardi il 63% dei casi in Italia, contro il 33% in Francia, il 39% nel Regno Unito, il 25,2% in Germania, il 23,3% nei Paesi Bassi e il 33,3% in Svezia.

zione e la durata dell'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione è rimessa alle regioni [...] in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro, le università e le altre istituzioni formative», il nuovo comma 3 dell'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003 prevede ora, in primo luogo, che, «in assenza di regolamentazioni regionali l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione è rimessa ad apposite convenzioni stipulate dai datori di lavoro con le università e le altre istituzioni formative».

La novella ricorda, in linea di prima approssimazione, l'intervento disposto in materia di apprendistato dal c.d. "pacchetto competitività" del 2005. Anche in quel caso, in attesa delle necessarie regolamentazioni regionali, che tardavano ad essere approvate, il legislatore, con la legge n. 80 del 2005, si era preoccupato di rendere immediatamente operativo l'apprendistato professionalizzante, rimettendone l'attivazione ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ⁽⁷⁹⁾.

Rispetto al "pacchetto competitività" si registrano tuttavia due differenze di non poco conto. Per un verso il legislatore parla ora, in termini alquanto generici, di assenza di «regolamentazioni regionali», là dove la legge n. 80 del 2005 parlava espressamente di mancanza della «legge regionale». Ciò sta dunque a significare che, diversamente dall'apprendistato professionalizzante, il regime sussidiario opera, con forza cedevole, solo in assenza di qualsivoglia disciplina regionale. Per paralizzare l'intervento sussidiario, non è dunque necessario, in altri termini, che l'apprendistato di alta formazione sia formalmente disciplinato attraverso una legge regionale in senso stretto. Per l'altro verso, poi, una volta preso atto della pressoché totale assenza di interventi da parte della contrattazione collettiva (di livello territoriale come di categoria) ⁽⁸⁰⁾, il legislatore ha affidato l'attivazione dell'istituto ad apposite convenzioni stipulate *ad hoc* tra le singole imprese e le istituzioni formative abilitate al rilascio del titolo (con esclusione dunque tanto delle istituzioni regionali, quando delle parti sociali territoriali).

In secondo luogo, per bilanciare la decisa apertura verso singole intese aziendali, il nuovo comma 3 dell'articolo 50 del decreto legislativo n. 276 del 2003 ha chiarito, tuttavia, che «trovano applicazione, per quanto compatibili, i principi stabiliti dall'articolo 49, comma 4, nonché le disposizioni di cui all'articolo 53». Disposizione, questa, destinata ora a operare a regime e non solo in assenza di una specifica regolamentazione regionale applicabile.

Il comma 4 dell'articolo 49 impone, come noto, l'obbligo della forma scritta del contratto di apprendistato, con indicazione della prestazione oggetto del contratto e del piano formativo individuale, nonché (in questo caso) del titolo di studio che potrà essere conseguito al termine del percorso formativo. Sempre nel comma 4 si prevede, poi, il divieto di stabilire il compenso dell'apprendista in funzione di tariffe di cottimo, la possibilità di recedere liberamente al termine del periodo di

⁽⁷⁹⁾ Cfr. l'art. 5-bis, d.lgs. n. 276/2003, introdotto appunto dalla l. n. 80/2005.

⁽⁸⁰⁾ Come già rilevato, se i contratti collettivi di categoria non hanno sostanzialmente disciplinato l'istituto, i pochi accordi collettivi di livello territoriale sono scaduti o, comunque, risultano unicamente funzionali alle residue sperimentazioni ancora in atto.

apprendistato, in base al disposto di cui all'articolo 2118 del codice civile, nonché il divieto di recedere dal contratto di apprendistato in assenza di una giusta causa e di un giustificato motivo.

L'articolo 53 del decreto legislativo n. 276 del 2003 disciplina, invece, il c.d. sotto-inquadramento del lavoratore che, anche nell'alta formazione in apprendistato, non potrà dunque essere inferiore per più di due livelli alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è finalizzato il contratto. Fatte salve specifiche previsioni di legge o di contratto collettivo, i lavoratori assunti con contratto di apprendistato di alta formazione sono poi esclusi, in coerenza con la disciplina generale del contratto di apprendistato, dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti.

Accanto a questi incentivi di tipo normativo operano poi gli incentivi economici previsti, in generale, per il contratto di apprendistato⁽⁸¹⁾. Come previsto dalla novella del 2004⁽⁸²⁾, in caso di inadempimento nella erogazione della formazione di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro e che sia tale da impedire la realizzazione delle finalità di cui all'articolo 50, comma 1, il datore di lavoro sarà tuttavia tenuto a versare la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento⁽⁸³⁾.

Per quanto utile a tratteggiare a livello nazionale una cornice di riferimento meno esigua dell'apprendistato di terzo livello, l'estensione delle disposizioni di cui agli articoli 49, comma 4, e 53 del decreto legislativo n. 276 del 2003 non fa altro che confermare quanto già puntualmente chiarito, in via interpretativa, dalla circolare del Ministero del lavoro n. 2 del 2006. Si può peraltro aggiungere, al riguardo, che, per quanto peculiare, anche l'apprendistato di alta formazione rimane soggetto alle disposizioni previste dalla legge 19 gennaio 1955, n. 25, e successive modificazioni, ovviamente per quanto compatibili⁽⁸⁴⁾. Sono da ritenersi applicabili, in particolare, le norme di cui agli articoli 11 e 12 della legge n. 25 del 1955, relative ai diritti e doveri del datore di lavoro, nonché la disciplina previdenziale ed assistenziale prevista agli articoli 21 e 22, così come del resto espressamente previsto dall'articolo 53, comma 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003.

3. Anche dopo l'intervento del decreto legge n. 112 del 2008 la disciplina dell'apprendistato di alto livello rimane sostanzialmente scarna e limitata, in li-

⁽⁸¹⁾ Si ricorda che, a seguito della l. n. 296/2006 l'aliquota contributiva per i contratti di apprendistato è stabilita nella misura del 10% della retribuzione imponibile a fini previdenziali, mentre per le imprese con numero pari o minore di nove dipendenti, l'aliquota è ridotta a 8,5 punti percentuali per i periodi contributivi maturati nel primo anno di contratto e a 7 punti percentuali per i periodi contributivi maturati nel secondo anno di contratto. Resta ferma l'aliquota del 10% negli anni di contratto successivi al secondo.

⁽⁸²⁾ Cfr. l'art. 11, d.lgs. n. 251/2004, in *www.csm.unimore.it*, indice A-Z, voce *Riforma Biagi*.

⁽⁸³⁾ Si ricorda che, sempre a seguito della novella contenuta nell'art. 11, d.lgs. n. 251/2004, «la maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione».

⁽⁸⁴⁾ Si veda ancora la circ. Min. lav. n. 2/2006.

nea di principio, ai soli profili normativi del contratto di lavoro. Ciò si spiega in funzione di una precisa scelta del legislatore nazionale che, in realtà, poco o nulla ha a che vedere con la complessità del riparto di competenze normative, in materia di apprendistato, tra livello statale e livello regionale.

La verità, come confermano inequivocabilmente le poche esperienze di successo avviate nel nostro Paese, è che la messa a regime dell'alta formazione in apprendistato richiede la massima flessibilità e adattabilità della normativa di riferimento in ragione dello specifico titolo di studio da conseguire e delle specifiche realtà aziendali entro cui svolgere l'attività formativa in assetto di lavoro.

Se la nuova regolamentazione, rinviando direttamente a intese *ad hoc* tra sedi formative e aziende, sembra garantire ora le condizioni per il decollo dell'istituto, è evidente come il superamento di questa fase sperimentale sia affidato, in prospettiva, alla sensibilità degli attori locali e, segnatamente, delle istituzioni regionali. A loro spetta, infatti, il non facile compito di evitare la tentazione di costruire irrealistiche gabbie normative che, quanto più saranno rigide e standardizzate, tanto più finiranno per comprimere le enormi potenzialità di questo innovativo strumento di raccordo tra i sistemi della istruzione e della formazione professionale e il mercato del lavoro.

L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008 – Riassunto. *L'A. ricostruisce i percorsi di riforma relativi all'apprendistato disciplinato dalla Riforma Biagi del 2003 per soffermarsi poi, specificatamente, sul contenuto e sulle implicazioni delle modifiche apportate dalla l. n. 133/2008. Il nodo di maggiore rilievo riguarda il tema del policentrismo normativo e istituzionale di regolamentazione del contratto, che si è rivelato un fallimento sostanziale. Esemplicativo è il caso dell'apprendistato professionalizzante, analizzato nella Parte I del contributo, là dove la riforma di cui all'art. 23-bis della l. n. 133 è volta a sbloccare l'operatività dell'istituto attraverso un canale parallelo di formazione aziendale, alternativo ma non sostitutivo rispetto alla formazione pubblica, in moltissimi casi del tutto inadeguata. La soluzione, funzionale a promuovere una concentrazione degli sforzi regionali dove necessario, risponde al tema controverso della nozione di formazione aziendale, valorizzando la contrattazione collettiva e i relativi attori titolari del patrimonio conoscitivo necessario. La legittimità costituzionale di tale soluzione è argomentata, attraverso un'analisi critica del contenzioso regionale che ha interessato la nuova disposizione all'indomani della sua emanazione, sulla base dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 50/2005, punto fermo nella definizione dell'assetto di competenze Stato-Regioni e, in via residuale, della contrattazione collettiva, sulla materia. Nella Parte II del contributo, l'A. indaga le implicazioni sul c.d. apprendistato stagionale del venir meno del limite minimo di 2 anni di durata dell'apprendistato professionalizzante e dalla attribuzione alle parti sociali della responsabilità di creare percorsi formativi credibili. Per quanto riguarda l'apprendistato di alta formazione, trattato nella Parte III del contributo, l'A. contestualizza le modifiche apportate dalla l. n. 133 nel quadro altamente frammentario e deficitario scaturito dall'impianto originario di disciplina a fronte dell'inerzia prevalente del livello regionale di regolazione. Secondo l'A., la causa di tale esito deve essere rinvenuta nella scarsa preparazione culturale delle istituzioni rispetto ad uno strumento teso a realizzare il raccordo tra università e impresa. Per realizzare tale ratio, la nuova disciplina consente di assumere con contratto di alto apprendistato anche giovani dottorandi di ricerca e di stipulare il contratto in base ad accordi tra ente formativo e impresa per rendere lo strumento più flessibile e concretamente rispondente alle esigenze dell'impresa stessa, premessa necessaria per la messa a regime dell'istituto.*

Vocational apprenticeships and higher-level apprenticeships pursuant to Act no. 133/2008 (Article in Italian) – Summary. *This paper provides an overview of the apprenticeship system*

governed by the Biagi reform of 2003, with a specific focus on the content and implications of the amendments introduced by Act no. 133/2008. The most significant feature is that the apprenticeship system is governed by a multitude of regulations, that have failed to produce results. Vocational apprenticeships are a good example in this connection: in the analysis of these contracts in Part I of the paper, it is pointed out that the reform introduced by Article 23-bis, Act no. 133/2008, aims to promote apprenticeships of this kind by means of a parallel channel of on-the-job training, as an alternative but not in substitution for education provided by the State, that in many cases is inadequate. This approach, bringing together the various regional initiatives where necessary, focuses on the controversial issue of company training, while promoting the training role of collective bargaining and that of the actors with the necessary skills and knowledge. Evidence is provided in support of the constitutional legitimacy of this approach, by means of a critical analysis of case law dealing with the actions taken by regional governments after the enactment of the reform, on the basis of the principles laid down by the Constitutional Court in sentence no. 50/2005, seen as a milestone in the definition of the assignment of competences to the State and the Regions, and with reference to the collective bargaining provisions governing training. In Part II of the paper, the author investigates the implications of seasonal apprenticeship contracts, that do not meet the two-year minimum requirement for vocational apprenticeships, and the assignment to the social partners of responsibility for designing and implementing credible training programmes. With regard to higher-level apprenticeships, examined in Part III of the paper, the author describes the context for the amendments introduced by Act no. 133/2008, in an overall scenario that is fragmentary and inadequate, reflecting the original provisions and the inaction on the part of most of the regional authorities in implementing them. In the author's view, this outcome is related to the a lack of understanding on the part of the institutions in relation to an instrument that is intended to provide a link between higher education and business. In order to achieve this objective, the new provisions allow employers to use higher-level apprenticeship contracts also for doctoral research students, and to conclude contracts on the basis of agreements between training bodies and employers in order to make this kind of contract more flexible and more suited to meeting the needs of employers, which is an essential condition for apprenticeship contracts to be fully implemented.

Libertà sindacale negativa ed implicazioni di democrazia sindacale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Simone Varva

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Libertà sindacale negativa e clausole *closed-shop*: nozione di *closed-shop*. – **2.1.** La giurisprudenza della Corte sulla libertà di associazione negativa. – **3.** L'induzione al disconoscimento. – **4.** La rappresentatività qualificata. – **5.** Libertà individuale e libertà collettiva. – **6.** Il margine d'apprezzamento.

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nel corso dell'ultimo trentennio, s'è occupata a più riprese della definizione e delimitazione della libertà sindacale nell'ambito della convenzione europea (d'ora innanzi "Cedu")⁽¹⁾.

L'elemento più sensibile da inquadrare correttamente per i giudici di Strasburgo si è rivelato quello dell'aspetto negativo di tale libertà, ovvero dell'eventuale diritto riconosciuto ai lavoratori di non sindacalizzarsi (rifiuto d'adesione) o di non restare sindacalizzati (recesso dall'associazione). Sebbene l'articolo 11 non faccia esplicito riferimento alla c.d. libertà negativa, infatti, pare che il riconoscimento di certa disponibilità del diritto di associazione in capo al titolare sia conaturata alla effettiva realizzazione della tutela. La scelta di non menzionare l'aspetto negativo al momento della redazione della convenzione non è stata affatto casuale, bensì determinata dalla presenza in veste di sottoscrittori di alcuni Paesi europei in cui, in date circostanze, i lavoratori erano tenuti ad essere o a divenire sindacalizzati. In particolare tale onere era diretta conseguenza della inserzione nei contratti collettivi di specifiche clausole finalizzate ad imporre ai datori di lavoro vincolati di assumere soltanto lavoratori iscritti ai sindacati contraenti (c.d. *closed-shop*).

* Simone Varva è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

⁽¹⁾ Cfr. art. 11 Cedu, *Libertà di riunione e di associazione*: «1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica ed alla libertà di associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre a quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei disordini e dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti o delle libertà altrui. Il presente articolo non vieta che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o delle amministrazioni dello Stato» (Traduzione a cura dell'autore dalle due versioni ufficiali in lingua francese e inglese).

Al momento della redazione della convenzione era già stata proclamata la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ad opera delle Nazioni Unite ⁽²⁾, secondo il cui articolo 20 ogni individuo ha diritto alla libertà di aderire ad una associazione e *nessuno può essere costretto a farvi parte*. Nonostante la tendenza a livello europeo sia stata quella di allinearsi alla Dichiarazione ONU, rendendo esplicito il riconoscimento dell'aspetto negativo della libertà di associazione, nessun emendamento è intervenuto in ambito Cedu.

A livello intergovernativo di Consiglio d'Europa è stata adottata la Carta sociale europea, la quale riconosce all'articolo 5 il diritto di organizzazione sindacale: il Comitato europeo per i diritti sociali ha considerato che i mercati del lavoro nazionali che considerano legittimo il ricorso alle clausole *closed-shop* violano la libertà di associazione come previsto dalla Carta sociale.

Anche in ambito comunitario, la Carta comunitaria europea sui diritti sociali fondamentali dei lavoratori (1989) riconosce espressamente la libertà d'associazione negativa.

Possono infine essere rammentate le convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro: mentre le più famose convenzioni 87 ed 98 riconoscono i principi fondamentali in tema di libertà sindacale e di organizzazione sindacale senza prendere esplicita posizione in merito alla libertà negativa, va invece menzionata la meno conosciuta convenzione 117 (articolo 14) ⁽³⁾ che, tra i diversi ed eterogenei obiettivi, orienta la politica sociale degli Stati firmatari verso il superamento delle discriminazioni basate sull'iscrizione e sull'affiliazione sindacale dei lavoratori.

Passando ora all'articolo 11 della convenzione, è opportuno analizzare in dettaglio i due commi che lo costituiscono: nel primo sono proclamati i diritti soggettivi tutelati; nel secondo sono invece previste le condizioni in presenza delle quali i medesimi possono subire restrizioni da parte della pubblica autorità: si tratta di uno schema simile a quello adottato per gli altri diritti di libertà riconosciuti dalla Carta che non fanno parte del c.d. nocciolo duro della convenzione ⁽⁴⁾.

La scelta di inserire in un'unica disposizione i due diritti soggettivi a più alta connotazione sociale, quello di riunione e quello di associazione, ha lo scopo di valorizzarne le affinità; la sottoposizione al medesimo trattamento normativo comporta la risoluzione a priori delle questioni relative all'inquadramento sistematico ed all'individuazione delle rispettive sfere d'autonomia.

Il riferimento alla libertà sindacale è esplicito; tuttavia, come detto, la Carta non riconosce testualmente il diritto a non essere costretto a fare parte di una associazione: come si avrà modo di constatare, tal scelta non si è rivelata né neutra, né tanto meno scevra di conseguenze pratiche.

⁽²⁾ La Dichiarazione universale è del 1948, mentre la redazione della Carta Cedu è stata perfezionata nel 1951.

⁽³⁾ Mentre le convenzioni n. 87/1948 e n. 98/1949 hanno ottenuto numerose ratifiche da parte degli Stati membri (rispettivamente 147 e 156), non così si può dire della convenzione n. 117/1962, la quale ha ottenuto soltanto 32 ratifiche.

⁽⁴⁾ Secondo l'art. 15 Cedu, i diritti che non sono parte del "nocciolo duro" possono essere limitati nell'ipotesi di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione. Tuttavia, i requisiti sono talmente restrittivi che soltanto in situazioni gravemente compromesse (come in caso di guerra civile in corso) il Paese contraente potrebbe ricorrere all'art. 15 in via di *extrema ratio*.

Il comma secondo si apre, enfaticamente, con una formula al negativo: «l'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che [...]»; tale espressione è utilizzata con lo scopo di sottolineare, negli auspici dell'Assemblea, l'eccezionalità del ricorso alle deroghe previste ⁽⁵⁾. Tali eccezioni sono previste al fine di tutelare «la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei disordini e dei reati, per la protezione della salute o della morale o per la protezione dei diritti o delle libertà altrui»; si tratta (avendo cura di evitare interpretazioni troppo larghe) di esigenze di primaria importanza in uno Stato civile e democratico e, per questo, indubbiamente degne di essere efficacemente tutelate. Nel caso in cui le libertà di riunione o di associazione fossero limitate, lo Stato convenuto deve dimostrare di essere ricorso a tali cause di giustificazione. Ma non è ancora sufficiente; le limitazioni devono essere infatti: previste per legge; necessarie in una società democratica; proporzionate agli scopi perseguiti.

L'ultimo periodo della norma ammette ulteriori restrizioni legittime all'esercizio di questi diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o della amministrazione dello Stato; si tratta di un'esigenza di *munus publicum*, necessaria per la peculiarità e la delicatezza della posizione ricoperta da tali soggetti; questa richiede la più alta imparzialità nel rapporto con i cittadini; si tratta di una disposizione che trova estesa conferma nelle eccezioni contenute nelle Carte costituzionali nazionali e negli analoghi trattati internazionali.

Il contenuto letterale di ciascun articolo della convenzione va integrato dalla interpretazione giurisprudenziale della Corte; tale attività ermeneutica, pur necessariamente caratterizzata da un certo grado di astrattezza, non può però prescindere dall'analisi e dalle peculiarità del caso concreto. Sebbene la giurisprudenza sia indispensabile per conoscere il diritto vivente applicato dalla Corte, non è per ciò stesso un *passé-partout* per entrare nella mente del giudice. La specificità del caso singolo connota intimamente la statuizione: occorre tenerlo bene a mente se si vuol comprendere le implicazioni di questa peculiare e straordinaria giustizia del caso concreto. Tali osservazioni valgono in particolare per l'elaborazione di un istituto non espressamente esplicitato quale quello della libertà sindacale negativa.

Questo lavoro è limitato allo studio della giurisprudenza della Corte in tema di libertà sindacale e di democrazia sindacale; per questo motivo le sentenze analizzate saranno soltanto quelle che assumono rilevanza in questa ottica. Non per questo va taciuto che le pronunce considerano la posizione del ricorrente nella sua globalità e, per tale motivo, non potranno essere trascurati aspetti inerenti più propriamente ad altri diritti di libertà affini, quali quelli riguardanti la libertà di pensiero, di coscienza, di religione e di espressione.

Un ultimo rilievo di ordine generale; agli Stati contraenti non solo viene richiesto di astenersi dall'impedire l'esercizio delle libertà previste nella Convenzione (efficacia verticale della convenzione), ma vi è la tendenza della Corte a riconoscere in capo agli Stati l'obbligo positivo di prevenire le violazioni dei diritti soggettivi riconosciuti dalla convenzione da parte dei privati (efficacia orizzontale). Da un

⁽⁵⁾ Si veda più approfonditamente sul tema S. GREER, *The exceptions to articles 8 to 11 of the European Convention on human rights*, Council of Europe, Strasbourg, 1997.

punto di vista strettamente letterale, tale obbligo di attivarsi non è esplicitamente contemplato; tuttavia risponde ad un'esigenza di garantire la massima effettività della disciplina: esigenza prontamente rilevata e costantemente attuata in via interpretativa dalla Corte.

2. La prima e più rilevante questione che la Corte si è trovata ad affrontare in tema di libertà sindacale è quella relativa alla compatibilità dei contratti collettivi contenenti clausole *closed-shop* e le disposizioni della convenzione.

In primo luogo, occorre definire il significato del termine nel diritto anglosassone: la clausola *closed-shop* è un elemento accessorio tipico dei contratti collettivi di lavoro con la quale si obbliga i lavoratori ad aderire ad uno dei sindacati ivi indicati. Può trattarsi di un requisito indispensabile per l'assunzione (*closed-shop* in senso stretto) oppure di un obbligo a sindacalizzarsi che grava sul neo assunto: nel caso questi non perfezioni l'adesione entro un dato termine perentorio, il contratto di lavoro sarà legittimamente (e necessariamente) risolto (*union shop*)⁽⁶⁾.

Storicamente il riferimento al *closed-shop* nei contratti collettivi rispose alla esigenza di riunire i lavoratori in un unico organismo collettivo; il movimento operaio, coalizzandosi in una sorta di monopolio della manodopera, era messo così in grado di contrapporsi allo strapotere economico-contrattuale dei datori di lavoro. I primi successi furono l'ottenimento di condizioni minime ed uniformi di lavoro e di retribuzione. Una volta che i padroni avessero sottoscritto accordi collettivi contenenti clausole *closed-shop*, sarebbe stato scongiurato il pericolo dell'impiego degli operai definiti sprezzantemente dai colleghi *crumiri* (chiamati in modo, ancor più sprezzante *scabs* nei Paesi anglofoni): lavoratori non sindacalizzati che, in assenza di garanzie legali e pur di lavorare, erano disposti ad accettare condizioni contrattuali deteriori rispetto a quelle imposte dalle *unions*.

Come spesso accade, però, si tratta di un'arma a doppio taglio: se da un lato le clausole *closed-shop* rafforzano il potere dei sindacati riconosciuti come controparte, dall'altro limitano la libertà contrattuale dei lavoratori come singoli e come membri dei sindacati non riconosciuti.

Si tratta di un istituto storicamente diffuso nei Paesi del nord Europa retti da ordinamenti informati al diritto consuetudinario: i casi giunti innanzi alla Corte riguardano, per l'appunto, Danimarca, Islanda, Regno Unito, e Svezia.

2.1. In questa sezione verrà in primo luogo riportata in ordine cronologico la giurisprudenza della Corte in argomento. Alla luce di quanto analizzato, verranno sottolineati gli snodi problematici più rilevanti e le varie soluzioni adottate nel corso degli anni⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ I due istituti, innegabilmente analoghi, sono stati tenuti distinti nell'ordinamento lavoristico statunitense. Mentre le *closed-shop* in senso stretto sono state ritenute illegittime in quanto discriminatorie (tra lavoratori sindacalizzati e non) in fase di assunzione, le *union shop* vengono considerate (a certe condizioni) legittimamente poste sull'assunto che non comportano di per sé l'esclusione dal novero dei candidati all'assunzione dei soggetti non sindacalizzati, bensì condizionano il perfezionamento del contratto all'iscrizione del lavoratore neoassunto.

⁽⁷⁾ È da considerare come spesso l'effetto delle pronunce della Corte di Strasburgo trascende il singolo caso concreto e condiziona l'emanazione di una disciplina normativa generale nazionale. Emblematica, sulla scorta delle condanne della Corte, la previsione di una forma di risarcimento pecuniario per il supe-

La prima occasione in cui la Corte ha avuto modo di occuparsi della questione risale al 1981 nel caso *Young, James e Webster c. Regno Unito* ⁽⁸⁾.

I ricorrenti sono tre ferrovieri britannici, licenziati dal datore di lavoro per aver rifiutato di sindacalizzarsi pur in pendenza di una clausola *closed-shop*. Per la prima volta la Corte si trova a dover decidere se e in quale misura l'articolo 11 riconosca il diritto di non aderire ad una associazione o ad un sindacato.

Secondo quanto osservato dalla Corte in via di principio il mancato riferimento letterale alla libertà negativa non ne vieta automaticamente la tutela: bisogna infatti tenere in debito conto che il diritto di aderire ai sindacati non è che una specificazione della più generale libertà di associazione; questa, come ogni altra libertà, implica il riconoscimento di una certa discrezionalità nel suo esercizio. Venne poi ribadito che non è richiesto all'organo di prendere posizione rispetto all'astratta compatibilità del sistema di relazioni industriali basati sull'utilizzo delle clausole *closed-shop* con la tutela dei diritti garantiti dalla convenzione: la Corte, infatti, non è stata istituita per valutare le antinomie dei sistemi giuridici in generale, bensì per garantire tutela ai cittadini degli Stati membri che facciano ricorso agli organi di Strasburgo in relazione a specifiche e puntuali violazioni dei diritti riconosciuti dalla Carta. Ciò non toglie, evidentemente, che una intrinseca incompatibilità "di sistema" degli ordinamenti nazionali può essere ricostruita in via di elaborazione sistematica in relazione alla casistica della giurisprudenza della Corte. I giudici osservarono che i ricorrenti furono costretti ad «affrontare un dilemma: o iscriversi ad uno dei due sindacati oppure perdere il proprio lavoro». Dopo aver chiarito di non voler prender posizione riguardo all'astratta possibilità di riconoscere all'aspetto negativo il medesimo livello di tutela, le circostanze del caso concreto portarono i giudici a ritenere che la violazione sia stata comunque realizzata, anche in considerazione della significativa anzianità di servizio dei ricorrenti in ponderazione col pregiudizio minimo arrecato al sindacato dal rifiuto di sindacalizzarsi (la maggior parte dei colleghi dei ricorrenti era infatti sindacalizzata).

Nel secondo *case-law* (*Sibson c. Regno Unito*) ⁽⁹⁾ un autotrasportatore inglese fu licenziato a causa del rifiuto di aderire al sindacato in presenza di *union shop*. In realtà l'inserimento della clausola era stata fortemente voluta dai colleghi di lavoro del ricorrente a titolo di rappresaglia, col fine di provocare il licenziamento del collega considerato un traditore ⁽¹⁰⁾.

ramento dei termini di ragionevole durata del processo; ma si veda anche, nella disciplina lavoristica, l'Employment Act del 1980 che nel Regno Unito ha ampliato i motivi di obiezione di coscienza ammessi per rifiutare l'affiliazione sindacale e la prassi della contrattazione collettiva danese che ha rinunciare in toto all'utilizzo delle clausole *closed-shop* in seguito alla recente condanna nel caso *Rasmussen*, *infra*.

⁽⁸⁾ *Young, James and Webster c. Regno Unito*, ricorsi n. 7601/76 e 7806/77, decisione resa in data 13 agosto 1981 (riferimento Hudoc n. 193; tutte le sentenze citate possono essere agevolmente reperite in formato elettronico grazie al motore di ricerca Hudoc nel sito ufficiale della Corte all'indirizzo www.echr.coe.int/echr). L'importanza del caso è evidenziata dall'adunanza plenaria; si rinvia alle note di G. VENTURINI, *Accordi di closed-shop e diritti dell'Uomo*, in *RIDL*, 1983, 3, e di E. TRIGGIANI, *Libertà sindacale negativa e convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *FI*, 1982, 135.

⁽⁹⁾ *Sibson c. Regno Unito*; ricorso n. 14327/88, decisione 20 aprile 1993 (riferimento Hudoc n. 428).

⁽¹⁰⁾ Infatti, Sibson era stato a lungo membro del sindacato; era pure stato eletto segretario locale, ma durante il mandato fu accusato da un collega di aver sottratto denaro alla cassa comune: in seguito alla decisione dei dirigenti sindacali di estrometterlo dalla carica (nonostante non fosse stata provata la sua colpe-

La Corte ribadì il principio secondo cui obbligare un lavoratore a sindacalizzarsi non contrasta automaticamente con la convenzione: occorre considerare se le circostanze del caso concreto debbano far ritenere colpita la più intima essenza (“the very substance”) della libertà di associazione sindacale. Nel caso specifico i giudici ritennero di individuare una differenza decisiva rispetto al precedente appena analizzato: venne evidenziato che, a differenza dei ferrovieri inglesi, l'autotrasportatore avrebbe potuto optare per il trasferimento ad una nuova e poco lontana rimessa, ove gli sarebbero state garantite le medesime condizioni di lavoro⁽¹¹⁾; con tale argomento decisivo, la Corte decise a maggioranza (sette a due)⁽¹²⁾ per la non violazione.

Nel caso *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islanda*⁽¹³⁾ un tassista era stato costretto, per il solo fatto di esercitare la sua professione in Reykjavik, ad aderire ad una sorta di associazione professionale di categoria (Frami) ed a pagarne i contributi associativi⁽¹⁴⁾.

La Corte osservò che Frami, pur non potendo essere considerato organismo di diritto pubblico⁽¹⁵⁾, non interveniva nelle attività di contrattazione collettiva della categoria ed aveva funzioni spiccatamente amministrative (calmierare il numero dei tassisti nella capitale). Fatte tali premesse, la specialità del caso fu individuata nella fonte dall'obbligo di iscrizione: la legge stessa la imponeva quale requisito per l'ottenimento della licenza e nel contempo escludeva la possibilità per i lavoratori di costituire e aderire ad altre associazioni. Ad avviso della Corte, in sintesi, lo Stato convenuto aveva violato direttamente (tutela c.d. “verticale”) la libertà di associazione sindacale in quanto aveva contestualmente imposto l'adesione e vietato la costituzione di (o l'adesione ad) altre associazioni professionali.

volezza) Sibson recedette dal sindacato; da quel momento in avanti i colleghi, rimasti nel sindacato, ostarono ed ostracizzarono l'attività lavorativa del ricorrente.

⁽¹¹⁾ Lo scioglimento da parte del ricorrente della riserva di tornare a lavorare nella originaria rimessa, tra l'altro, era condizionata alla richiesta di ricevere le scuse da parte dei colleghi: motivazione considerata dalla maggioranza dei giudici irrilevante o, in ogni caso, futile.

⁽¹²⁾ L'opinione dissidente, redatta ad opera di due giudici di “scuola mediterranea” (José Maria Morenilla e Carlo Russo, giudice rispettivamente portoghese ed italiano) tese a ribadire l'argomento già indicato nella motivazione resa nel precedente *leading case* secondo cui costringere un lavoratore ad aderire ad un sindacato sotto la minaccia di un trasferimento o di una sospensione della retribuzione configura una palese violazione del diritto in argomento: riconoscere la tutela dell'aspetto negativo non significa altro che esplicitare ciò che non può non essere già implicito nello stesso art. 11. I dissidenti aggiunsero che la protezione dell'aspetto negativo era già prevista nell'ambito di altri strumenti internazionali quali l'art. 20 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e l'art. 5 della Carta sociale europea. Come si vedrà innanzi, la posizione “storico-evolutiva”, ma anche interpretativo-sistematica dei dissidenti sarà in qualche modo antesignana del successivo cambiamento di rotta della Corte.

⁽¹³⁾ *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islanda*, ricorso n. 16130/90, decisione 30 giugno 1993 (riferimento Hudoc n. 429).

⁽¹⁴⁾ Il caso in fatto: Sigurdur A. Sigurjonsson, dopo aver ottenuto la specifica licenza, cominciò ad esercitare la professione di tassista in Reykjavik. Aderendo al sindacato di categoria (Frami) richiese ed ottenne il rilascio della speciale targa; sottoscrisse un modulo di adesione in cui riconosceva l'obbligo di pagare la tassa sociale annuale; in caso di inadempimento la concessione gli sarebbe stata sospesa o revocata. Dopo pochi anni il ricorrente cessò di pagare la tassa: successivamente all'intimazione del sindacato ed al conseguente rifiuto di adempiere al pagamento, la licenza gli fu revocata.

⁽¹⁵⁾ Nel qual caso la Corte non avrebbe considerato Frami quale “associazione” secondo la nozione ed ai fini dell'art. 11.

Un caso per certi aspetti simile a quello appena proposto è stato invece ritenuto inammissibile secondo la nuova procedura introdotta dal protocollo n. 11⁽¹⁶⁾. Un avvocato tirolese aveva lamentato la lesione della propria libertà sindacale dato l'obbligo previsto per legge d'isciversi al locale ufficio della Federazione del Turismo: egli aveva ritenuto l'imposizione legale di essere membro di una associazione contro la sua volontà configurante una violazione della sua libertà di associazione negativa. Il ricorrente aveva sottolineato che egli, in quanto avvocato, non avrebbe avuto interesse alcuno alla promozione del turismo nella zona. La Corte giudicò il ricorso inammissibile all'unanimità. L'argomento decisivo parve essere (limitatamente a quanto sia dato da evincere da una pronuncia di ammissibilità) quello secondo cui le istituzioni di diritto pubblico costituite per legge non possono essere considerate associazioni alla luce dell'articolo 11. Secondo gli indici di natura pubblica predisposti nel caso islandese, la Corte ritenne di poter considerare l'ente istituzione di diritto pubblico. In ogni caso, a differenza del caso islandese sopra richiamato, l'eventuale adesione non avrebbe impedito in alcun modo ai membri di organizzarsi in sindacati per la tutela di interessi personali, fossero essi economici o professionali.

Un'ulteriore evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo passò per l'esame del caso *Gustafsson*⁽¹⁷⁾; questi, ristoratore svedese (e, dunque non lavoratore subordinato, bensì imprenditore), subì il boicottaggio dei colleghi sindacalizzati per aver rifiutato tanto d'associarsi formalmente, quanto d'applicare le condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo di settore. La Corte individuò la peculiarità del caso nel fatto che il ricorrente non era stato obbligato ad aderire ad alcuna associazione sindacale, bensì gli era stato proposto, in alternativa, di limitarsi ad applicare ai propri dipendenti le condizioni previste dai contratti collettivi. Ciò parve ai giudici sufficiente per considerare non violata (si consenta di insinuare, almeno formalmente) la libertà sindacale negativa.

L'ultimo e più recente caso deciso dalla Corte manifestò infine importanti sintomi dell'evoluzione interpretativa della Corte sul tema de quo. Il caso *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*⁽¹⁸⁾, data la rilevanza del punto di diritto sotteso alla decisione, fu esaminato dalla Grande Camera. Ai due ricorrenti era stata imposta l'iscrizione ad uno specifico sindacato pena la perdita del posto di lavoro. La Corte giunse a dare soddisfazione alle ragioni dei ricorrenti al termine di un ampio discorso argomentativo capace di sintetizzare i traguardi raggiunti dall'elaborazione di una giurisprudenza sulla libertà sindacale negativa maturato nel corso dell'ultimo quarto di secolo. L'elemento di novità più interessante introdotto dalla sentenza pare l'argomento teso a negare ogni rilevanza alla distinzione tra clausole *pre-entry* e *post-entry*: si tratta di una questione per certi versi analoga a quella relativa alla classica contrapposizione *closed-shop* e *union shop*; la similitudine tra le due tipologie di clausole è evidentemente quella relativa al momento dell'imposizione dell'iscrizione al sindacato: *closed-shop* in senso

⁽¹⁶⁾ *Köll c. Austria*, ricorso n. 43311/98, decisione sull'ammissibilità resa in data 4 luglio 2002 (riferimento Hudoc n. 23381).

⁽¹⁷⁾ *Gustafsson c. Svezia*; ricorso n. 15573/89, decisione resa in data 25 aprile 1996 (riferimento Hudoc n. 578).

⁽¹⁸⁾ *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, ricorsi n. 52562/99 e 52620/99, decisione resa in data 11 gennaio 2006.

stretto/*pre-entry clause* condizionano l'assunzione alla previa adesione del candidato al sindacato firmatario; *union shop/post-entry clause* richiedono che il neo-assunto perfezioni l'adesione entro un certo termine. L'utilizzo da parte della Corte di tale nuova dizione, di carattere più generale ed affrancata dall'esperienza anglosassone, pare implicare non soltanto una scelta formalistica, ma pure e soprattutto un'opzione di spessore sostanziale; alla scelta di riferirsi alla formula *pre/post entry clause* in luogo della classica, infatti, seguì una valutazione globale dell'istituto: ponendo l'enfasi sul piano squisitamente soggettivo, la conclusione dei giudici risultò essere quella per cui, in relazione alla violazione della libertà sindacale, non vi è differenza tra imporre l'iscrizione in una fase precedente all'assunzione ovvero in un momento successivo⁽¹⁹⁾. Vennero respinte anche le argomentazioni dello Stato convenuto portate su di un altro piano, basate sull'assunto che il caso in esame avrebbe dovuto essere risolto in maniera diversa rispetto al *leading-case* *Young, James e Webster* in quanto, mentre per i ferrovieri inglesi l'obbligo di sindacalizzarsi ebbe efficacia soltanto a distanza d'anni dall'assunzione, i ricorrenti danesi erano ben consci già inizialmente della necessità di dover aderire ad uno specifico sindacato per mantenere l'impiego; la Corte obiettò osservando che l'accettazione da parte dei ricorrenti dell'iscrizione non incise sull'eventuale constatazione che l'adesione fosse stata imposta contro la volontà dei neo assunti⁽²⁰⁾: ciò che rileva in generale, ad avviso della Corte, è invece la verifica se da tale obbligo discenda una effettiva violazione della libertà in parola.

In definitiva (l'argomento verrà sviluppato più ampiamente appena di seguito nel testo) con la recente decisione la Corte è parsa adeguarsi a quanto previsto dalla Dichiarazione Onu e dalla Carta Sociale e, dunque, implicitamente considerare l'istituto delle clausole di *closed-shop* quali intimamente contrarie all'articolo 11 in quanto limitative in modo sostanziale della libertà di associazione sindacale negativa.

Venendo ora a qualche osservazione sistematica, occorre in primo luogo prendere atto che, per quanto tutte le sentenze prese in considerazione abbiano a diverso titolo contribuito alla ricostruzione sistematica dell'istituto, i due pilastri principali nell'elaborazione ermeneutica restano i due casi che sono l'alfa e (sinora) l'omega della parabola interpretativa: rispettivamente *Young, James e Webster c. Regno Unito* e *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*⁽²¹⁾.

Alla luce dell'ultimo caso discusso, sembra che la lettura della Corte in relazione al diritto di libertà sindacale abbia subito una trasformazione legata ad una interpretazione sistematico-evolutiva. In particolare l'organo giudicante pare aver preso coscienza che le cautele adottate dai redattori della Carta nel 51, in relazione all'eventuale esplicito riconoscimento della libertà sindacale negativa, sono divenute nel corso degli anni sempre meno necessarie. Infatti nel recente caso danese la Corte ha osservato come l'utilizzo della tecnica del *closed-shop* abbia perso oramai l'originaria funzione storica per la quale era stata così lungamente

⁽¹⁹⁾ Vedi § 34 e ss. ed in particolare § 56 della decisione in argomento.

⁽²⁰⁾ Cfr. § 56 e § 59 *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, in cui la Corte sembra qui riferirsi alla comune concezione del lavoratore subordinato quale "contraente debole".

⁽²¹⁾ Non a caso entrambi discussi dinanzi alla Grande Camera.

utilizzata e legittimata, ovvero l'esigenza di rendere effettivo il godimento delle libertà e dei diritti sindacali ⁽²²⁾. Nella stessa motivazione vengono richiamati gli atti di diritto internazionale regionale in cui i Paesi contraenti hanno scelto di rendere manifesta l'opzione nei confronti del riconoscimento della libertà sindacale negativa: così come già era accaduto nel 1961 con l'adozione della Carta sociale europea ⁽²³⁾, allo stesso modo si è verificato più di recente in ambito comunitario con la Carta sui diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 ⁽²⁴⁾. Ma ancor più significativa è l'enfasi posta su come vi sia anche (e soprattutto) a livello nazionale la tendenza sempre più marcata a rimuovere i limiti alla disponibilità del diritto di associazione sindacale derivanti dall'inserzione di clausole *closed-shop* negli accordi collettivi ⁽²⁵⁾. La stessa Danimarca, pure considerata con l'Islanda l'ultimo baluardo a difesa del modello *closed-shop*, in realtà adotta un modello di relazioni industriali in larga parte affrancato da vincoli associazionistici obbligatori (solo in circa il 10% dei contratti dei lavoratori danesi sono inserite clausole *closed-shop*) ⁽²⁶⁾.

La Corte arriva in definitiva ad affermare che il moderno assetto delle relazioni industriali non sembra necessitare di vincoli tanto costrittivi alla libertà di associazione; secondo l'insegnamento delle stesse Istituzioni di Strasburgo, infatti, tale diritto individuale può subire legittime restrizioni solo nel caso in cui tali misure siano da ritenersi necessarie a norma dell'articolo 11.2: in relazione allo specifico sistema delle clausole di *closed-shop*, sembra che la Corte non lo ritenga più meritevole di tutela in quanto avrebbe perso *ratio* e funzione sociale ⁽²⁷⁾.

La lettura evolutiva della Carta sembra confermata analizzando le opinioni concorrenti e, soprattutto, dissenzienti ⁽²⁸⁾ in appendice alle sentenze. Nel caso *Young, James e Webster c. Regno Unito* si rinviene un'opinione dissenziente fatta propria dai giudici dell'area scandinava secondo cui le Alte Parti non avevano

⁽²²⁾ Cfr. § 75 *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*.

⁽²³⁾ Il riferimento specifico è all'art. 5; è proprio nell'ambito della Carta che il Comitato europeo sui diritti sociali ha proposto alla Conferenza dei ministri europei l'adozione di una raccomandazione in merito alla violazione della libertà di associazione negativa da parte della legge nazionale danese sulla tutela dei licenziamenti per ragioni sindacali.

⁽²⁴⁾ La tendenza al riconoscimento dell'aspetto negativo della libertà di associazione sindacale sembra poter essere rintracciato, seppure in via sistematica, nella Carta dei Diritti Fondamentali UE del 2000, in particolare dal combinato disposto degli artt. 12 e 15 in tema, rispettivamente, di libertà di riunione e di associazione e di libertà professionale e diritto di lavorare.

⁽²⁵⁾ Le riforme in senso liberale del periodo Thatcheriano nel Regno Unito sono solo il caso più emblematico; anche il modello scandinavo di relazioni industriali basate su una storica opzione più collaborativa e meno conflittuale sembra ormai orientato verso un associazionismo non coattivo e basato quindi sulla libera scelta del singolo lavoratore.

⁽²⁶⁾ È quanto emerge dagli atti del procedimento nel caso *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, cfr. specialmente § 22.

⁽²⁷⁾ Si veda ancora *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, specialmente cfr. § 75. Significativo appare il superamento della formula tralatizia secondo cui non era chiesto ai giudici di prendere posizione rispetto al sistema di clausole *closed-shop* in generale, citazione che aveva accompagnato ogni motivazione dal caso dei ferrovieri inglesi in avanti e che non è invece stata riproposta nel caso più recente.

⁽²⁸⁾ Con tali *opinions* i giudici danno conto delle ragioni per le quali si dichiarano contrari alla decisione espressa dalla maggioranza (*dissenting opinion*) ovvero siano giunti alle medesime conclusioni dei colleghi pur attraverso percorsi argomentativi diversi (*concurring opinion*). Come in tutti gli ordinamenti che riconoscono la facoltà ai giudici di redigere opinioni dissenzienti, la loro lettura permette di verificare quanto partecipativa sia stata una data sentenza e, in alcuni casi, di prender coscienza della direzione evolutiva che sta prendendo l'interpretazione delle norme.

assunto alcun obbligo internazionale in relazione alla tutela della libertà di associazione negativa: da qui il rifiuto di considerare l'aspetto positivo e negativo della libertà in parola come "facce della stessa medaglia". Ad avviso dei dissenzienti, in realtà si tratterebbe di due diritti diversi e concettualmente autonomi. Il primo garantirebbe la libertà di unirsi volontariamente per la tutela degli interessi condivisi e per perseguire obiettivi comuni: la tutela offerta consisterebbe nel prevenire le ingerenze dei pubblici poteri. Il secondo tutelerebbe il singolo di fronte alla imposizione di essere membro di associazioni nei cui scopi egli non si identifica. Nonostante gli argomenti invero persuasivi dei giudici dissenzienti dell'81, nel più recente caso Sorensen e Gustafsson nessun giudice mette in discussione il diritto di cittadinanza dell'aspetto negativo innanzi agli organi di Strasburgo: piuttosto, i giudici non allineati si concentrano sulla valutazione dell'effettività nella violazione della libertà nel caso concreto, dato che la tutela viene apprestata dalla Corte solo nel caso la lesione colpisca il cuore ("the very substance") della libertà di (non) associarsi.

Ad avviso di chi scrive, l'elaborazione della linea di confine tra violazione e non violazione dell'articolo 11 a causa della presenza di clausole di *closed-shop* dovrebbe avere a fondamento la verifica degli obiettivi che il sindacato si propone di raggiungere. Si potrebbe sostenere (supportati dalla *concurring opinion* monocratica dell'ottantuno) ⁽²⁹⁾ che l'adesione forzosa possa essere giustificata soltanto se ha lo scopo perseguire obiettivi tipicamente sindacali (e.g. rafforzare l'indice di rappresentatività del movimento). In questa prospettiva sarebbe ad esempio assai difficile respingere il ricorso di Sibson, ove il contegno dei sindacati parrebbe molto più legato a fini di rappresaglia che a genuini obiettivi di rappresentanza dei lavoratori.

Resta da segnalare la recente ed innovativa presa di posizione in merito all'irrelevanza della distinzione tra *pre-entry closed-shop* e *post-entry closed-shop* già segnalata. Pare però che, al di là delle espressioni formali, il senso da attribuire all'argomento della Corte riguardi più la non decisività che l'irrelevanza in quanto tale: non c'è dubbio, infatti, che sia più agevole rinvenire una lesione "at the very substance of the freedom" in un caso in cui l'obbligo d'iscrizione sopravvenga al rapporto di lavoro già in corso ormai da anni ⁽³⁰⁾, piuttosto che nella circostanza in cui un lavoratore (magari stagionale) sia cosciente dall'inizio della necessità di sindacalizzarsi per mantenere il lavoro ⁽³¹⁾.

Nella fase argomentativa la Corte spesso interpreta l'articolo 11 in combinato disposto con l'articolo 10 e l'articolo 14 riguardanti, rispettivamente, la libertà di espressione e il divieto di discriminazione. A volte il richiamo risulta avere un

⁽²⁹⁾ Trattasi dell'opinione concorrente espressa dal giudice Evrigenis nel caso *Young, James e Webster*. In particolare il giudice osserva come il diritto di formare sindacati e di aderirvi ha uno spiccato contenuto "sociale" che lo rende in parte autonomo dalla più generica libertà di associazione; a parere del giudice, se la Corte non riconoscesse alla libertà sindacale positiva la spiccata natura sociale, essa accoglierebbe una concezione dell'associazionismo sindacale alquanto limitata, perché individualista. La conclusione alla quale giunge il giudice è che al momento di mettere a confronto l'interesse dell'individuo al riconoscimento della libertà di non aderire e l'interesse del sindacato a farsi rappresentante delle istanze dei lavoratori iscritti, i rispettivi diritti devono partire dal medesimo piano di tutela, considerato che entrambi vengono riconosciuti e tutelati dalla disposizione in questione.

⁽³⁰⁾ È il caso dei ferrovieri inglesi *Young, James e Webster*.

⁽³¹⁾ È il caso del ricorrente Sorensen nel giudizio danese.

contenuto decisivo ai fini dell'accoglimento del ricorso, in altre occasioni rileva soltanto a fini argomentativi, al più persuasivi. Rileggendo le considerazioni della maggioranza nel caso *Sibson*, ad esempio, il ragionamento secondo cui la Corte giunse ad escludere che vi sia stata violazione anche per l'impossibilità di considerare in combinato disposto la libertà di associazione con quelle di pensiero, coscienza, religione, espressione. I medesimi elementi, invece, furono presi in considerazione da un punto di vista positivo nel caso *Young, James e Webster* ⁽³²⁾. Anche nel caso *Wilson* fu decisivo il riferimento in combinato disposto alle libertà di non discriminazione e di espressione: una ricostruzione di questo tipo potrebbe portare a ritenere che la Corte possa utilizzare il medesimo approccio per valutare l'eventuale violazione della Carta nel caso di processi di incentivo alla "de-sindacalizzazione", se si ritenesse che le tecniche d'incentivo alla contrattazione esclusivamente individuale (e.g. riconoscendo forme più o meno dirette di maggiorazione retributiva) implicassero un trattamento discriminatorio in ragione dell'affiliazione sindacale.

Come visto, grazie anche ai verbali delle posizioni concorrenti e dissenzienti dei diversi giudici, è dunque possibile rintracciare un disegno evolutivo degli orientamenti degli organi di Strasburgo in fatto di libertà sindacale. È forse ancora prematuro porre l'aspetto negativo di tale libertà sul medesimo piano di quello positivo: da una parte occorre tenere in debito conto la "forza d'inerzia" derivante da un certo modello di relazioni industriali consolidate nel corso degli anni; dall'altra parte sembra innegabile la diversa natura delle due fattispecie.

Da un altro punto di vista l'atteggiamento della Corte rimane assai prudente: si tratta del rifiuto di considerare associazioni ai fini dell'articolo 11 quelle che, in un senso molto lato, possono essere definite le organizzazioni con funzioni pubbliche (quali, e.g., ordini e corporazioni). Vi sono in effetti spunti testuali nella deroga al secondo comma che suggeriscono di non considerare applicabile l'articolo 11 ad organizzazioni con funzioni pubbliche: tuttavia, la *ratio* della eccezione di riserva pubblica dovrebbe essere sollevata esclusivamente quando dette organizzazioni abbiano il chiaro fine di garantire ai cittadini l'indipendenza e la neutralità della pubblica amministrazione ovvero di regolamentare l'attività professionale a tutela degli interessi dei cittadini.

A prescindere da quanto sopra considerato, in relazione alla natura pubblica delle agenzie amministrative occorrerebbe sempre verificarne i compiti prettamente, se non esclusivamente, tecnici: superato questo limite dovrebbero essere sottoposte alla medesima disciplina delle organizzazioni sindacali. In un caso deciso all'inizio degli anni ottanta la Corte seguì in parte questo ragionamento, riconoscendo la legittimità dell'obbligo di iscrizione all'ordine professionale gravante sui ricorrenti (medici) in quanto ad essi veniva in ogni caso riconosciuta la libertà di aderire ai sindacati; pare che almeno agli ordini professionali in senso stretto debba essere riconosciuta una sorta d'immunità dall'articolo 11.

⁽³²⁾ Riguardo al caso dei ferrovieri inglesi suscita una qualche perplessità il richiamo all'art. 10 per l'ultimo ricorrente (*Webster*) il quale in realtà non ha motivato in alcuna maniera la sua decisione di non aderire al sindacato; tuttavia l'antinomia potrebbe essere facilmente superata considerando la giustizia del caso concreto e l'opzione, considerata inopportuna, di giudicare diversamente situazioni analoghe.

Ad ogni modo, anche nel caso di organismi statali o parastatali occorrerebbe comunque considerare il contemperamento tra gli interessi pubblici ed il diritto di libertà del singolo. I diritti di libertà nascono, prima di tutto, per tutelare l'individuo nei confronti dello Stato. Quella maggiore tolleranza che è auspicabile venga mantenuta per le intromissioni determinate dall'interesse generale può essere fornita da un accorto ed equilibrato utilizzo del margine d'apprezzamento (vi si tornerà *amplius* in seguito § 6).

Vengono ora riportati *ratione materiae* alcuni orientamenti della Corte su questioni che, pur non riconducibili strettamente alla tematica della libertà di associazione negativa, possono definirsi sindacali in senso lato. L'analisi sarà funzionale ad allargare lo spettro argomentativo della giurisprudenza della Corte al fine di giungere a qualche osservazione conclusiva di più ampio respiro.

3. Si tratta di una problematica conosciuta dalla Corte recentemente attraverso il caso *Wilson* ⁽³³⁾ il quale convoglia in una sola causa le rimostranze di due gruppi di ricorrenti: il primo formato dai soggetti individuali, il secondo dai due sindacati di cui i ricorrenti fanno parte ⁽³⁴⁾. I ricorrenti individuali chiesero venisse riconosciuta l'illegittimità della discriminazione economica di cui si sentirono vittime rispetto ai colleghi non sindacalizzati. I sindacati, da parte loro, lamentarono l'astensionismo statale nei confronti della massiccia opera di promozione della de-sindacalizzazione portata avanti dalle rispettive controparti datoriali. Secondo i ricorrenti il diritto di essere membri di un sindacato avrebbe dovuto comprendere il diritto di esserne rappresentati ed il diritto di non essere discriminati rispetto agli altri lavoratori: con la conseguenza che lo Stato convenuto sarebbe stato da considerarsi responsabile per comportamento omissivo.

La Corte replicò osservando che ai sindacati era riconosciuto il diritto di essere ascoltati ⁽³⁵⁾ nelle modalità scelte dallo Stato per garantire tale diritto: nel caso in cui fosse stato dovere delle istituzioni pubbliche obbligare i datori di lavoro a contrattare con i sindacati, non si sarebbe stati in presenza di una trattativa pienamente libera; ai sindacati ed ai loro membri erano stati garantiti strumenti ido-

⁽³³⁾ *Wilson e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 30668/96, n. 30671/96, n. 30678/96, decisione resa in data 2 luglio 2002 (riferimento Hudoc n. 3692); si rinvia per ulteriori approfondimenti alla nota di G. COLAVITTI, *La tutela della libertà sindacale nella convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo, tra premesse individualistiche e divieto di disparità di trattamento*, in *GCost*, 2002, 3363, interessante la considerazione dell'autore secondo cui resta improbabile che la Corte possa arrivare a riconoscere nelle dinamiche sindacali importanti fattori di partecipazione democratica dei lavoratori organizzati, come avviene nell'ordinamento italiano, cioè, sia per la natura solo professionale degli interessi dei lavoratori protetti, sia per il fatto che i sindacati proteggono gli interessi dei loro iscritti e non dei lavoratori in generale.

⁽³⁴⁾ Sintesi in fatto: i ricorrenti individuali ricevettero dal management una lettera con la quale venivano edotti dell'intenzione da parte della dirigenza di non rinnovare il contratto collettivo in scadenza e di regolare il rapporto di lavoro per il tempo a venire attraverso la contrattazione individuale; si elencavano i privilegi (soprattutto di ordine economico) di cui si sarebbero avvantaggiati coloro i quali avessero deciso di de-sindacalizzarsi e di accettare il contratto individuale; si esprimevano gli auspici affinché si scegliesse quella via, considerata più rispondente ai principi meritocratici e premiali. I ricorrenti, in seguito al rifiuto di "de-sindacalizzarsi", ebbero un rinnovo salariale meno favorevole rispetto a quello di coloro i quali si erano liberati dal vincolo associativo.

⁽³⁵⁾ Cfr. *Unione Nazionale della Polizia belga c. Belgio*, ricorso n. 4464/70, sentenza resa in data 27 ottobre 1975 (riferimento Hudoc n. 20), e *Unione dei Ferrovieri svedesi c. Svezia*, ricorso n. 5614/72, sentenza resa in data 6 febbraio 1976 (riferimento Hudoc n. 112).

nei per tentare di persuadere i datori di lavoro ad accogliere le posizioni degli aderenti in merito alle questioni di lavoro: ciò è da ritenersi sufficiente per la tutela della libertà d'associazione, mentre alle parti sociali dovrebbe essere lasciata la libertà di riconoscersi o meno quali rispettivi contraenti.

Secondo i giudici, anche alla luce delle connotazioni politiche e sociali della materia e delle rilevanti differenze tra gli ordinamenti, occorre garantire in ogni caso un ampio margine d'apprezzamento agli Stati membri sul come tutelare il suddetto aspetto ⁽³⁶⁾. Uno dei mezzi che la legislazione inglese concede alle associazioni sindacali è il diritto di sciopero. In conclusione, la Corte non considerò che l'assenza nell'ordinamento di un diritto per i sindacati di entrare nelle trattative comporti, da un punto di vista generale, una violazione della libertà di associazione sindacale. In questo caso la legge aveva permesso ai datori di lavoro di adottare una tattica idonea a favorire coloro i quali avessero deciso di recedere dalle *trade unions* offrendo loro vantaggi di varia natura (in primo luogo allettanti rivalutazioni salariali); il Governo aveva concesso ai datori di lavoro di trattare a condizioni meno favorevoli i lavoratori rimasti sindacalizzati e questa condotta aveva costituito un disincentivo all'esercizio della libertà sindacale in forma collettiva. La legge del tempo aveva dunque reso possibile al datore di lavoro di frustrare sul nascere gli sforzi attuati dai sindacati per farsi riconoscere come controparte nelle trattative di lavoro. La Corte notò come la questione da ultimo citata fosse stata criticata dal Comitato di esperti indipendenti della Carta Sociale e dal Comitato OIL per la libertà d'associazione.

Alla luce di quanto riportato la Corte concluse che lo Stato, permettendo ai datori di lavoro di avvalersi di incentivi finanziari per indurre i lavoratori a rinunciare ad un importante diritto sindacale, era venuto meno al suo obbligo positivo di garantire il godimento dei diritti riconosciuti secondo l'articolo 11 della convenzione e tale inadempienza comporta la violazione dell'articolo 11.

Occorre a questo punto prendere coscienza della peculiarità presentata dal caso rispetto ai ricorsi precedentemente analizzati: nel caso Wilson non si lamenta la lesione del diritto sotto l'aspetto negativo, ma sotto quello positivo: la violazione si era consumata in quanto non è stato adeguatamente garantito ai lavoratori il diritto di restare sindacalizzati.

È un dato di fatto che in Europa si stia verificando un *trend* di generalizzata desindacalizzazione (ovvero, sotto un altro punto di vista, di "individualizzazione") del lavoro subordinato; quali ne siano le cause, sono sempre di più i contratti di lavoro regolati al di fuori della contrattazione collettiva; in tali rapporti giuridici le parti contraenti sono due singoli individui: datore di lavoro e prestatore di lavoro. Non v'è dubbio che il padrone ha il più assoluto interesse ad esautorare il sindacato del suo potere di rappresentanza: si pensi alle rivendicazioni in materia salariale e di sicurezza dei luoghi di lavoro; alle attività che possono essere organizzate nei luoghi di lavoro e durante l'orario di lavoro (assemblee, referendum, attività di proselitismo); ai diritti ed alla libertà che discendono dallo *status* di dirigente sindacale; infine, all'attività di autotutela più efficace e temuta: lo sciopero.

⁽³⁶⁾ Vedi anche la sentenza *Schettini ed altri c. Italia* (§ 4).

Ma se delegittimare il sindacato è prioritario, incentivare i lavoratori affinché recedano dai vincoli associativi ha un costo trascurabile in termini di *trade-off* investimento-vantaggi futuri. I frutti si coglieranno quando il datore di lavoro imporrà scelte strategico-aziendali che non potranno più essere contrastate dai sindacati, i quali dall'unità e dalla coesione tra i lavoratori attingono la loro forza. È in questo schema che vanno inquadrati gli eventi oggetto della sentenza.

È curioso che il medesimo Stato, condannato nella sentenza dei ferrovieri per non aver garantito ai ricorrenti il diritto a non essere sindacalizzati (pur con le dovute attenuanti di cui sopra), nel nuovo millennio è stato nuovamente considerato responsabile per non aver garantito il diritto a restare sindacalizzati. In realtà, il paradosso è solo apparente: la fluida giurisprudenza della Corte si muove tra gli interstizi degli ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di mettere in luce e correggere le lacune di tutela. In questo settore, così sensibile alle modifiche intervenute nelle relazioni politiche e sociali, le posizioni da proteggere si modificano nel tempo e la Corte, correttamente, ne segue l'evoluzione.

La Carta in definitiva non riconosce il diritto ai sindacati ad essere riconosciuti come controparte nelle trattative collettive: già in due sentenze degli anni settanta la Corte aveva negato il diritto ad un sindacato belga e ad un sindacato svedese ad essere presi in considerazione come rappresentanti dei lavoratori nelle relazioni industriali. Definito questo punto di partenza, l'argomento per condannare lo Stato non sembra dei più limpidi: in qualche modo la Corte ritenne responsabile il Regno Unito in quanto non sarebbe stato in grado di garantire ai sindacati la libertà di potersi attivare nel tentativo di proteggere gli interessi dei lavoratori aderenti. Si evince, supportati dall'opinione concorrente di uno dei giudici⁽³⁷⁾, che il punto di diritto si basa su una particolare lettura della formula contenuta nel primo comma dell'articolo 11 secondo cui il diritto di costituire ed aderire ai sindacati serve "per la difesa dei propri interessi". Per la Corte tale affermazione implicherebbe che lo Stato è tenuto a garantire ai sindacati il diritto di essere ascoltati e, più in generale, a garantire gli strumenti potenzialmente idonei ad ottenere il riconoscimento da parte del datore di lavoro. Le perplessità sorgono in seguito all'applicazione di questo pacifico principio generale al caso di specie (tecnicamente, non è chiarissima la catena logico-argomentativa di ordine sillogistico che lega la premessa maggiore a quella minore): non si comprende che cosa concretamente la Corte rimproveri al Regno Unito. In altre parole, parrebbe necessario porsi la questione di che cosa, a parere della Corte, il Governo avrebbe potuto fare per garantire il godimento di tali diritti⁽³⁸⁾. La Corte stessa riconosce che la legislazione inglese di per sé non viola la disposizione della Carta. In definitiva, seppur condivisibile la decisione sul piano del merito, sembra carente la leva argomentativa: risulta perciò difficile trarre dalle motivazioni qualche nuovo principio di ordine generale. Al più si potrebbe ricavare una regola al negativo secondo la quale anche nel caso in cui uno Stato riconosca un sistema di relazioni industriali assolutamente privato e libero da influenze di natura pubblica non per

⁽³⁷⁾ *Concurring opinion* del giudice Gaukur Jorundsson, p.23 della sentenza in versione inglese.

⁽³⁸⁾ Diversa è la situazione di Paesi in cui tale comportamento datoriale viene pacificamente ritenuto illegittimo secondo una esplicita previsione, come avviene in Italia per mezzo dell'art. 16 Stat. lav.

questo è giustificato nel momento in cui non riconosca alle parti gli strumenti necessari per tentare di perseguire i propri obiettivi.

4. Gli organi di Strasburgo si sono occupati di recente del tema della selezione dei sindacati secondo vari indici di rappresentatività in due pronunce di ammissibilità in cui i ricorsi sono stati ritenuti manifestamente infondati.

Il primo è un caso italiano ⁽³⁹⁾. I ricorrenti, membri dei Comitati di base del comparto scuola (Cobas), lamentano la discriminazione subita nel corso delle trattative per il rinnovo del contratto collettivo di comparto. A differenza dei sindacati confederali, considerati dalla legge sindacati maggiormente rappresentativi (smr), i Cobas non furono ammessi al tavolo delle trattative. I ricorrenti ritennero contrarie all'articolo 11 tanto l'esclusione dei Cobas, quanto i criteri previsti dalla legge per selezionare i sindacati controparte dell'Aran. L'esclusione avrebbe violato l'articolo 13 in combinato disposto con l'articolo 11, in quanto non è stato consentito ai Cobas di proteggere gli interessi dei propri membri durante le negoziazioni con l'Aran. Il Collegio dei giudici, sulla base di principi ormai consolidati nelle precedenti pronunce, osservò che è obbligo dello Stato garantire la libertà di azione sindacale: il diritto di partecipare alle trattative è uno dei mezzi che può essere apprestato per tale scopo, ma non è certo l'unico; in questo caso i Cobas sono erano stati messi in grado di organizzare uno sciopero, di indire un referendum informale, di incidere sulla riformulazione della bozza del contratto collettivo (emendato secondo le richieste inoltrate dalle organizzazioni sindacali non presenti al tavolo negoziale). In relazione ai criteri selettivi il Collegio chiarì che gli stessi risposero al legittimo scopo di garantire un giusto compromesso tra pluralismo democratico ed efficienza procedimentale.

In un analogo caso d'oltralpe ⁽⁴⁰⁾ il sindacato ricorrente impugnò una legge nella quale erano indicati una serie di criteri per selezionare i sindacati più rappresentativi; questi, così qualificati, furono ammessi a partecipare alle commissioni amministrative paritarie in veste di rappresentanti degli interessi dei lavoratori. Agli occhi del ricorrente i criteri scelti sarebbero stati discriminatori, perché favorevoli ad alcune associazioni politicamente orientate. Il Collegio ribadì che l'articolo 11 appresta tutela ai lavoratori tanto come singoli, quanto come collettività riunita in sindacato (interpretazione lata, ovvero sia in chiave individuale che collettiva della formula contenuta nell'articolo 11 "per i propri interessi/for his interests/pour la défense de ses intérêts"); alla luce dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto all'azione del Governo, la Corte considerò il ricorso manifestamente infondato: dato il forte pluralismo sindacale francese, qualunque criterio adottato sarebbe risultato sfavorevole alle associazioni sindacali escluse.

In ambo i casi, in definitiva, la Corte fa chiaramente trapelare il proprio rifiuto (e forse, ancor più a monte, l'incompetenza) ad intromettersi in settori che riguardano scelte di politica sociale in ambito amministrativo. In effetti la Corte agirebbe certamente nell'illegittimità se si arrogasse il potere di sindacare scelte che riguardano la sfera di libertà riconosciuta all'azione politica: ciò vale in particola-

⁽³⁹⁾ *Schettini c. Italia*, ricorso n. 29529/95, sentenza di non ammissibilità resa il 9 novembre 2000.

⁽⁴⁰⁾ *Federazione sindacale unitaria c. Francia*, ricorso n. 49258/99, sentenza resa in data 29 gennaio 2002 (riferimento Hudoc n. 20154).

re con riferimento al settore della democrazia sindacale, il quale risente inevitabilmente delle peculiarità del sistema socio-politico nazionale. L'unico spazio d'azione residuo per la Corte in tale delicato ambito sarebbe forse quello ipotizzabile nel caso in cui la legge, pur adottando criteri astrattamente neutri e ragionevoli, nella situazione concreta conduca a penalizzare particolari forme organizzative caratterizzate da ampi indici di rappresentanza in unità lavorative di piccole dimensioni (o in alcuni settori), ma non a livello nazionale (o confederale); forse in tale situazione la Corte avrebbe spazio di intervento nel delicato settore della rappresentatività sindacale (vi sono alcuni passaggi argomentativi nelle due sentenze che farebbero in effetti propendere per l'eventuale possibilità per la Corte di entrare nel merito).

5. Il potenziale conflitto tra libertà sindacale individuale e collettiva è posto in piena luce nei casi in cui viene richiamato l'aspetto negativo della libertà in parola: è infatti specialmente in tale ambito che occorre temperare i poteri contrattuali e rappresentativi dei soggetti collettivi con il rispetto dell'esercizio della libertà negativa riconosciuta ai membri dissenzienti ed ai lavoratori esterni al sindacato. È forse questo uno dei problemi di più difficile trattazione in tema di democrazia sindacale, tanto nei diversi sistemi nazionali, quanto (ed a maggior ragione) in un contesto sovra-nazionale.

Ciò che stupisce è che la Corte solo a tratti (soprattutto nelle opinioni dissenzienti di autorevoli giudici) pare aver colto l'importanza decisiva del temperamento degli interessi tra le compagini sindacali ed i singoli lavoratori: i giudici paiono a volte essersi rifugiati in una banalizzazione del principio di giustizia del caso concreto, avvalendosi di argomenti estemporanei o tratteggiati. Si prenda il caso *Sibson c. Regno Unito*, ove la Corte non accenna in alcun modo a considerare la libertà collettiva come parametro per valutare la violazione o meno di quella individuale. Il riferimento alla mera lesione sostanziale del diritto in questione quale elemento decisivo per valutare la violazione sembra quanto mai limitativo, dato che l'accento andrebbe piuttosto posto sulla eventuale legittimità di un contenuto sacrificio della libertà individuale in vista di una primaria necessità di coesione delle rappresentanze sindacali (in particolare in uno Stato nel quale gli accordi collettivi di lavoro ricoprono una funzione primaria di catalizzatore delle istanze sociali).

Non v'è dubbio che la Corte abbia dato rilevanza alle esigenze dei soggetti collettivi (si vedano i casi del tassista islandese e del ristoratore svedese in veste di convenute): ciò che manca è il chiaro ed esplicito temperamento dell'aspetto individuale e di quello collettivo (come osservato in opinione concorrente del caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*), presupposto teorico e concettuale decisivo per affrancarsi da un utilizzo troppo disinvolto e, in alcuni casi, banalmente dirimente del margine di apprezzamento, istituto che è ora venuto il momento di analizzare.

6. Come appena visto, un aspetto che merita di essere messo in luce è il frequente ricorso, nella risoluzione dei casi in argomento, al margine di apprezzamento. Occorre immediatamente chiarire che si tratta di un principio generale, prezioso agli organi di Strasburgo per superare l'*impasse* rappresentata dal divieto di di-

scriminazione tra le parti pur in presenza di ordinamenti di diversa sensibilità sociale, storica, politica. In via di prima approssimazione possiamo definire il margine d'apprezzamento lo strumento di logica giuridica grazie al quale è riconosciuto alla Alta Parte uno spazio di libertà di scelta politico-giudiziaria non sindacabile dalla Corte; è strumento ermeneutico il cui utilizzo in ambito sovranazionale appare inevitabile, ma il cui abuso minaccia la certezza del diritto e la leggibilità dei filoni giurisprudenziali. Da una parte è indubbio che l'utilità del principio verrebbe meno soltanto in un contesto giuridico caratterizzato da una imponente opera di armonizzazione degli ordinamenti; dall'altra occorre rammentare che il preambolo Cedu fa esplicito richiamo al dinamico «sviluppo dei Diritti dell'Uomo» anche «al fine di realizzare un'unione [sempre] più stretta» tra i firmatari.

L'utilizzo del margine d'apprezzamento da parte della Corte è vistosamente più disinvolto nei settori ove più ampia è la distanza tra gli ordinamenti dei Paesi membri: in tal senso si spiega la peculiare importanza che il succitato principio riveste nel campo dei diritti sociali e della libertà sindacale in particolare. Non si può dubitare che lo Stato possa giustificare più agevolmente lo scostamento dagli standard internazionali nel settore sindacale piuttosto che, poniamo, in riferimento al diritto alla vita. Rifacendosi ad una famosa relazione matematica si potrebbe sostenere che l'ampiezza del margine d'apprezzamento riconosciuto è inversamente proporzionale alla vicinanza degli ordinamenti giuridici alla meta dell'"ordine pubblico europeo" nel settore di riferimento.

Passando ad alcuni esempi concreti di utilizzo, pare opportuno in primo luogo far riferimento al caso dei ferrovieri inglesi, ove vengono preliminarmente richiamati il principio di proporzionalità ed il connesso principio di adeguatezza: lo Stato sarebbe stato tenuto ad intervenire in quanto le pretestuose esigenze sindacali non potevano ragionevolmente giustificare una ingerenza di tale entità nella sfera di libertà riconosciuta al singolo; la Corte aggiunse che fossero da interpretare in senso restrittivo le deroghe di cui al secondo comma. Date queste premesse, il margine d'apprezzamento non venne ritenuto dai giudici idoneo ad integrare una legittima causa di giustificazione. Ma, a ben vedere, verrebbe da individuare il passaggio risolutivo del caso ancor più a monte: ammesso che il godimento del diritto di libertà implica anche il riconoscimento di una certa discrezionalità al negativo nel suo esercizio, la Corte non può non riconoscere la manifesta sproporzione tra il danno subito dai ricorrenti e la tutela (al più) simbolica dei "diritti altrui".

Passando al caso islandese, il margine d'apprezzamento venne valutato su un piano di stretta proporzionalità: in tal circostanza il margine d'apprezzamento sembra conformarsi al principio di proporzionalità, dato che la questione sul riconoscimento del margine di apprezzamento venne liquidata sulla scorta del ragionamento secondo cui l'irrogazione del licenziamento era da considerarsi sproporzionata rispetto all'esigenza di garantire un contingentamento delle licenze dei tassisti.

Il caso Gustafsson offre invece gli spunti più ricchi per una analisi della operatività dell'istituto. A ben vedere, la soluzione del caso coincise col riconoscimento in capo allo Stato di un'ampia discrezionalità nello scegliere le misure più opportune per regolare i rapporti tra i diversi gruppi sociali. In questa occasione la

maggioranza dei giudici accolse le argomentazioni del Governo, secondo cui pertiene al singolo Stato disciplinare nel modo che ritenga più opportuno il settore delle relazioni industriali: la Svezia, adottando un sistema forte di delegificazione, aveva scelto di lasciare alle parti sociali il compito di regolare la disciplina collettiva dei rapporti di lavoro. La Corte, trovando ineccepibile la ricostruzione, riconobbe come tale valutazione rientrasse indubbiamente nell'ambito di legittimo apprezzamento riconosciuto alla Parte contraente ⁽⁴¹⁾.

Nel caso *Wilson* la lettura dell'istituto si modellò secondo la natura sindacale del diritto: lo Stato avrebbe dovuto garantire al sindacato strumenti di tutela idonei ad un potenziale raggiungimento degli scopi associativi a prescindere dall'ampia discrezionalità concessa ⁽⁴²⁾.

Alla luce di come il margine d'apprezzamento in tema di articolo 11 è stato utilizzato nei percorsi argomentativi delle diverse pronunce, è ora possibile trarre qualche spunto sintetico. Di primo acchito è agevole individuare lo stretto legame che intercorre (come visto) tra il margine d'apprezzamento e il principio di proporzionalità; questo può definirsi come il criterio secondo cui un intervento od un provvedimento (di regola pubblico) limitativo di una sfera di diritto è legittimo solo in quanto il sacrificio che ne risulta non eccede l'interesse al perseguimento dell'obiettivo.

Nella Carta il principio di proporzionalità è utilizzato di norma per valutare se la restrizione al godimento di un determinato diritto può considerarsi legittima in una società democratica. Può agevolmente osservarsi che un tale principio non può non lasciare ampi spazi alla discrezionalità dell'agente: il confine ultimo, oltre il quale la discrezionalità non trova più giustificazione, è la ragionevolezza (a sua volta concetto scivoloso, eppure riferimento irrinunciabile per un corretto procedere nel ragionamento giuridico). Ecco quindi individuato l'anello di congiunzione tra il margine d'apprezzamento e il principio di proporzionalità: la discrezionalità.

I due concetti, pur profondamente diversi nelle speculazioni teoretiche, si sovrappongono con estrema facilità nella pratica giuridica; in particolare nell'opera di una Corte, quale quella di Strasburgo, che ha nell'operare l'esclusivo (o almeno prevalente) interesse per la soluzione del caso singolo. Pare quindi prospettarsi un'equazione in questi termini: il margine d'apprezzamento è riconosciuto nel limite in cui sui due piatti della bilancia risultino messi pesi uguali ed opposti; il sacrificio deve essere in valore assoluto minore o, al più, uguale al vantaggio di risulta. La tolleranza massima della bilancia è scelta in funzione dei settori del diritto per cui tale pesata è effettuata: più distanti sono gli ordinamenti tra loro, più gravi sono tollerati.

In definitiva occorre prendere atto di come il ricorso a concetti quali margine d'apprezzamento, proporzionalità, ragionevolezza siano sintomatici per la valu-

⁽⁴¹⁾ Significativo che, nell'opinione dissenziente, il giudice Martens manifestò implicitamente il disaccordo per un utilizzo troppo lato del margine d'apprezzamento: secondo l'autorevole opinione non si potrebbe fare leva su questo istituto per giustificare il riconoscimento da parte dello Stato di un arbitrario potere di autotutela del sindacato contro un piccolo albergatore dissenziente: equivarrebbe al riconoscimento di una vera e propria immunità che renderebbe il sindacato giudice ultimo delle controversie tra gli interessi dei suoi membri e quelli dei lavoratori non sindacalizzati.

⁽⁴²⁾ Principio poi confermato nei casi italiano e francese sui criteri di selezione sindacale.

tazione del livello di integrazione raggiunto dai membri del Consiglio d'Europa nei diversi settori del diritto; pare facile prevedere un ritardo nel procedere all'avvicinamento degli ordinamenti in tema di libertà sindacale rispetto ad altri settori, già ora indubbiamente in fase di più avanzata integrazione (si pensi alle regole sul giusto processo ed in particolare sulla ragionevole durata). D'altra parte, un basilare dovere di realismo costringe ad ammettere che un certo margine di flessibilità deve inevitabilmente essere concesso: così come all'individuo si riconosce un'ampia sfera di libertà personale ed inviolabile (ampissima, per fare un esempio, in sede negoziale), allo stesso modo occorre concedere alla dirigenza politica la propria autonomia decisionale, anche nel caso in cui siano coinvolti i Diritti dell'Uomo.

Libertà sindacale negativa ed implicazioni di democrazia sindacale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – Riassunto. *L'A. analizza la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo con riferimento ai confini e al contenuto della libertà sindacale secondo l'art. 11 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Cedu), muovendo nella propria indagine dalla elaborazione in merito alla libertà sindacale negativa intesa come libertà dei lavoratori di non sindacalizzarsi o di non restare sindacalizzati. Detto aspetto non è espressamente considerato nell'art. 11, di modo che acquista specifica rilevanza la relativa elaborazione da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, a partire dalla fondamentale giurisprudenza sulle clausole closed-shop, clausole collettive finalizzate ad imporre ai datori di lavoro vincolati di assumere soltanto lavoratori iscritti ai sindacati contraenti. Ricostruito tale filone giurisprudenziale, attraverso l'esame dei casi fondamentali affrontati dalla Corte, l'A. prosegue la propria indagine affrontando altri temi, quali gli indici di rappresentatività di un sindacato ovvero il potenziale conflitto tra libertà sindacale individuale e collettiva. Risulta un elemento comune nelle pronunce esaminate: l'ampio e frequente ricorso al "margine di apprezzamento", strumento di logica giuridica grazie al quale è riconosciuto alla Alta Parte uno spazio di libertà di scelta politico-giudiziaria non sindacabile dalla Corte. Si tratta di uno strumento ermeneutico inevitabile in ambito sovra-nazionale, ma il cui abuso minaccia la certezza del diritto e la leggibilità dei filoni giurisprudenziali, di modo che, insieme ad altri principi come il principio di proporzionalità, appare di particolare rilievo nell'indicazione del livello di integrazione raggiunto dai membri del Consiglio d'Europa nei diversi settori del diritto. In tal senso le sentenze esaminate dall'A. fanno prevedere un ritardo nell'avvicinamento degli ordinamenti in tema di libertà sindacale rispetto ad altri settori.*

Negative trade union freedom and the implications for trade union democracy of the case law of the European Court of Human Rights (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the case law of the European Court of Human Rights with reference to the provisions for and limits on trade union freedom in Article 11 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights), focusing on the rulings on negative trade union freedoms, concerning the right of workers not to join a union, or not to continue to be union members. This matter is not expressly dealt with by Article 11, and for this reason the interpretation of the European Court of Human Rights is particularly significant, starting from the fundamental case law on the closed shop, based on clauses in collective agreements obliging employers to hire only workers who are members of the unions concluding the agreement. After reconstructing this strand of case law, by examining the main cases considered by the Court, the author goes on to deal with other matters, such as indicators of trade union representativeness, and the potential conflict between individual and collective trade union freedom. It is argued that the leitmotiv in the rulings examined is the extensive use of the margin of appreciation, a logical and judicial doctrine by which the High Parties to the Convention have a degree of political and judicial discretion that cannot be subject to the judgment of the Court. This is an interpretative instrument that is inevitable in a supranational context, but the abuse of this doctrine risks*

reducing the degree of certainty of the law and the predictability of legal provisions. Alongside other doctrines such as the proportionality principle, the margin of appreciation appears to be particularly significant in terms of the level of integration achieved by the members of the Council of Europe in the various areas of law. In this connection the rulings examined in the present study suggest that the approximation of provisions governing trade union freedoms in the various national systems will be difficult to achieve compared to other areas of the law.

Modello legale e modello contrattuale di rappresentanza dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro a confronto: una coesistenza problematica

Barbara de Mozzi

Sommario: **1.** Premessa: la questione della perdurante compatibilità delle intese negoziali del 1993 con l'articolo 19 Stat. lav., postreferendario. – **2.** Compatibilità del sistema negoziale con il sistema legale di rappresentanza, alla luce dell'affermata inderogabilità dell'articolo 19 Stat. lav. – **3.** Il tramonto del carattere cogente del modello statutario, postreferendario. – **4.** Il difficile confronto tra il modello negoziale e il modello legale di rappresentanza. – **5.** Le divergenze: in particolare, l'esercizio dell'iniziativa. – **6.** Coesistenza di RSA e RSU. – **7.** L'esercizio delle prerogative sindacali in caso di coesistenza di RSA e RSU: in particolare, l'assemblea e il referendum. – **8.** La transizione dalle RSA alla RSU: il momento di decorrenza della clausola di salvaguardia. – **9.** L'efficacia cogente della clausola di salvaguardia: profili applicativi – **10.** Riconoscimento di RSA "fuoriuscita" dalla RSU e condotta antisindacale: il datore di lavoro come arbitro del conflitto intersindacale? – **11.** Considerazioni conclusive.

1. È noto che la nascita delle RSU ha costituito un tentativo, per molti aspetti incompiuto, di dare una risposta sul piano negoziale alla sopravvenuta inadeguatezza del modello legale di rappresentanza, ancorato, prima della svolta referendaria, ad una nozione di rappresentatività ormai scarsamente effettiva⁽¹⁾. Al contempo, a fronte della difficoltà di progettare una riforma della rappresentanza condivisa dalle diverse forze politiche, il modello statutario viene sottoposto ai referendum abrogativi del 1995, che portano all'adozione, quale unico presupposto legittimante la costituzione di RSA, del requisito di rappresentatività "tecnica", declinato non più solo al livello nazionale o provinciale, ma anche al livello endoaziendale. Il criterio legale di selezione dei beneficiari della legislazione di sostegno viene così a coincidere con il criterio selettivo proprio dell'«ordinamento intersindacale», ovvero con la «capacità dell'associazione sindacale, verificata nell'esperienza concreta, di conquistarsi un posto al tavolo delle trattative contrattuali e di negoziare utilmente con la controparte imprenditoriale»⁽²⁾.

In tale modo trova ricomposizione quella «frattura del potere di rappresentanza» che, nella versione prereferendaria, aveva portato ad una divaricazione tra il pia-

* Barbara de Mozzi è ricercatrice di Diritto privato e Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Padova.

⁽¹⁾ Cfr. P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum: problemi di applicazione della nuova norma e dibattito sulla riforma*, in RIDL, 1996, 123 ss.

⁽²⁾ *Ibidem*.

no dei diritti e quello degli effetti, tra la titolarità delle prerogative sindacali e l'attività di produzione e gestione contrattuale⁽³⁾. Le prerogative sindacali, intese, in origine, a garantire alle organizzazioni sindacali rappresentative «i canali di comunicazione con i lavoratori rappresentati, necessari per assicurare genuinità ed efficacia alla loro attività di rappresentanza»⁽⁴⁾ e dunque solo indirettamente funzionali alla contrattazione collettiva, vengono ora attribuite al sindacato che abbia già concluso il contratto e sono funzionali all'amministrazione dello stesso⁽⁵⁾.

Tale legificazione del criterio della effettività, con sovrapposizione tra versante negoziale e requisiti di accesso ai diritti sindacali, viene immediatamente valutata criticamente da quanti temono una possibile espansione del potere di accreditamento della controparte imprenditoriale. Il rischio è che la stipulazione del contratto collettivo diventi uno strumento, nelle mani del datore di lavoro, per consentire o negare l'accesso alla zona promozionale dello Statuto, con conseguente affievolimento delle libertà sindacali⁽⁶⁾. Tali timori sono tuttavia fugati dalla Corte Costituzionale⁽⁷⁾. Secondo la Corte, vi è rischio di "accreditamento" quando il datore di lavoro, *nullo iure cogente*, concede pattiziamente le prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. ad una organizzazione sindacale priva dei requisiti legali, ritenuti inderogabili. Tale assunto non mette in discussione «l'idoneità della contrattazione collettiva quale criterio di accertamento della rappresentatività dei sindacati stipulanti»⁽⁸⁾, ma, al contrario, esclude che a tali benefici possano accedere soggetti sindacali che, non avendo partecipato attivamente alla negoziazione di un contratto collettivo a contenuto normativo applicato nell'unità produttiva di riferimento, non siano effettivamente rappresentative dei lavoratori in essa occupati.

Malgrado ciò, ed anzi, proprio alla luce della riaffermata natura rigidamente inderogabile dei requisiti di cui all'articolo 19 Stat. lav., viene delineandosi la questione della perdurante compatibilità delle intese negoziali del 1993, fondate «su un criterio di rappresentatività completamente mutato a seguito del suddetto referendum»⁽⁹⁾ con la "cornice" dell'articolo 19 Stat. lav. e della eventuale coesistenza, in un medesimo contesto produttivo, dell'organismo unitario di rappresentanza con RSA di sigla.

2. La disciplina negoziale consente, in effetti, la partecipazione alle elezioni per la costituzione di RSU anche ad organizzazioni sindacali prive dei requisiti di cui all'articolo 19 Stat. lav. Tale osservazione non riguarda le organizzazioni sindacali legittimate alla presentazione delle liste elettorali in quanto firmatarie

⁽³⁾ M.P. MONACO, *Struttura della rappresentanza sindacale: modelli alla ricerca di un sistema*, in *LD*, 2000, 245.

⁽⁴⁾ M.G. GAROFALO, *Opinione su Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, 659.

⁽⁵⁾ P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale, fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000, 155.

⁽⁶⁾ S. SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005, 98 ss.

⁽⁷⁾ C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244. In senso parzialmente critico v. G. PERA, *Va tutto bene, nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, in *RIDL*, 1996, 447.

⁽⁸⁾ C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, cit.

⁽⁹⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, in *MGL*, 2002, 748.

dell'accordo interconfederale 20 dicembre 1993 e del Ccnl applicato nell'unità produttiva, le quali avrebbero diritto a costituire autonome RSA e a fondere poi i rispettivi organismi rappresentativi *ex* articolo 29 Stat. lav. La questione riguarda invece le organizzazioni sindacali costituite con proprio statuto e atto costitutivo, legittimate alla presentazione di una lista elettorale per la costituzione di RSU in quanto abbiano accettato «espressamente e formalmente» la relativa regolamentazione e a condizione che la lista sia corredata da un numero di firme dei lavoratori occupati nell'unità produttiva pari al cinque per cento degli aventi diritto al voto, dal momento che tali indici non soddisfano il requisito posto dall'articolo 19 Stat. lav., nell'accezione rigorosa accolta dalla Corte Costituzionale.

Affinché il parametro individuato dalla norma di risulta possa essere considerato indice della rappresentatività del sindacato, occorre infatti, come si è detto, che l'organizzazione sindacale non si sia limitata a prestare adesione formale ad un negoziato già concluso, ma che abbia partecipato attivamente alla fase delle trattative, dimostrando così una effettiva forza contrattuale. Secondo la Corte Costituzionale⁽¹⁰⁾, deve inoltre trattarsi di un contratto normativo che regolamenti in modo organico aspetti di rilievo del rapporto di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante, anche in via integrativa di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva⁽¹¹⁾. La semplice accettazione, espressa e formale della regolamentazione relativa all'elezione della RSU contenuta nell'accordo interconfederale non integra dunque il requisito di legge⁽¹²⁾; né, in assenza di una concreta partecipazione al negoziato, si potrebbe invocare un'implicita accettazione e dunque una sorta di "accreditamento reciproco" proveniente dalla controparte, la quale abbia acconsentito alla sottoscrizione dell'accordo da parte dell'organizzazione sindacale rimasta estranea alle trattative.

In realtà, l'adesione all'accordo interconfederale non esige neppure il tacito consenso della controparte imprenditoriale, dal momento che è l'accordo stesso a prevedere espressamente la possibilità di adesione (formale, espressa) delle associazioni terze. La disciplina negoziale consente dunque, certamente, la partecipazione alle elezioni per la RSU ad organizzazioni sindacali che non avrebbero titolo alla costituzione di autonome RSA.

È altresì noto che si è aperto da tempo, in dottrina e in giurisprudenza, il dibattito circa la fruibilità delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. da parte della RSU, unitariamente considerata, ovvero da parte di ciascuna componente sindacale antagonista, eletta o designata nell'ambito dell'organismo di rappresentanza "unitario"⁽¹³⁾. La Corte di legittimità, chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha

⁽¹⁰⁾ C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, cit.

⁽¹¹⁾ Cass. 5 aprile 2007 n. 8585, in *MGC*, 2007, fasc. 4. Ritengono sufficiente la sottoscrizione di un contratto collettivo di tipo gestionale Cass. 11 gennaio 2008 n. 520, in *GLav*, 2008, n. 8, 24, e Cass. 9 gennaio 2008 n. 212, in *MGC*, 2008, fasc. 1; in dottrina, G. GHEZZI, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *q. Rivista*, 1996, n. 1. *Contra*, M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2007, 88; P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 147 ss.

⁽¹²⁾ Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, in *OGL*, 2005, 499.

⁽¹³⁾ In senso favorevole alla tesi pluralista, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 27 aprile 2006, in *D&L*, 2006, 745, con nota di A. VESCOVINI; in senso contrario, Trib. Monza 4 dicembre 2002, in *D&L*, 2003, 70; Trib. Crema 30 marzo 2001, in *OGL*, 2001, n. 1.

accolto in un primo momento l'orientamento "unitario" ⁽¹⁴⁾, in quanto coerente con il carattere inderogabile dell'articolo 19 Stat. lav. e con il principio di parità di trattamento tra sindacati maggiormente rappresentativi, ex articolo 19 Stat. lav., oltre che con i canoni dell'interpretazione del contratto collettivo, e rispettoso della volontà delle parti sociali. L'obiettivo di inscrivere la disciplina negoziale della rappresentanza all'interno della nuova cornice legale, fondata su di un criterio di rappresentatività incentrato sull'effettività dell'azione sindacale, è cioè perseguito attraverso un'interpretazione orientata del Protocollo e dell'accordo interconfederale, nella convinzione che una lettura in senso pluralistico delle regole pattizie non sarebbe conforme all'assetto legale della rappresentanza ⁽¹⁵⁾. Più recentemente, tuttavia, la Corte di Cassazione ha mutato il proprio orientamento, abbracciando la tesi c.d. pluralista ⁽¹⁶⁾ e riconoscendo la titolarità delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. non solo alla RSU collegiale, ma a ciascuna componente di essa. A ben vedere, di per sé, tale svolta era compatibile con l'opinione che assegnava all'articolo 19 Stat. lav. natura di norma inderogabile. Ed infatti, se riguardata dall'angolo visuale della libertà di organizzazione sindacale dei sindacati legittimati ex articolo 19 Stat. lav., l'attribuzione di prerogative sindacali ad associazioni non firmatarie di contratto collettivo, ma aventi i requisiti stabiliti dall'accordo interconfederale per la partecipazione alle RSU, costituisce espressione della scelta di «ripartire i propri privilegi, ad essi spettanti ex lege, con sindacati "terzi"» ⁽¹⁷⁾; rimanendo escluso il rischio di accreditamento a favore del datore di lavoro ⁽¹⁸⁾. Ad ogni modo, tale mutato indirizzo ha costituito l'occasione per la Corte di legittimità di riaffermare il carattere non cogente della norma statutaria, secondo l'interpretazione da sempre avallata dalla migliore dottrina ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁴⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit., anche in *RIDL*, 2003, II, 426, con nota di G. BONI, *R.s.a., r.s.u. e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 St. lav., il Protocollo del 1993 e il referendum del 1995*; Cass. 26 febbraio 2002 n. 2855, in *RIDL*, 2002, n. II, 504, con nota di V. FERRANTE, *Collegialità della r.s.u. e principio di maggioranza*. In senso critico, v. S. SCARPONI, *op. cit.*, 374.

⁽¹⁵⁾ È ben vero che, anche secondo tale orientamento, ciascun componente della RSU potrà fruire in via autonoma dei permessi sindacali e delle prerogative che lo Statuto riserva ai dirigenti di RSA. Tuttavia, tali prerogative, anche nell'ambito di applicazione dell'art. 19 Stat. lav. possono essere fruite dal soggetto investito della funzione di dirigente, liberamente individuato dall'organizzazione sindacale – a prescindere dall'iscrizione al sindacato, ovvero dalla stessa appartenenza a categoria professionale rappresentata dal sindacato (Cass. 24 gennaio 2008 n. 1582, in *MGC*, 2008, n. 1) – sicché non si realizza, per tale via, la violazione dell'art. 19 Stat. lav. Cfr. Cass. 10 gennaio 2005 n. 269, in *RIDL*, 2005, II, 806, con nota di F. FOCARETA, *L'esercizio dei diritti sindacali tra dimensione collegiale delle rappresentanze sindacali unitarie e prerogative delle singole componenti*.

⁽¹⁶⁾ Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, cit., anche in *RIDL*, 2005, II, 549, con nota di R. ROMEI, *La rappresentatività frammentata*.

⁽¹⁷⁾ P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 365. Si veda M. D'ANTONA, *Nel "cratere" dei referendum sulla rappresentatività sindacale (lavoro pubblico e lavoro privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi)*, in *FI*, 1996, 335.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass. 10 gennaio 2005 n. 269, cit. Si veda anche C. CESTER, S. SCARPONI, *Tre questioni in tema di rappresentanze sindacali unitarie*, in *DLRI*, 2006, 173, secondo cui lo spessore dell'Accordo interconfederale è tale da costituire sufficiente garanzia della rappresentatività delle associazioni sindacali terze, ammesse alla partecipazione alle elezioni.

⁽¹⁹⁾ G. GIUGNI, *Sub art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna, 1979, 264. G. PERA, *Interrogativi sullo statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1970, I, 211.

3. È noto che la natura definitoria e non permissiva ha costituito il presupposto del riconoscimento della legittimità costituzionale dell'articolo 19 Stat. lav. pre-referendario ⁽²⁰⁾; norma che, essendo incentrata su criteri «sempre direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale, soltanto per fatto proprio o in base a propri atti concreti» e «oggettivamente accertabili dal giudice» ⁽²¹⁾ non preclude la costituzione di RSA nell'ambito di sindacati diversi da quelli maggiormente rappresentativi, ma si limita a identificare i soggetti titolari delle posizioni attive previste dal Titolo III. Più propriamente, secondo tale opinione, si tratta di norma precettiva ⁽²²⁾, la quale, identificando l'ambito di applicazione delle disposizioni che attribuiscono alle rappresentanze sindacali in essa definite un particolare trattamento, cela una «frazione» di precetto, o meglio, dell'unico precetto espresso in più proposizioni grammaticali, costituito dal Titolo III Stat. lav.

In tale contesto, la svolta rigorista manifestatasi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, con l'affermazione del carattere inderogabile del criterio di cui alla lettera *b*, dell'articolo 19 ⁽²³⁾, testimonia la costante tensione tra ordinamento giuridico e sistema sindacale. Dal semplice sostegno al sindacalismo confederale – ritenuto dapprima ragionevole, alla luce delle contingenti ragioni storiche e progressivamente «agganciato» ai principi costituzionali di solidarietà (articolo 2 Cost.), la Corte giunge, nel 1990, a leggere nella norma dello Statuto un divieto di concessione pattizia delle prerogative di cui al Titolo III a sindacati privi dei requisiti di cui all'articolo 19 Stat. lav. Si passa così da una funzione di «riconoscimento selettivo» ⁽²⁴⁾ del sistema sindacale nell'ordinamento giuridico, ad un «intervento conformativo» del secondo nel primo ⁽²⁵⁾. Tale orientamento della Corte trova radice nel «timore di aprire le porte dell'ordinamento al «disordine» del pluralismo concorrenziale» generato dal nuovo sindacalismo autonomo, dopo il declino dell'originaria situazione di «equilibrio oligopolista» dominata dalle grandi centrali confederali.

E tuttavia, soppressa la lettera *a* dell'articolo 19 Stat. lav. ed accolta una concessione della rappresentatività, anche aziendale, del sindacato tutta giocata sul versante dell'effettività, sembra venuta meno la stessa *ratio* di tale scelta conformativa. Se, infatti, la lettura inderogabile dell'articolo 19 Stat. lav. proposta dalla Corte era in origine coerente con la scelta statutaria di privilegiare le organizzazioni sindacali portatrici di interessi solidaristici di classe, in antagonismo con i processi di frammentazione e con le spinte particolaristiche, potenzialmente pregiudizievoli all'azione di autotutela sindacale ⁽²⁶⁾, oggi, nel mutato quadro normativo, tale intervento conformativo non appare più agganciato a principi costi-

⁽²⁰⁾ C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, in *FI*, I, 963 ss.; C. Cost. 24 marzo 1988 n. 334, in *FI*, 1988, I, c. 1774.

⁽²¹⁾ C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, cit.

⁽²²⁾ G.G. MANCINI, *Le rappresentanze sindacali aziendali nello statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1971, 771.

⁽²³⁾ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, in *MGL*, 1990, n. 1. Malgrado una certa ambiguità sul punto, la Corte, nell'affermare il carattere inderogabile del criterio selettivo di cui alla lett. *b* implicitamente assume la natura permissiva, e non già definitoria, della disposizione. Cfr. P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 364.

⁽²⁴⁾ M. D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, Napoli, 1990, XXXI.

⁽²⁵⁾ Cfr. M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 664.

⁽²⁶⁾ C. Cost. 26 gennaio 1990 n. 30, cit.

tuzionali di solidarietà e finisce per rivolgersi verso gli stessi soggetti autolegittimatisi nel sistema sindacale ⁽²⁷⁾, selezionati sulla base dell'unico criterio della stipulazione del contratto.

Né, a sostenere la natura inderogabile dell'articolo 19 Stat. lav., dopo la svolta referendaria, vale l'osservazione che «se l'acquisto di diritti sindacali è effetto legale del contratto collettivo, non può contemporaneamente far parte del contenuto volontario di esso» ⁽²⁸⁾. Se è vero, infatti, che la legittimazione a costituire RSA non integra il «contenuto» del contratto, e neppure ne costituisce l'«effetto diretto», ma è piuttosto la «conseguenza che l'ordinamento trae da un dato [...] significativo della rappresentatività sindacale» ⁽²⁹⁾, ciò non toglie che il datore di lavoro possa obbligarsi convenzionalmente a riconoscere tali prerogative, o una quota di esse, a soggetti sindacali altrimenti qualificati.

Orbene, i primi germi del superamento di tale orientamento potevano, forse, intravedersi in quelle pronunce di legittimità volte ad escludere la sussistenza di un principio di parità di trattamento tra sindacati maggiormente rappresentativi. Ed infatti, dalla combinazione di tali pronunce, sembrerebbe emergere il principio per cui: «ai sindacati maggiormente rappresentativi è consentito svolgere attività contrattuale per ottenere condizioni migliori rispetto a quelle legali; al contrario ai sindacati non dotati dei requisiti di cui all'art. 19 Stat. lav. è impedito di raggiungere in via negoziale condizioni anche solo inferiori o uguali a quelle di legge» ⁽³⁰⁾. Siffatta limitazione si tradurrebbe in una limitazione della libertà contrattuale costituzionalmente garantita ex articolo 39 Cost., la quale non potrebbe trovare fondamento nel diverso «*status*», riconosciuto dal legislatore ordinario ai sindacati maggiormente rappresentativi ⁽³¹⁾.

Senonché, come si è visto, la Corte di Cassazione ha risolto in un primo momento l'incoerenza non – come ci si sarebbe potuti aspettare – «tornando sui suoi passi» e consentendo l'attribuzione convenzionale dei diritti di cui al Titolo III a sindacati non aventi i requisiti di cui all'articolo 19 Stat. lav., ma al contrario fondando su tale norma la pretesa dei sindacati maggiormente rappresentativi «a non subire differenziazioni capaci di incidere negativamente sulla libertà sindacale», ed affermando – in modo non condivisibile – il principio di parità di trattamento tra organizzazioni ritenute per legge dotate di un eguale tasso di rappresentatività ⁽³²⁾.

Solo recentemente la Corte di legittimità ha rimeditato il proprio orientamento e, – in asserita, pretesa coerenza con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 244/1996 – ha suggellato il tramonto del carattere cogente del modello statutario,

⁽²⁷⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n. 80, 4, 674.

⁽²⁸⁾ P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 369. P. BELLOCCHI, *Nota a C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244*, in *FI*, 1996, 2968.

⁽²⁹⁾ M. DELL'OLIO, *Opinione su Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, 659.

⁽³⁰⁾ Cass. 5 dicembre 1991 n. 13085, in *RGL*, 1992, II, 636 con nota di E. MANGANIELLO, *Parità di trattamento e sindacati maggiormente rappresentativi*; Cass. 20 giugno 1998 n. 6166, in *NGL*, 1999, 146; Cass. 5 giugno 1981, n. 3635, in *MGL*, 1981, 558, e in *MGL*, 1982, 326, con nota di G. MAZZONI, *Rappresentatività sindacale e parità di trattamento fra organizzazioni sindacali*.

⁽³¹⁾ Cfr. E. MANGANIELLO, *op. cit.*, 639.

⁽³²⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit. Nel medesimo senso, v. Cass. 26 ottobre 1991 n. 11442, in *GC*, 1992, 3123, con nota critica di L. NOGLER, *Condotta antisindacale, co-amministrazione dei rapporti di lavoro e principio di uguaglianza tra i sindacati maggiormente rappresentativi*.

incentrato sul nuovo baricentro dell'autonomia contrattuale collettiva. Questa, «se è idonea a veicolare la rappresentatività sindacale in azienda, non può – per la contraddizione che non lo consente – non essere anche idonea [...] a modulare le prerogative sindacali in azienda secondo criteri di rappresentatività nuovi e diversi con il limite del sindacato di comodo [...] o del tutto sganciato da un'effettiva rappresentatività, da verificare caso per caso, e non già in ragione di una sorta di presunzione assoluta, per il solo fatto di un'estensione pattizia o di una diversa configurazione delle prerogative sindacali»⁽³³⁾.

Per altro, di per sé, l'esclusione del carattere inderogabile dell'articolo 19 Stat. lav. non costituisce argomento a favore dell'accoglimento della tesi pluralista, anziché unitaria, in ordine all'esercizio delle prerogative statutarie; questione, quest'ultima, la quale va risolta sulla base dell'esegesi letterale e sistematica degli accordi istitutivi, i quali, a parere di chi scrive, forniscono elementi sufficienti per l'accoglimento dell'orientamento unitario, l'unico coerente con il “contenuto” dell'ordinamento sindacale e capace di contrastare i rischi di una «rappresentatività frammentata»⁽³⁴⁾.

4. Malgrado la piena compatibilità, residuano, tuttavia, tra sistema negoziale e sistema legale postreferendario di rappresentanza dei lavoratori sui luoghi di lavoro, significativi “atriti”, già evidenziati per il passato dalla Corte di legittimità⁽³⁵⁾.

In senso contrario, parte della dottrina⁽³⁶⁾ ritiene che l'articolo 19 Stat. lav., anche nella versione postreferendaria, costituisca una sorta di “guscio vuoto”, che individua bensì i destinatari della legislazione di sostegno, ma non interferisce sulla struttura della rappresentanza, la cui concreta determinazione è rimessa all'autonomia collettiva, nel rispetto del principio costituzionale di libertà di organizzazione sindacale. Secondo tale impostazione, il nuovo articolo 19 non si preoccuperebbe, cioè, «di imporre forme plurime piuttosto che unitarie di rappresentanza», limitandosi a privilegiare «la rappresentanza fotografata in concreto rispetto a quella presunta o irradiata»⁽³⁷⁾. Entrambi i modelli procederebbero dunque nella medesima direzione, dell'abbandono del criterio di rappresentatività presunta, a favore di una rappresentatività effettiva, misurata, rispettivamente, sulla capacità del sindacato di imporsi come interlocutore in azienda (il sistema legale) ovvero, prevalentemente, sulla capacità di aggregare consenso tra i lavo-

⁽³³⁾ Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, cit.; Cass. 10 gennaio 2005 n. 269, cit. Soltanto nell'ambito di tale, rinnovato, quadro giurisprudenziale sembrano trovare riparo quelle clausole del Ccnl metalmeccanici, le quali riconoscono il godimento dei diritti sindacali ai sindacati, dissenzienti, firmatari della precedente intesa, del 2 febbraio 1994. Si veda L. MARIUCCI, *Contrattazione collettiva e rappresentanza sindacale: qualche idea per rilanciare il tema*, in *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005, 469.

⁽³⁴⁾ R. ROMEI, *op. cit.*; I. INGLESE, *R.s.u. e indizione dell'assemblea*, nota a Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, in *MGL*, 2005, 231. Il dibattito dottrinale si è recentemente arricchito delle opinioni di C. CESTER, S. SCARPONI, *op. cit.*, 173 e 181. Cfr. B. DE MOZZI, *Ancora sulla legittimazione processuale dello Slai-Cobas e sui diritti delle sue componenti in seno alle rappresentanze sindacali unitarie*, nota a Trib. Nola 10 luglio 2001, in *RIDL*, 2002, 730.

⁽³⁵⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit.

⁽³⁶⁾ P. ICHINO, *op. cit.*, 123 ss.

⁽³⁷⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *Le “ricadute” del referendum modificativo dell'art. 19 L. n. 300/70*, in *q. Rivista*, 1996, n. 2, 94.

ratori dell'unità produttiva (il sistema negoziale). E la stessa scelta referendaria di collocare il «baricentro della rappresentatività per l'accesso ai diritti sindacali» in capo ai sindacati protagonisti della contrattazione è considerata perfettamente coerente con l'obiettivo, sotteso al sistema del Protocollo e dell'accordo interconfederale, di «assicurare una cerniera»⁽³⁸⁾ tra organismi unitari di rappresentanza e sindacati esterni, titolari della funzione contrattuale.

È tuttavia difficile riuscire a conciliare le RSU negoziali «serventi al sistema contrattuale e per questo dotate *ex ante* della titolarità alla trattativa»⁽³⁹⁾ con le RSA statutarie, le quali possono essere costituite solo nell'ambito di associazioni le quali abbiano già stipulato il contratto collettivo, anche solo a livello aziendale. Diversa è infatti la «filosofia» sottesa alla disciplina delle RSU – depositarie del coordinamento tra i livelli contrattuali – rispetto alla *ratio* dell'intervento referendario che, più attento «all'esercizio dei poteri non negoziali del sindacato»⁽⁴⁰⁾, sostiene un sistema fondato sul libero e reciproco riconoscimento delle parti e, dunque, in certa misura, eccentrico rispetto all'assetto negoziale gerarchicamente ordinato del Protocollo. Diverso è, inoltre, il «baricentro» delle relazioni sindacali, individuato da ciascun modello: da un lato, il sistema protocollare, incentrato sul sindacato nazionale di categoria, titolare dell'iniziativa per la presentazione delle liste e della riserva di un terzo dei seggi (in quanto firmatario del Ccnl); dall'altro, il sistema legale, il quale, superata l'originaria diffidenza verso le potenzialità disgregatrici e particolaristiche espresse dal livello aziendale, rinnega le scelte solidaristiche ed aggregative già avallate dalla Consulta, al punto da entrare in rotta di «collisione con il complessivo assetto dello Statuto e con la filosofia di ispirazione dello stesso»⁽⁴¹⁾.

I due modelli non sono dunque equipollenti. La stessa Corte Costituzionale⁽⁴²⁾ ha del resto escluso che, in assenza di regole certe e democratiche di misurazione del consenso, il parametro elettorale «spurio» adottato dall'accordo interconfederale possa essere considerato, in alternativa a quello legale, quale indice di rappresentatività del sindacato in azienda. Ad emergere è, ancora una volta, l'inadeguatezza dello strumento negoziale prescelto a costituire il fondamento della «riqualificazione del criterio di maggiore rappresentatività dell'organizzazione sindacale»⁽⁴³⁾ a livello superaziendale.

5. In linea generale, l'emersione, quale unico criterio selettivo per la costituzione di RSA, della sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, postula la necessità di una rappresentatività anche aziendale del sindacato e dovrebbe indurre al recupero della centralità del requisito della iniziativa dei la-

⁽³⁸⁾ P. TOSI, *L'esito referendario e i suoi effetti sulle relazioni industriali in azienda*, in *q. Rivista*, 1996, 43 ss.

⁽³⁹⁾ P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 154.

⁽⁴⁰⁾ G. PELLETTIERI, *Dalle r.s.a. alla proposta di legge sulla rappresentatività sindacale: lo "stato dei lavori"*, in *DL*, 2000, 331.

⁽⁴¹⁾ G. FERRARO, *Legislazione promozionale e rappresentanza sindacale*, in *LG*, 1996, 369; cfr. C. CESTER, S. SCARPONI, *op. cit.*, 174.

⁽⁴²⁾ C. Cost. 12 luglio 1996 n. 244, cit.

⁽⁴³⁾ P. ALLEVA, *Le nuove regole della rappresentanza sindacale tra pubblico e privato*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, 6.

voratori. Dal confronto tra il modello legale e quello negoziale di rappresentanza, emerge tuttavia una significativa divergenza: l'iniziativa per la costituzione delle RSA, attribuita espressamente dall'articolo 19 Stat. lav. ai lavoratori dell'unità produttiva è invece riservata dagli accordi del 1993 alle centrali associative, le quali assumono il ruolo di «garanti»⁽⁴⁴⁾ del funzionamento della RSU stessa nei confronti della controparte datoriale.

Parte della dottrina ha posto in luce come l'attribuzione dell'iniziativa per la costituzione delle RSU alle associazioni sindacali, nel segnare una netta rottura rispetto alla disciplina dell'articolo 19 Stat. lav., rappresenti un primo tentativo di rendere la rappresentanza aziendale emanazione del sindacato⁽⁴⁵⁾. Verrebbe così a mancare uno dei due requisiti essenziali richiesti dall'articolo 19 Stat. lav. per la costituzione di RSA (l'iniziativa dei lavoratori) e ciò renderebbe impossibile l'identificazione della RSU con la RSA unitaria delle organizzazioni sindacali stipulanti.

È ben vero che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sufficiente una qualsiasi forma di collegamento tra la RSA e la base dei lavoratori, ivi compresa una non equivoca appropriazione, da parte dei lavoratori, dell'attività costitutiva proveniente dal sindacato⁽⁴⁶⁾. La stessa Corte, tuttavia, ha a più riprese ribadito la necessità di fare salvo il requisito dell'iniziativa dei lavoratori, «a prescindere dagli accordi intercorsi tra le associazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro per regolare le modalità di costituzione delle rappresentanze aziendali in ogni unità produttiva»⁽⁴⁷⁾; configurando così tale requisito, espressione del preminente interesse dei lavoratori, indisponibile nei confronti dei sindacati di appartenenza⁽⁴⁸⁾ e tale da impedire l'ingresso di questi ultimi *motu proprio* nei luoghi di lavoro.

Né sembra possibile ravvisare, come proposto da parte della dottrina⁽⁴⁹⁾, un atto di iniziativa per la costituzione della RSA unitaria nella partecipazione dei lavo-

⁽⁴⁴⁾ C. CESTER, *Membri di rappresentanza sindacale unitaria e vincolo sindacale*, in *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, cit., 160.

⁽⁴⁵⁾ L. BELLARDI, *Concertazione e contrattazione. Soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Cacucci, Bari, 1999, 150.

⁽⁴⁶⁾ Cass. 5 febbraio 2003 n. 1684, in *DL*, 2005, II, 75, con nota di F. IACOBONE, *La tutela ex art. 22 dello Statuto dei lavoratori*; Cass. 16 giugno 2000 n. 8207, in *OGL*, 2000, 1314. Su tali questioni si rinvia a V. DI CERBO, *Art. 19 Stat. lav. Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. II, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, 2001, 823. Per una disamina del modo di intendere il requisito dell'iniziativa, v. M. MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali aziendali vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 1989, 49.

⁽⁴⁷⁾ Cass. 21 febbraio 1984 n. 1256, in *FI*, 1985, I, 551. V. anche Cass. 24 gennaio 2008 n. 1582, cit., secondo cui le associazioni sindacali non possono limitare in alcun modo la facoltà dei lavoratori di costituire RSA, restando tuttavia libere di accogliere o no nel proprio "ambito" dette rappresentanze.

⁽⁴⁸⁾ Neppure è consentito al sindacato assumere l'iniziativa «in rappresentanza degli iscritti». Cfr. M. TREMOLADA, *I rapporti tra regolamenti collettivi di lavoro*, La Garangola, Padova, 1983, 117 ss.; A. CESSARI, *Sub art. 19*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, 644. *Contra*, G. GIUGNI, P. CURZIO, *Sub art. 19*, in G. GIUGNI (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, 321. Cfr. G.C. PERONE, *Organismi sindacali aziendali*, in *EGT*, 1990. M. MEUCCI, *Sul diritto dei sindacati di fissare condizioni per la rappresentatività delle r.s.a. promosse dai lavoratori*, nota a Cass., sez. un., 8 settembre 1981 n. 5057, in *GC*, 1982, 108.

⁽⁴⁹⁾ E. GHERA, *La riforma della rappresentanza sindacale nel protocollo di luglio e nell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1993*, in E. GHERA, P. BOZZAO, *La rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro 1970-1993*, SIPI, Roma, 27.

ratori alle elezioni della RSU, configurando il ruolo del sindacato come meramente strumentale all'esercizio del diritto di voto da parte dei lavoratori. L'accordo, infatti, è esplicito nell'attribuire l'iniziativa alle associazioni sindacali e nello stabilire tempi e modi dell'esercizio di essa ⁽⁵⁰⁾, a prescindere da ogni autonomo atto propulsivo dei lavoratori ⁽⁵¹⁾. In sostanza i sindacati, nel disciplinare, in modo vincolante nei confronti della controparte datoriale, i requisiti per la ricezione nel proprio "ambito" degli organismi di rappresentanza, si sono arrogati la titolarità del potere promozionale, riservato dalla legge ai lavoratori dell'unità produttiva. Diverso sarebbe stato subordinare l'indizione delle elezioni, da parte dei sindacati, alla richiesta di una quota percentuale di lavoratori occupati nell'unità produttiva. Al contrario, i sindacati hanno preferito mantenere la piena disponibilità dell'iniziativa elettorale, garantendosi così l'accesso in azienda a prescindere dalla esplicita "richiesta" dei lavoratori, cui spetta solamente la scelta, tra una rosa di candidati, indicati dalle organizzazioni. È ben vero che i lavoratori potrebbero astenersi dal voto; e tuttavia, da un lato, in caso di mancato raggiungimento del *quorum* la Commissione elettorale e le organizzazioni sindacali potrebbero considerare valide le elezioni; dall'altro, non sembra facile inferire, dal carattere in ipotesi impeditivo per la costituzione di RSU della mancata partecipazione al voto, argomento sufficiente per configurare la partecipazione stessa come «esclusiva, volontaria iniziativa» ⁽⁵²⁾ dei lavoratori, senza svalutare eccessivamente il requisito di cui all'articolo 19 Stat. lav.

Non è, in definitiva, possibile identificare la RSU nella «r.s.a. unitaria dei sindacati aderenti all'accordo» ⁽⁵³⁾. Conclusione, questa, implicitamente accolta dalla stessa Corte di Cassazione, nel momento in cui riconosce una netta divisione dei piani regolatori, tra RSA ed RSU, che rende di fatto impossibile ogni "osmosi" tra i due organismi, ovvero l'applicazione analogica alla RSU della disciplina dettata in tema di RSA ⁽⁵⁴⁾. Non si può, tuttavia, ritenere che la scelta degli accordi di avocare ai sindacati la «titolarità del potere promozionale e di rappresentanza dei lavoratori nell'azienda, attribuendone l'esercizio ad un'apposita struttu-

⁽⁵⁰⁾ Diverso sarebbe stato subordinare l'indizione delle elezioni, da parte dei sindacati, alla richiesta di una quota percentuale di lavoratori occupati nell'unità produttiva.

⁽⁵¹⁾ È vero che per la validità delle elezioni è richiesta la partecipazione di tanti lavoratori che rappresentino almeno il cinquanta per cento degli aventi diritto al voto, di modo che, astenendosi dal partecipare alle elezioni i lavoratori potrebbero, in linea di principio, impedire l'ingresso dei sindacati in azienda. Nel caso in cui il *quorum* non sia raggiunto, tuttavia, l'accordo consente alla commissione elettorale «e alle organizzazioni sindacali» di prendere ogni determinazione in ordine alla validità della consultazione, in relazione alla situazione venutasi a determinare nell'unità produttiva.

⁽⁵²⁾ C. Cost. 6 marzo 1974 n. 54, cit.

⁽⁵³⁾ Come prospettato da E. GHERA, *op. cit.*, 24, il quale riconduce la RSU alla fattispecie di cui all'art. 29 Stat. lav. Osta a tale tesi, oltre alla rilevata difficoltà di identificare nella partecipazione al voto l'"iniziativa" di cui all'art. 19 Stat. lav., l'assenza di un diretto legame con la base dei lavoratori delle componenti di nomina sindacale (che, in ipotesi di insuccesso elettorale dei sindacati "riservatari", potrebbero costituire autonome componenti all'interno della RSU). Sembrerebbe inoltre un po' artificioso ipotizzare la coesistenza, nell'ambito di una medesima unità produttiva, di RSA di sigla, costituite nell'ambito di sindacati non firmatari degli accordi del 1993, e di una distinta «unione delle r.s.a.» dei sindacati firmatari, elette dai lavoratori; unione che – secondo una certa impostazione dottrinale – porterebbe a configurare la RSU come associazione di associazioni (atipiche), dando vita a problemi di non facile soluzione in ipotesi di eventuali deliberazioni difformi delle organizzazioni stesse. Cfr. R. PESSI, *Sub art. 29*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *op. cit.*, 1036 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit.; Cass. 1° febbraio 2005 n. 1892, cit.

ra da essi promossa»⁽⁵⁵⁾ sia perciò solo illegittima. Residua, infatti, a favore dei lavoratori la libertà di costituire associazioni sui luoghi di lavoro *ex* articolo 14 Stat. lav., ovvero di promuovere RSA nell'ambito di sindacati estranei all'accordo, non essendo i lavoratori stessi vincolati, rispetto alla sfera dell'attività promozionale garantita dalla legge, «dal rapporto associativo eventualmente esistente tra essi e il sindacato extraziendale»⁽⁵⁶⁾. Del resto, la disciplina in oggetto non collide neppure con l'articolo 19 Stat. lav. Come ha, a suo tempo, chiarito la Corte di legittimità, rappresentanze sindacali aziendali possono venire ad esistenza «solo all'interno delle più ampie organizzazioni» indicate dall'articolo 19, e dunque «se i sindacati rifiutano di recepire nel proprio seno la costituenda rappresentanza aziendale, essa non può formarsi»⁽⁵⁷⁾.

In tale contesto, il sistema normativo dello Statuto manifesta tutta la debolezza di una scelta, quale quella di tutelare la libertà sindacale in azienda unicamente nei confronti dell'imprenditore (come «libertà da») (58), ma che non si pone il problema di definire la posizione dei rappresentanti nei confronti dei lavoratori ovvero del sindacato.

6. Molteplici sono le questioni scaturite dall'intreccio della disciplina pattizia delle RSU con quella legale, postreferendaria, delle RSA. Parte della dottrina, pronunciandosi nell'immediatezza delle consultazioni referendarie, riteneva che, in esito alle stesse, non residuasse alcun ambito di possibile coesistenza tra RSA e RSU. Posto che la sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva è, nella norma di risulta, l'unico criterio legittimante ai fini della costituzione di RSA e che la totalità dei contratti collettivi dell'industria ha accolto il sistema unitario di rappresentanza (tramite l'esplicito rinvio alla disciplina interconfederale o con la negoziazione di clausole di dettaglio), verrebbe meno, secondo tale orientamento, qualsiasi spazio per l'autonoma costituzione di RSA e svanirebbe nel nulla «ogni problema nascente dal divario con il modello legale di rappresentatività o dalla limitazione dell'efficacia soggettiva dei contratti»⁽⁵⁹⁾. Infatti, i sindacati stipulanti il contratto collettivo, perciò solo, si sono obbligati a rinunciare alla costituzione di RSA mentre, in caso di mancata sottoscrizione, non avrebbero comunque titolo a proprie rappresentanze aziendali.

Né l'opzione per l'unitarietà della rappresentanza, sancita dalle fonti superiori, potrebbe essere rimessa in discussione al livello aziendale, senza travolgere l'intero assetto delle relazioni sindacali, disegnato dal Protocollo. Quest'ultimo demanda al livello aziendale unicamente una funzione integrativa del contratto nazionale di lavoro, postula l'omogeneità degli agenti contrattuali ai diversi livelli ed in particolare individua nelle RSU (insieme alle strutture territoriali dei sindacati esterni) l'agente contrattuale a livello aziendale. L'accordo, inoltre, vinco-

⁽⁵⁵⁾ G. FERRARO, *op. cit.*, 365.

⁽⁵⁶⁾ M. TREMOLADA, *op. cit.*, 123.

⁽⁵⁷⁾ Cass., sez. un., 8 settembre 1981 n. 5057, cit.; cfr. Trib. Ravenna 27 luglio 2005, in *GC*, 2005, I, 195.

⁽⁵⁸⁾ M. D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei diritti dei lavoratori rivisitato*, in *LD*, 1990, 247.

⁽⁵⁹⁾ M. NAPOLI, *Le r.s.u. dopo i referendum: la parola ai contratti collettivi in attesa di una legge*, in M. NAPOLI, *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, 404, secondo il quale «chi firma il contratto collettivo con ciò stesso opta per la rappresentanza unitaria».

la la controparte datoriale a consentire la costituzione di RSU e a contrattare con esse in esclusiva, rifiutando di riconoscere altri interlocutori in azienda. Non sarebbe, pertanto possibile ai sindacati accedere ai benefici della legislazione di sostegno neppure percorrendo la “via breve” del contratto aziendale.

Deve tuttavia dubitarsi che l'individuazione negoziale dei soggetti legittimati alla contrattazione collettiva configuri un “vincolo di esclusiva” per l'imprenditore, tale da qualificare come inadempimento contrattuale⁽⁶⁰⁾, verso i sindacati stipulanti, l'avvio di trattative, o la stipulazione di contratti aziendali con soggetti sindacali diversi, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero, sul piano risarcitorio ed eventualmente della repressione della condotta antisindacale⁽⁶¹⁾. Non emerge, infatti, dal testo delle clausole del Protocollo (punto 2, lettera e) alcun impegno delle parti a negoziare in esclusiva⁽⁶²⁾, quanto piuttosto la volontà di predisporre, al livello interconfederale un insieme di regole coerenti per la disciplina dei reciproci futuri rapporti contrattuali. Del resto, un eventuale vincolo di esclusiva, incidendo indirettamente sulla libertà contrattuale altrui, diretta esplicazione della libertà sindacale costituzionalmente garantita⁽⁶³⁾, non sarebbe meritevole di tutela da parte dell'ordinamento e dunque sarebbe destinato a rimanere lettera morta⁽⁶⁴⁾.

La stipulazione di accordi separati con sindacati extraconfederali, in ipotesi anche solo endoaziendali, pur in presenza di una RSU legittimata dalla maggioranza del personale dell'impresa, non pare dunque sanzionabile e può in concreto condurre alla coesistenza in un medesimo ambito produttivo di RSA e di RSU. Del resto, ciascuna associazione sindacale potrebbe in ogni momento dare disdetta all'intero accordo interconfederale (articolo 23) e riacquisire così il diritto alla costituzione di RSA, ricorrendone i requisiti. Più semplicemente, la possibilità di coesistenza di RSA ed RSU in una medesima unità produttiva discende dalla limitata efficacia soggettiva della disciplina contrattuale, oltre che dalla limitata portata della clausola di salvaguardia⁽⁶⁵⁾. Tale coesistenza si è in concreto realizzata, dando luogo a difficili problemi in tema di contrattazione, procedure di informazione e consultazione, ripartizione dei diritti e delle prerogative legali e contrattuali, con duplicazione di oneri a carico delle aziende.

⁽⁶⁰⁾ In tal senso v. invece P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 155.

⁽⁶¹⁾ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina delle rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum*, in *Quaderni di ADL*, 1996, 13. *Contra*, L. DE ANGELIS, *Questioni transitorie, in tema di rappresentanza sindacale in azienda dopo il referendum*, in *FI*, 1996, 334, il quale ammette il ricorso all'art. 28 Stat. lav., salvo poi sostenere che «il provvedimento *ex art.* 28 l. n. 300 del 1970 non potrà in ogni caso coinvolgere l'accordo stipulato con altri soggetti sindacali».

⁽⁶²⁾ P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., 132.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., 673. Avverte tuttavia G. GIUGNI, *op. cit.*, che la libertà di contrattazione «non comprende necessariamente il diritto di stipulare contratti, e neppure il diritto a svolgere trattative. [...] L'attività contrattuale garantita dalla Costituzione ha per oggetto i comportamenti strumentali al conseguimento di accordi, e cioè all'elaborazione delle proposte rivendicative, la proposizione di esse, la formazione di delegazioni e, più in generale, le scelte dei comportamenti negoziali appropriati».

⁽⁶⁴⁾ P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, cit., 132, n. 31. Cfr. L. MARIUCCI, *Sub art. 37*, in F. CARINCI (a cura di), *Commentario del contratto collettivo dei metalmeccanici dell'industria privata*, Jovene, Napoli, 1989, 314 ss.; E. MANGANIELLO, *Verso l'istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale: la disciplina negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie*, in *RIDL*, 1997, 457.

⁽⁶⁵⁾ *Infra*, § 8.

7. L'accordo del 20 dicembre 1993 non regola – né avrebbe avuto titolo a regolare – la ripartizione delle prerogative sindacali tra i diversi organismi di rappresentanza eventualmente presenti in azienda, limitandosi a prevedere la successione della RSU e dei suoi membri nell'esercizio delle prerogative sindacali attribuite dalla legge alla RSA e ai suoi dirigenti. Spetta dunque all'interprete verificare quale sia la corretta ripartizione, in tali ipotesi, delle prerogative sindacali.

Quanto al referendum, parte della dottrina ritiene che il ricorso a tale strumento sia precluso nelle materie di competenza delle RSU. Il mandato elettorale sarebbe in sostanza idoneo di per sé a stabilire un collegamento diretto ed esclusivo tra rappresentati e rappresentanti, il quale non tollerebbe altre forme di validazione, durante il periodo di svolgimento. In tale prospettiva, l'eventuale dissenso della base troverebbe spazio solo al termine del mandato, tramite il voto⁽⁶⁶⁾.

I recenti contratti collettivi, nel disciplinare tale istituto, attribuiscono l'iniziativa per la convocazione talvolta a «tutte le r.s.a. presenti in azienda», talaltra «alla r.s.u.»⁽⁶⁷⁾. In caso di coesistenza di RSA e RSU in una medesima unità produttiva, esclusa senz'altro la possibilità di una convocazione disgiunta da parte del membro di RSU sembra, in ogni modo, più corretto ritenere che l'iniziativa spetti congiuntamente a RSU e RSA.

Più problematica pare la questione della fruizione del diritto di assemblea da parte di lavoratori occupati in unità produttive «coabitate» da RSA e RSU⁽⁶⁸⁾. La giurisprudenza, chiamata a decidere sul punto, ha ritenuto antisindacale il comportamento del datore di lavoro che, essendo state indette, da RSA e RSU, complessivamente, dieci ore di assemblea, abbia considerato esaurito il monte ore a disposizione di ciascun lavoratore, a prescindere dalla verifica della concreta partecipazione o meno del singolo alla riunione⁽⁶⁹⁾. Nel caso di specie il datore di lavoro si era rifiutato di retribuire la partecipazione del lavoratore ad un'ulteriore ora di assemblea indetta dalla RSU, nel presupposto che la semplice convocazione della riunione da parte di uno dei soggetti legittimati fosse sufficiente a “consumare” il diritto, a prescindere dalla concreta partecipazione da parte del singolo. Tale interpretazione, tuttavia, svaluta eccessivamente la lettera della legge, la quale è chiara nell'attribuire il diritto di partecipazione ai singoli lavoratori⁽⁷⁰⁾.

La dottrina ha chiarito come dall'articolo 20 Stat. lav. origini, da un lato, in capo alla RSA una posizione di potere giuridico (potere di convocazione) e, dall'altro, in capo a ciascun lavoratore, una posizione di diritto soggettivo, esercitabile, nei confronti del datore di lavoro, «se ed in quanto rientri tra i convocati e ove inten-

⁽⁶⁶⁾ E. MANGANIELLO, *Verso l'istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale: la disciplina negoziale delle rappresentanze sindacali unitarie*, cit.

⁽⁶⁷⁾ V., tra i primi, il Ccnl del settore commercio (terziario, distribuzione, servizi); attribuisce invece l'iniziativa «a tutte le r.s.u.» il Ccnl catene alberghiere, 10 febbraio 1999.

⁽⁶⁸⁾ D. BONSIGNORIO, *Fruizione del diritto di assemblea in unità produttiva “coabitata” dalla r.s.u. e da una r.s.a. collegata a sindacato autonomo*, nota a Pret. Pavia 9 febbraio 1998, in *RGL*, 1999, 133 ss.

⁽⁶⁹⁾ Pret. Pavia 9 febbraio 1998, cit., 133.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. G. SUPPIEI, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, relazione al IV Congresso Nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, Saint Vincent, 3-6 giugno 1971, 32. In giurisprudenza v. App. Torino 15 marzo 1972, in *MGL*, 1973, 233; App. Brescia 30 maggio 1973, in *MGL*, 1973, 233, ora tutte in E. COSTANZO, G. PUCCI (a cura di), *Statuto dei lavoratori – Rassegna di giurisprudenza*, Pirola, Milano, 1975, 139.

da avvalersene»⁽⁷¹⁾. La stessa Corte di Cassazione implicitamente avalla tale posizione nel momento in cui ritiene che l'appartenenza al gruppo di lavoratori per cui l'assemblea sindacale è stata indetta non faccia sorgere, di per sé sola, il diritto del dipendente di astenersi dal lavoro senza perdita della retribuzione, ove il lavoratore non abbia in concreto partecipato all'assemblea. E ciò, in ragione del fatto che «l'art. 20 sancisce il mantenimento alla retribuzione, nonostante la mancanza di attività lavorativa, esclusivamente in funzione dell'esercizio del diritto di riunione»⁽⁷²⁾.

È invece prassi diffusa tra le aziende quella di calcolare il numero delle ore di assemblea in base alle convocazioni complessivamente effettuate dalle diverse sigle sindacali, senza alcuna verifica dell'effettiva partecipazione di ciascun lavoratore, adducendo il necessario rispetto dell'articolo 8 dello Statuto, oltre all'evidente difficoltà di un controllo *ad personam*. Tale controllo sulla partecipazione sindacale del lavoratore configura, tuttavia, una semplice conseguenza – legittima – della necessità di garantire la corretta fruizione del diritto da parte del singolo, salvo, naturalmente il limite del divieto di pratiche discriminatorie o intimidatorie⁽⁷³⁾.

Del resto, l'interpretazione qui accolta, secondo cui la semplice indizione dell'assemblea da parte di RSA di sigla ovvero della RSU non “consuma” il diritto del singolo, ha il pregio di evitare quel fenomeno di vera e propria rincorsa tra sindacati, i quali, nelle prime ore del primo giorno utile, trasmettono alla direzione l'intero calendario delle assemblee programmate durante l'anno. Con la conseguenza che sindacati meno “tempestivi” si vedono opporre dal datore di lavoro l'avvenuta consumazione del monte ore complessivo a disposizione dei lavoratori.

8. Con la stipulazione dell'accordo interconfederale, le associazioni firmatarie si sono obbligate a dare corso alla costituzione delle RSU, attivandosi tempestivamente, ovvero esercitando uno specifico obbligo di influenza nei confronti delle associazioni nazionali ad esse aderenti. Analogo obbligo è assunto dalle associazioni sindacali successivamente aderenti all'accordo interconfederale, ai sensi dell'articolo 1.

Invero, la lettera dell'accordo sembrerebbe, ad una prima lettura, limitarsi a consentire, ma non imporre la costituzione di RSU in luogo delle RSA. Tuttavia, da un lato, l'articolo 1, comma 1, Parte I, accordo interconfederale – così come l'articolo 19 Stat. lav. – si limita ad individuare l'ambito di incidenza della disciplina in oggetto (le unità produttive con più di 15 dipendenti); dall'altro, il comma 3 dispone che l'iniziativa «deve essere esercitata, congiuntamente o disgiuntamente» da parte delle associazioni sindacali legittimate, entro tre mesi dalla stipula, mentre solo in caso di oggettive difficoltà per l'esercizio dell'iniziativa, la

⁽⁷¹⁾ G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2000. Secondo G.C. PERONE, Sub art. 20, in U. PROSPERETTI (diretto da), *op. cit.*, 703, si tratta invece di un diritto di libertà, attribuito dalla legge al singolo lavoratore.

⁽⁷²⁾ Cass. 1° agosto 1986 n. 4934, in *MGC*, 1986, fasc. 8-9. Cfr. Cass. 17 ottobre 1988, n. 5652, in *MGL*, 1988, 633 ss., e ora in M. MAGNANI, P. TOSI, *Diritto sindacale. Casi e materiali*, Monduzzi, Bologna, 1994, 51.

⁽⁷³⁾ Cfr. F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 63.

stessa potrà aver luogo oltre il suddetto termine. Quanto ai successivi rinnovi, è detto espressamente che, tre mesi prima della scadenza del mandato della RSU, le associazioni sindacali titolari dell'iniziativa, congiuntamente o disgiuntamente «provvederanno ad indire le elezioni».

Tali disposizioni, malgrado siano prive di uno specifico apparato sanzionatorio, impongono alle parti stipulanti o successivamente aderenti l'obbligo di attivazione ai fini della costituzione della RSU, sia in sede di prima attuazione, sia per i successivi rinnovi ⁽⁷⁴⁾.

Al contempo le parti, con la sottoscrizione della clausola di salvaguardia, si obbligano a non costituire RSA. Non è, chiaro, tuttavia, se tale obbligo decorra a far data dalla stipulazione dell'accordo (recepito, dalle associazioni nazionali aderenti, a livello di contrattazione nazionale), ovvero dal diverso, successivo, momento nel quale la RSU sia effettivamente costituita in azienda (o, più precisamente, a partire dal quale l'associazione abbia preso parte alla procedura elettorale), né quale sia l'effettiva portata della clausola di salvaguardia ⁽⁷⁵⁾.

In ordine alla prima questione, in mancanza di un termine espresso, sembrerebbe di dover aderire alla prima opzione interpretativa. Si potrebbe allora verificare l'ipotesi di un'unità produttiva nella quale – per effetto dell'accordo interconfederale (recepito nei contratti nazionali), i lavoratori fossero privati del diritto di costituire RSA ex articolo 19 Stat. lav. nell'ambito della organizzazione sindacale firmataria, senza peraltro potere partecipare all'elezione di una RSU, residuando, per essi, unicamente la possibilità di costituire RSA in “ambiti” sindacali diversi ⁽⁷⁶⁾.

Il testo della clausola, tuttavia, sembra offrire un appiglio alla soluzione opposta: «Le organizzazioni sindacali, dotate dei requisiti di cui all'art. 19, L. 20 maggio 1970, n. 300, che siano firmatarie del presente accordo, o comunque, aderiscano alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione della r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi della norma sopra menzionata».

La clausola fa riferimento al momento della “partecipazione alle elezioni”, dovendosi intendere per tale la partecipazione del sindacato al primo atto del procedimento per l'elezione della RSU, ossia l'esercizio dell'iniziativa per la indizione delle elezioni, o, comunque, il successivo momento della presentazione delle liste. Non è tuttavia chiaro se la partecipazione al procedimento costitutivo

⁽⁷⁴⁾ Tale dovere di attivazione è previsto espressamente dalle intese intersindacali. Si veda l'art. 2 dell'accordo unitario di regolamentazione sulla costituzione e il funzionamento delle rappresentanze sindacali unitarie e la democrazia nei luoghi di lavoro, stipulato da Fim, Fiom, Uilm nazionali, in data 14 dicembre 1993. Cfr. M. DE CRISTOFARO, *Condotta antisindacale e procedimento per l'elezione della rappresentanza sindacale unitaria*, nota a Pret. Padova 24 settembre 1998, in *DL*, 1999, I, 7, secondo il quale «per quanto riguarda i sindacati stipulanti, l'obbligo di sensibilizzare e sollecitare le competenti strutture periferiche è agevolmente desumibile dalla previsione che fissa un termine, sia pure ordinatorio, entro cui l'iniziativa per le elezioni della r.s.u. “deve essere esercitata”».

⁽⁷⁵⁾ Cfr. M. GRANDI, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *DLRI*, 2004, 634.

⁽⁷⁶⁾ Ritiene che, se interpretata in tal senso, la clausola dell'accordo sarebbe radicalmente nulla per contrasto con l'art. 19 Stat. lav., A. TOPO, *Sul diritto a costituire una r.s.a. nelle more per l'elezione della r.s.u.*, nota a Trib. Lucca 3 marzo 2000, in *RIDL*, 2001, 203. Riconosce agli iscritti, e anche ai non iscritti, terzi beneficiari della disciplina contrattuale, il diritto di surrogarsi ai dirigenti delle associazioni sindacali nell'indizione delle elezioni S. SCARPONI, *op. cit.*, 370.

dell'organismo di rappresentanza sia requisito operante solo nei confronti delle organizzazioni sindacali aderenti, o piuttosto anche nei confronti delle stipulanti (e delle associazioni nazionali ad esse aderenti).

La giurisprudenza, nell'interpretare l'analoga (per la parte in commento) clausola dell'accordo interconfederale 27 luglio 1994, ha ritenuto che l'inciso «partecipando alla procedura di elezione della r.s.u.» andasse riferito non ad entrambe le ipotesi considerate, bensì alla sola fattispecie dell'"adesione": «invero, trattandosi di patto esclusivamente disciplinante l'elezione delle r.s.u. non è dato individuare altro tipo di "adesione alla disciplina in esso contenuta" se non quello consistente nella partecipazione alle operazioni elettorali; pertanto il pleonastico periodo è strettamente collegato, seppur con impropria virgolettatura a quello immediatamente precedente»⁽⁷⁷⁾.

Una interpretazione siffatta dell'accordo interconfederale 20 dicembre 1993 si porrebbe, tuttavia, in contrasto con i principi di ermeneutica contrattuale ed in particolare con la disposizione che impone di interpretare le clausole contrattuali le une per mezzo delle altre. Dal momento che l'articolo 4, Parte II, dell'accordo interconfederale del 1993 subordina la partecipazione alle elezioni ad un'accettazione che deve essere espressa e formale, ne discende che il momento dell'accettazione (formale) deve restare distinto dal diverso (e successivo) momento della partecipazione alla procedura elettorale.

L'inciso in questione va, invece, "legato" al seguito della disposizione: «le organizzazioni [...] partecipando [...] rinunciano». In sostanza, solo dal momento della partecipazione alle elezioni della RSU decorre la rinuncia delle organizzazioni sindacali a costituire proprie RSA. L'inciso acquisirebbe, in tale modo, un proprio specifico rilievo. Il riferimento, allora potrebbe non essere solo alle organizzazioni sindacali aderenti, bensì anche alle organizzazioni stipulanti. L'interpretazione che riferisse l'inciso solo alla seconda parte della norma avvalorerebbe invece l'idea di una adesione "*per facta concludentia*" consistenti nella partecipazione alle elezioni.

Si deve, in sostanza, distinguere l'adesione espressa e formale all'accordo interconfederale, il quale pone la regolamentazione generale ed astratta per la costituzione dell'organismo di rappresentanza, dall'adesione alla concreta procedura costitutiva dell'organismo stesso, in ciascuna unità produttiva. Solo alla concreta partecipazione alla costituzione della RSU, alla quale deve accompagnarsi la previa adesione espressa e formale al contenuto dell'accordo – richiesta per l'esercizio dell'iniziativa (articolo 1, Parte I, accordo interconfederale), ovvero per la presentazione delle liste (articolo 4, Parte II) – l'accordo interconfederale ricollega una volontà, «espressa e formale» di obbligarsi a non costituire RSA.

Né, in contrario, si potrebbe obiettare che l'articolo 4, Parte II, lettera *b*, dell'accordo interconfederale riguarda organizzazioni comunque prive dei requisiti per la costituzione di RSA, e che pertanto esso non fornirebbe elementi utili ad interpretare l'articolo 8 in commento, riferito alle sole organizzazioni sindacali legittimate *ex* articolo 19 Stat. lav. Le organizzazioni in esame ben potrebbero, infatti, essere firmatarie di contratto collettivo aziendale di lavoro applicato

⁽⁷⁷⁾ Trib. Lucca 3 marzo 2000, cit. P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 306; A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2007, 317.

nell'unità produttiva e, dunque, essere legittimate alla costituzione di RSA, pur non avendo i requisiti per la partecipazione alle elezioni della RSU, *ex* articolo 4, comma 1, lettera *a*, Parte II dell'accordo interconfederale (riferito alle sole associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale e del contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'unità produttiva).

Dunque, perché operi effettivamente la clausola di salvaguardia, le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo o che ad esso abbiano aderito, accettandone espressamente e formalmente la regolamentazione, dovranno aver partecipato alla procedura per l'elezione delle RSU ⁽⁷⁸⁾. In tale senso sembra deporre anche una recente sentenza del Tribunale di Ravenna la quale, pur non affrontando esplicitamente la questione, ammette la «costituzione di una legittima RSA fra le organizzazioni che non abbiano partecipato all'elezione della r.s.u.», ovvero dopo la scadenza del mandato, o l'eventuale decadenza della RSU democraticamente eletta ⁽⁷⁹⁾.

Del resto, per ritenere vincolate le parti stipulanti in base alla semplice sottoscrizione dell'accordo (riferendo l'inciso in questione solo alle organizzazioni sindacali aderenti), si dovrebbe postulare una diversa rilevanza dell'adesione, rispetto alla sottoscrizione. La stipula dell'accordo comporterebbe, per le sole parti stipulanti (e per le federazioni ad esse aderenti) l'immediato obbligo a non costituire RSA, laddove l'adesione al contenuto dell'accordo da parte delle organizzazioni sindacali terze non comporterebbe conseguenze analoghe, in mancanza della successiva partecipazione alla procedura elettorale. Tale conclusione, non sembra tuttavia coerente sotto il profilo degli interessi ed è, a ben vedere, respinta dalla stessa giurisprudenza in precedenza citata ⁽⁸⁰⁾, pur attraverso un percorso argomentativo diverso, che fa leva sulla diversa formulazione della clausola di salvaguardia contenuta nell'accordo interconfederale 22 luglio 1994.

Secondo tale clausola, «le organizzazioni sindacali dotate dei requisiti di cui all'articolo 19, legge 20.5.1970 n. 300, che siano firmatarie del presente accordo o che, comunque, aderiscano alla disciplina in esso contenuta, partecipando alla procedura di elezione delle r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. e/o c.d.a. ai sensi della norma sopra citata e dichiarano automaticamente decadute le r.s.a. e/o i c.d.a., precedentemente costituiti, al momento della costituzione della r.s.u.» Secondo la sentenza in oggetto, l'espressione «al momento della costituzione di r.s.u.» va ricollegata ad entrambe le ipotesi, della rinuncia alla costituzione di nuove RSA e della decadenza delle RSA precedentemente costituite. Sarebbe invero «irrazionale», secondo il giudice, disciplinare in maniera difforme due situazioni sostanzialmente analoghe, «con trattamento peggiore riservato proprio alle unità produttive sindacalmente più deboli» ⁽⁸¹⁾.

Seguendo il percorso interpretativo sopra delineato, invece, si potrebbe giungere ad una conclusione in parte difforme: le organizzazioni sindacali «[...] partecipando alla procedura di elezione delle r.s.u., rinunciano formalmente ed espres-

⁽⁷⁸⁾ La contrattazione collettiva è, talora, esplicita in tal senso. Si veda, ad es. il Ccnl 22 settembre 2004, per gli addetti all'industria del sughero del mobile e dell'arredamento e per le industrie boschive e forestali (art. 3).

⁽⁷⁹⁾ Trib. Ravenna 27 luglio 2007, cit.

⁽⁸⁰⁾ Trib. Lucca 3 marzo 2000, cit.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*. Sul punto v. A. TOPO, *op. cit.*

samente a costituire r.s.a. e/o c.d.a.»; mentre, solo al (successivo) momento della costituzione della RSU, «dichiarano automaticamente decadute le r.s.a. e/o i c.d.a.». La disposizione individua, cioè, due momenti successivi: dal momento dell'avvio delle operazioni elettorali l'associazione sindacale partecipante rinuncia formalmente a costituire RSA, ma solo dal momento della effettiva costituzione della RSU il preesistente organismo di rappresentanza è dichiarato decaduto. Tale interpretazione non pare in contrasto con l'articolo 19 Stat. lav.: le parti, nell'esercizio della libertà di organizzazione, hanno disciplinato, tramite regole certe e "preventive" l'"ambito" di cui all'articolo 19 Stat. lav., disciplinando altresì la fase transitoria.

L'interpretazione proposta consente dunque di risolvere con maggiore sicurezza la questione relativa alla possibilità delle parti di mantenere proprie RSA in quegli ambiti (unità produttive con più di quindici dipendenti nel territorio comunale, *ex* articolo 35 Stat. lav.) ove non sia possibile costituire RSU ed avvalora definitivamente la tesi della possibile coesistenza di entrambi gli organismi di rappresentanza, all'interno di una medesima unità produttiva.

Tuttavia, un'obiezione alla soluzione qui prospettata potrebbe essere quella secondo cui, facendo decorrere l'efficacia della clausola di salvaguardia dal momento della effettiva partecipazione alla costituzione della RSU nelle diverse unità produttive, verrebbe meno l'effetto cogente dell'accordo interconfederale, di modo che si lascerebbe arbitra ciascuna organizzazione stipulante di optare a seconda delle convenienze, per il mantenimento della RSA, ovvero per la costituzione di RSU, in ciascuna unità produttiva, con sostanziale svuotamento della disciplina.

L'obiezione non riguarda la costituzione di RSU previste dagli accordi interconfederali per il settore del commercio, del turismo, della distribuzione e dei servizi⁽⁸²⁾, dal momento che tali accordi prevedono l'automatica decadenza delle RSA a far data dal momento di costituzione della RSU, a prescindere dalla partecipazione o meno dell'organizzazione sindacale alla costituzione dell'organismo unitario.

L'obiezione appare, invece, più solida con riferimento all'accordo interconfederale 20 dicembre 1993, che non prevede siffatta automatica decadenza, per effetto della semplice costituzione di RSU nell'unità produttiva.

E tuttavia, come si è visto, l'accordo impone alle organizzazioni sindacali stipulanti o aderenti di dare corso alle elezioni per la costituzione delle RSU in ciascuna unità produttiva, sia pure entro un termine ordinario. Cosicché, qualora la mancata partecipazione alle elezioni sia loro imputabile, esse non avranno titolo a costituire proprie RSA, non potendo invocare il proprio illegittimo inadempimento quale fatto impeditivo del verificarsi del presupposto della clausola di salvaguardia. Potranno, invece, costituire RSA di sigla in quegli ambiti produttivi ove la costituzione di RSU previste dall'accordo interconfederale si riveli impossibile per causa ad esse non imputabile; come ad esempio là dove l'imprenditore con la sua condotta impedisca il corretto espletamento delle operazioni di voto. Con il

⁽⁸²⁾ Accordo interconfederale 29 marzo 1995, art. 12; Accordo interconfederale 29 settembre 1994, art. 8; Accordo interconfederale 27 luglio 1994, art. 12.

che, la coerenza e la tenuta complessiva del sistema sembra sufficientemente garantita.

9. Come si è detto, opinioni contrastanti sono emerse non solo in ordine al momento di decorrenza, ma anche circa l'effettiva capacità di tenuta della clausola di salvaguardia, nei confronti delle organizzazioni sindacali firmatarie o aderenti all'accordo interconfederale; ferma, ovviamente, la sua limitata efficacia soggettiva e dunque l'inidoneità ad esplicare alcun effetto nei confronti delle organizzazioni sindacali terze⁽⁸³⁾.

Secondo un primo orientamento, la clausola in questione avrebbe un «importante valore politico sindacale»⁽⁸⁴⁾, ma sarebbe priva di reale rilevanza sul piano tecnico, «non essendo in grado di fare emergere delle responsabilità a carico delle organizzazioni sindacali dissenzienti»⁽⁸⁵⁾. Eventuali violazioni troverebbero sanzione soltanto a livello endoassociativo, ma non sul piano del diritto comune. Secondo diversa impostazione, la clausola avrebbe invece il valore di un impegno giuridicamente vincolante per le organizzazioni sindacali firmatarie. L'associazione sindacale firmataria (o aderente all'accordo)⁽⁸⁶⁾, la quale concorre poi a costituire nel proprio ambito RSA, si renderebbe dunque inadempiente ad un obbligo contrattualmente assunto e sarebbe tenuta al risarcimento del danno cagionato alla controparte, oltre che all'adempimento (partecipazione alla RSU e revoca della RSA eventualmente costituita), ove richiesto; esponendosi, altresì, al rifiuto dell'imprenditore di riconoscere la RSU, legittimo nella misura in cui possa essere qualificato come eccezione di inadempimento⁽⁸⁷⁾.

Tale soluzione, se ha il pregio di rendere maggiormente effettiva una previsione dalla cui «tenuta» dipende, in certa misura, l'effettività del modello (tendenzialmente) unitario di rappresentanza sui luoghi di lavoro, potrebbe dimostrarsi scarsamente praticabile: non solo per la difficoltà di individuare un danno quale conseguenza immediata e diretta della violazione della clausola di salvaguardia, ma anche perché la RSU si pone pur sempre quale organismo unitario di rappresentanza in azienda; al più, dunque, l'imprenditore potrebbe disconoscere il membro di RSU eletto nella lista presentata dall'associazione sindacale inadempiente, con il conseguente riproporzionamento delle condizioni di miglior favore eventualmente previste a favore della stessa, in ipotesi già attribuite alla RSU in sede di armonizzazione⁽⁸⁸⁾. La RSU, privata del membro disconosciuto, manterrebbe di

⁽⁸³⁾ Con la conseguenza che il rifiuto dell'azienda di riconoscere la RSA eventualmente costituita nell'ambito di dette associazioni, legittimate *ex art. 19 Stat. lav.* configurerebbe senz'altro condotta antisindacale. Cfr. I. INGLESE, *Prime considerazioni sull'accordo interconfederale 20 dicembre 1993*, in *MGL*, 1994, 263; G. GRAMICCIA, *Conflitto tra sindacati dei lavoratori e (dubbia) antisindacalità del comportamento del datore di lavoro*, in *MGL*, 2005, 703. La tesi, tuttavia, non appare convincente (v. *infra*).

⁽⁸⁴⁾ G. FERRARO, *Morfologia e funzione delle nuove Rappresentanze Aziendali nell'Accordo Interconfederale del dicembre 1993*, in *RGL*, 1995, 220.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*; G. FONTANA, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, Torino, 2004, 81.

⁽⁸⁶⁾ Ma cfr. *supra*, § 6, circa il momento di decorrenza della clausola di salvaguardia.

⁽⁸⁷⁾ I. INGLESE, *Prime considerazioni sull'accordo interconfederale 20 dicembre 1993*, cit., 263.

⁽⁸⁸⁾ *Ibidem*, in termini parzialmente uguali.

conseguenza la propria legittimazione, quale organismo unitario di rappresentanza delle diverse associazioni sindacali stipulanti.

È del resto raro che un'organizzazione sindacale pretenda di dare vita ad una propria RSA e al contempo di continuare a fare parte della RSU. Evenienza, quest'ultima, che si è presentata in giurisprudenza più che altro sotto forma di dissenso tra articolazioni locali e associazioni sindacali nazionali, o confederali, in ordine al modello, legale o negoziale, di rappresentanza⁽⁸⁹⁾.

Più frequentemente, la pretesa ad una propria RSA promana da un'organizzazione sindacale che, pur avendo preso parte alle elezioni, non abbia propri rappresentanti eletti in seno alla RSU, ovvero da un'organizzazione sindacale "dissidente", la quale fuoriesca dalla RSU prima della scadenza del mandato. Con la conseguenza che, in tali casi, la tutela sopra prospettata appare del tutto ineffettiva.

Ciò non significa, tuttavia, che la clausola di salvaguardia sia priva di efficacia cogente. Al contrario, per effetto di essa, nei casi sopra prospettati – di costituzione di RSA e contemporanea partecipazione alla RSU, ovvero di fuoriuscita da quest'ultima e costituzione di RSA di sigla – il datore di lavoro avrà titolo a disconoscere la RSA costituita in violazione degli accordi⁽⁹⁰⁾. La "contrattualizzazione" delle procedure per la costituzione delle RSU, con il superamento del modello legale, «imperniato su un pressoché illimitato rinvio all'autonomia organizzativa del movimento sindacale», così come fonda la pretesa dell'imprenditore «ad avere come interlocutore, a livello aziendale, una RSU che sia legittimamente scaturita da una consultazione elettorale svoltasi nel rispetto delle regole»⁽⁹¹⁾, fonda, del pari, la sua pretesa a non avere altri interlocutori – all'interno del sistema negoziale di rappresentanza⁽⁹²⁾ – se non la RSU stessa. È ben vero che la violazione delle procedure per la costituzione di RSU, previste dalle parti abilitate a disporre dei profili organizzativi dell'attività sindacale, non dà luogo, di per sé, all'inadempimento di un obbligo sanzionato civilmente, né – in mancanza di un'azione speculare alla procedura *ex* articolo 28 Stat. lav. – tramite rimedi "speciali"⁽⁹³⁾; cionondimeno, essa può essere fatta valere dal datore di lavoro per opporsi alle illegittime pretese della controparte, al fine, appunto, di disconoscerne il fondamento. L'imprenditore potrà, dunque, senz'altro disconoscere organismi costituiti in «palese contrasto con le disposizioni dell'accordo»⁽⁹⁴⁾; ed avrà titolo a pretendere «il rispetto delle regole», qualora dalla violazione discenda «un'effettiva e concreta – e non meramente ipotetica e astratta – lesione di un proprio diritto soggettivo»⁽⁹⁵⁾.

⁽⁸⁹⁾ Pret. Napoli 16 ottobre 1995, in *OGL*, 1995, 812.

⁽⁹⁰⁾ *Contra* I. INGLESE, *Prime considerazioni sull'accordo interconfederale 20 dicembre 1993*, cit., 263.

⁽⁹¹⁾ M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 9.

⁽⁹²⁾ Fatta salva, come si è detto, l'eventualità della legittima costituzione di RSA nell'ambito di sindacati non firmatari o non aderenti all'Accordo interconfederale

⁽⁹³⁾ Neppure un provvedimento d'urgenza potrebbe attribuire alle parti beni che esse non potrebbero conseguire per effetto della sentenza. Cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1997, 371.

⁽⁹⁴⁾ I. INGLESE, *Prime considerazioni sull'accordo interconfederale 20 dicembre 1993*, cit., 264.

⁽⁹⁵⁾ Trib. Padova ordinanza 22 gennaio 2003, non pubblicata.

10. Una volta affermata la legittimità del rifiuto dell'imprenditore di riconoscere come proprio interlocutore in azienda la RSA "fuoriuscita" dall'organismo unitario di rappresentanza, resta da chiedersi se l'eventuale riconoscimento della RSA stessa integri un comportamento antisindacale; se, cioè, il datore di lavoro possa essere costretto da talune organizzazioni sindacali a pretendere nei confronti delle altre il rispetto delle regole, prendendo posizione nel conflitto intersindacale.

A tale, dirimpente, conclusione è giunta una recente pronuncia di merito ⁽⁹⁶⁾, la quale, dopo avere riaffermato la piena compatibilità delle intese del 1993 con la disciplina statutaria postreferendaria, ha ritenuto antisindacale il comportamento del datore di lavoro consistito, da un lato, nell'invio alla RSA "dissidente" (oltre che alla RSU) di talune comunicazioni comportanti il suo accreditamento come interlocutore, «in violazione diretta degli stessi accordi»; dall'altro, nella proposizione, ritenuta dal giudicante pretestuosa e strumentale, di un ricorso *ex* articolo 700 c.p.c., per l'accertamento della sussistenza in capo alla stessa delle prerogative di legge e contrattuali.

La pronuncia del Tribunale non convince laddove imputa al datore di lavoro la violazione diretta degli accordi del 1993. È noto il dibattito in ordine alla portata dell'articolo 28 Stat. lav., con la progressiva affermazione, oggi ampiamente condivisa, della sua idoneità a sanzionare la lesione, in capo al sindacato, non solo delle prerogative sindacali di fonte legale, ma anche di fonte contrattuale (oltre che – come si dirà – a reprimere le condotte c.d. "atipiche" astrattamente lecite, ma comunque idonee a ledere i beni costituzionalmente protetti della libertà sindacale e dello sciopero). E tuttavia, siffatta violazione non sembra sussistere nel caso di specie. Come chiarito dalla migliore dottrina, il datore di lavoro è, infatti, destinatario, negli Accordi del 1993, di una serie di disposizioni che – lungi dall'attribuirgli una posizione di garante circa l'esatto adempimento degli obblighi gravanti sulle altre parti ⁽⁹⁷⁾ – configurano a suo carico solo una serie di posizioni giuridiche passive a contenuto strumentale, che si sostanziano nell'obbligo di consentire la costituzione dell'organismo di rappresentanza unitario in conformità alla disciplina pattizia. Egli non è, invece, destinatario (a differenza delle associazioni datoriali) di uno specifico dovere di influenza per la corretta attuazione degli accordi ⁽⁹⁸⁾.

In particolare, il datore di lavoro è tenuto a mettere a disposizione l'albo per le affissioni; a concordare con i sindacati il calendario delle elezioni, nonché a mettere a disposizione della Commissione elettorale l'elenco dei dipendenti aventi diritto al voto e tutto quanto necessario a consentire il corretto espletamento delle operazioni elettorali. Si tratta di clausole che appartengono alla parte obbligatoria del contratto collettivo, seppure il vincolo che ne deriva «si pone su un piano in apparenza diverso, perché coinvolge un soggetto singolo, peraltro operante con incidenza immediata su interessi collettivi dei lavoratori tutelati mediante

⁽⁹⁶⁾ Trib. Ravenna 27 luglio 2005, cit., anche in *ADL*, 2006, 928, con nota di A. ZILLI, *Intorno all'efficacia soggettiva della clausola di salvaguardia dell'Accordo interconfederale sulle r.s.u.*, e in *MGL*, 2005, 698, con nota di G. GRAMICCIA, *op. cit.* A quanto consta, il decreto non è stato oggetto di opposizione.

⁽⁹⁷⁾ Pret. Padova 24 settembre 1998, cit., 3.

⁽⁹⁸⁾ M. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 7.

l'attribuzione di un corrispondente diritto alla controparte sindacale»⁽⁹⁹⁾, le quali esauriscono il novero degli "obblighi" del datore di lavoro, in ordine alla costituzione di RSU.

Neppure si potrebbe sostenere che il riconoscimento della componente "fuoriuscita" da parte del datore di lavoro risulti di per sé discriminatorio nei confronti delle restanti associazioni sindacali. Ed infatti – malgrado le equivoche posizioni della Corte di legittimità, sopra richiamate⁽¹⁰⁰⁾ – non sussiste nel nostro ordinamento un generale principio di parità di trattamento tra organizzazioni sindacali parimenti rappresentative; principio certo non ricavabile né dell'articolo 17 Stat. lav. – il quale vieta unicamente l'illegittimo favoreggiamento di sindacati, tale da pregiudicarne la capacità di tutela dei propri aderenti⁽¹⁰¹⁾ – né dall'articolo 15 Stat. lav., il cui contenuto, diverso rispetto alla regola di parità, trova applicazione unicamente nei rapporti tra imprenditore e singoli lavoratori⁽¹⁰²⁾.

Esclusa la "via breve" della diretta contrarietà ad una specifica disposizione legislativa o contrattuale, si tratta allora di valutare se il comportamento del datore di lavoro (consistito nell'invio di comunicazioni e nel riconoscimento di permessi non dovuti e nella proposizione di un'azione cautelare pretestuosa), pur non tipizzato e dunque "in astratto" lecito, sia in concreto idoneo a ledere la libertà sindacale, costituzionalmente protetta, o l'attività sindacale (articolo 14 Stat. lav.). Verifica, questa, non certo agevole laddove – come nel caso di specie – il comportamento "atipico" denunciato non sia connotato dall'indice di illiceità quantomeno sul piano del rapporto individuale di lavoro, in grado di proiettare i suoi effetti anche sul piano collettivo⁽¹⁰³⁾, in particolare da un punto di vista della evidenza probatoria.

Orbene, la pronuncia di merito in esame sembra implicitamente accogliere tale soluzione, laddove mostra di considerare antisindacale la stessa azione *ex* articolo 700 c.p.c., perché obiettivamente diretta, in mancanza di qualsiasi reale presupposto relativamente al *periculum* e al *fumus*, a ledere e travalicare la legittimazione della RSU quale unico soggetto titolato alla rappresentanza dei lavoratori in azienda⁽¹⁰⁴⁾. Ma – una volta respinta l'idea che gli accordi del 1993 fondino in capo al datore di lavoro obblighi ulteriori rispetto a quello di consentire la costituzione della RSU (e gli obblighi strumentali di cui si è detto) – non sembra che

⁽⁹⁹⁾ Ivi, 6.

⁽¹⁰⁰⁾ Cass. 26 ottobre 1991 n. 11442, cit.; Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit.

⁽¹⁰¹⁾ G. AMOROSO, *Art. 17. Sindacati di comodo*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *op. cit.*, 603.

⁽¹⁰²⁾ T. TREU, *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, in *RTDPC*, 1972, 1412 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974, 83, che osserva come la violazione "di massa" delle clausole normative del contratto collettivo possa assumere i connotati di un «sistematico attentato all'«ordine contrattuale» e quindi alla stessa posizione del sindacato»; nel medesimo senso A. BOLLANI, *Recesso unilaterale dal contratto collettivo e comportamento antisindacale nella giurisprudenza di Cassazione*, in *RIDL*, 2005, II, 69.

⁽¹⁰⁴⁾ In realtà il Tribunale mostra di valutare il comportamento processuale del datore di lavoro quale elemento rafforzativo della sua "consapevole" azione delegittimante nei confronti della RSU (ritenuta lesiva degli accordi sindacali del 1993); e tuttavia ingiunge poi al datore di lavoro di «revocare qualsiasi iniziativa anche giudiziale» che si ponga in contrasto con la RSU e che si fondi sul riconoscimento della RSA, mostrando così, quantomeno, di ritenere l'azione giudiziale stessa elemento costitutivo del comportamento antisindacale. In tal senso G. GRAMICCIA, *op. cit.*, 705.

il comportamento tenuto dal datore di lavoro, consistito nell'esercizio di prerogative in astratto certamente legittime, si esponga a serie censure di antisindacalità. È ben vero che, secondo l'orientamento delle Sezioni unite (espressamente richiamato, in motivazione), «per ritenersi integrati gli estremi della condotta antisindacale è sufficiente che il comportamento del datore di lavoro leda oggettivamente gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali», non essendo necessario uno specifico intento lesivo, né nel caso di condotte tipizzate, «né nel caso di condotte non tipizzate ed in astratto lecite⁽¹⁰⁵⁾, ma in concreto obiettivamente idonee, nel risultato, a limitare la libertà sindacale»⁽¹⁰⁶⁾. E tuttavia tale autorevole precedente non autorizza ad un utilizzo improprio dello strumento processuale⁽¹⁰⁷⁾ di cui all'articolo 28 Stat. lav. in funzione di repressione di comportamenti antagonisti dell'imprenditore rispondenti alla logica del conflitto e privi di una propria intrinseca anti-giuridicità⁽¹⁰⁸⁾; ovvero per risolvere situazioni di mero conflitto "intersindacale" non volute, né originate dal datore di lavoro. In tali casi la verifica giudiziale non potrà, infatti, appagarsi del riscontro di un "qualsiasi nocumento" ai danni dell'organizzazione sindacale, ma dovrà accertare in modo rigoroso l'oggettiva offensività della condotta denunciata, affondando il bisturi nel concetto di antisindacalità per fare emergere quelle «*un-fair labor practices*»⁽¹⁰⁹⁾ nelle quali si sostanzia l'opposizione dell'imprenditore al conflitto.

Non è tuttavia agevole precisare i contorni e i possibili parametri di valutazione dell'indagine. La stessa Corte di legittimità ha, del resto, temperato l'assolutezza del principio di diritto enunciato, escludendo il carattere antisindacale ogni qual

⁽¹⁰⁵⁾ L'affermazione, che emerge talora in giurisprudenza, secondo cui l'apprezzamento dell'antisindacalità va tenuto distinto dall'apprezzamento dell'illegittimità dell'atto (oltre all'ovvio significato per cui non ogni condotta anti-giuridica datoriale è perciò solo antisindacale) va interpretata nel senso che la "astratta" legittimità della condotta (e cioè la mancanza di una prevalutazione in termini di anti-giuridicità, da parte dell'ordinamento) non esclude che essa possa rivelarsi in concreto illegittima o per violazione dell'art. 15 Stat. lav., o perché in concreto idonea a ledere il diritto, costituzionalmente garantito di libertà sindacale, tutelato (processualmente) dall'art. 28 Stat. lav. Cfr. in tal senso Cass. 3 giugno 1987, n. 4871, in *MGL*, 1987, 612, con nota di M. MEUCCI, *Trasferimento di dirigente di r.s.a. e condotta antisindacale*. Nel medesimo senso potrebbero essere interpretate le affermazioni, apparentemente opposte, di C. Cost. 13 febbraio 1974 n. 28, in *FI*, 1974, c. 997; Cass. 17 ottobre 1998 n. 10324, in *MGC*, 1998, 2110.

⁽¹⁰⁶⁾ Cass., sez. un., 12 giugno 1997 n. 5295, in *DL*, 1997, 407, con nota di A. VALLEBONA, *Elemento intenzionale e condotta antisindacale: un mezzo errore delle Sezioni unite*, e in *MGL*, 1997, 541, con nota di M. PAPALEONI, *Intenzionalità e condotta antisindacale*. Sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi in merito all'art. 28 Stat. lav., ed in particolare in ordine alla rilevanza dell'elemento soggettivo, ai fini della configurabilità della condotta antisindacale, si rinvia a V. DI CERBO, *Art. 28. Repressione della condotta antisindacale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *op. cit.*, 931 ss.; F. LUNARDON, *La condotta antisindacale*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti, Il diritto sindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro – Commentario*, vol. I, Utet, Torino, 2007, 503.

⁽¹⁰⁷⁾ Sul carattere processuale della disposizione di cui all'art. 28 Stat. lav., v. in giurisprudenza, recentemente, Cass. 27 agosto 2002 n. 12584, in *MGC*, 2002, 1591. Osserva T. TREU, *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, cit., 1410, che si tratta di norma secondaria, resa «storicamente necessaria dall'inattuazione del precetto costituzionale di libertà sindacale, nei rapporti interprivati».

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1971, 165; M. MARAZZA, *Condotta antisindacale, intenzionalità e abuso di diritto*, in *DL*, 1997, II, 295.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. G. GHEZZI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *NDI*, XVIII, 1971, 418, il quale sottolinea la derivazione della disposizione dal *Wagner Act* americano.

volta le condotte (atipiche) denunciate si sostanzino nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere in capo al datore di lavoro ⁽¹¹⁰⁾, ovvero non siano obiettivamente dirette a creare una disparità di trattamento tra aderenti al sindacato e altri lavoratori ⁽¹¹¹⁾. In tale contesto, a fronte della *vis expansiva* dimostrata dall'articolo 28 Stat. lav. a tutela di posizioni ben più articolate rispetto al "nucleo fondamentale" di prerogative contemplate nello Statuto e della obiettiva difficoltà di valutare l'antisindacalità delle condotte atipiche attraverso la lente di «criteri di regolarità obiettiva rapportati alle condizioni e alle prassi esistenti nel contesto sindacale di cui si tratta» ⁽¹¹²⁾, parte della giurisprudenza rivaluta l'elemento soggettivo ⁽¹¹³⁾, come "indice" dell'idoneità offensiva (o meno) della condotta astrattamente legittima, facendo talora ricorso alla discussa categoria dell'abuso di diritto. Così – in linea di principio – l'uso abnorme da parte dell'imprenditore delle proprie facoltà a fine diverso da quello tutelato dalla norma è ritenuto antisindacale «per contrasto con i principi di correttezza e buona fede, i quali assurgono a norma integrativa del contratto di lavoro in relazione all'obbligo di solidarietà imposto alle parti contraenti dalla comunione di scopo che entrambe perseguono» ⁽¹¹⁴⁾.

Tale orientamento non pare convincente. Non vi è, infatti, «compartecipazione di interessi», bensì antagonismo e conflitto tra sindacato e datori di lavoro ⁽¹¹⁵⁾; e del resto pare difficile elevare, per il tramite dell'articolo 833 c.c., la categoria dell'abuso a limite generale all'esercizio dei diritti in relazione a fattispecie non discrezionali e a rapporti non connotati da comunione di scopo (come quello tra imprenditore e sindacati), ovvero ove non sia implicato l'adempimento di obbligazioni già esistenti, né tantomeno applicare siffatto limite a comportamenti materiali, espressione di autonomia organizzativa e non già negoziale del datore di lavoro ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Cass. 1° dicembre 1999 n. 13383. *Contra*, Cass. 9 maggio 1984 n. 2840, in *GC*, 1984, I, 2070 con nota di G. PERA, *La minaccia del diritto come comportamento antisindacale*. In dottrina, R. SCOGNAMILGIO, *op. cit.*, 179; D. MOSCA, *Repressione della condotta antisindacale: sulla condanna "in futuro" e sull'irrilevanza dell'atteggiamento psicologico del datore di lavoro*, in *GC*, 1981, 3093; *contra*, M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Jovene, Napoli, 1979, 55. Evidenzia la difficoltà di applicare la esimente dell'esercizio del diritto a fronte di comportamenti materiali dell'imprenditore, posti in essere nell'esercizio dell'autonomia organizzativa, piuttosto che negoziale, M. CAROPPOLI, *L'elemento soggettivo (intenzionalità) nella condotta antisindacale*, nota a Cass. 17 aprile 2004 n. 7347, in *D&G*, 2004, 22, 43.

⁽¹¹¹⁾ Cass., sez. un., 12 giugno 1997 n. 5295, cit. In tale ottica, l'eventuale disparità di trattamento in ragione dell'appartenenza sindacale può assumere il valore di indice sintomatico della natura discriminatoria del provvedimento, come suggerito da T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit. 41.

⁽¹¹²⁾ Cfr. T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, cit. 125.

⁽¹¹³⁾ Cass. 17 aprile 2004 n. 7347, cit.

⁽¹¹⁴⁾ Cass. 22 aprile 2004 n. 7706, in *RIDL*, 2006, II, 65, con nota di A. BOLLANI, *op. cit.*; Cass. 20 novembre 1997 n. 11573, in *NGL*, 1997, 693. In effetti l'argomento viene per lo più utilizzato *a contrariis*, per escludere l'antisindacalità delle condotte denunciate, ove non sia provato tale esercizio abusivo da parte dell'imprenditore.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. T. TREU, *Obbligo dell'imprenditore a trattare, diritti sindacali e principio d'eguaglianza*, cit., 1415; M. PAPALEONI, *Nozione di antisindacalità e abuso del diritto*, nota a Cass. 8 settembre 1995 n. 9501, in *MGL*, 1996, 14 ss., il quale sottolinea la destinazione unica ed esclusiva che siffatto *animus nocendi* dovrebbe assumere, per la configurabilità degli atti emulativi e perciò abusivi.

⁽¹¹⁶⁾ O. MAZZOTTA, *Il giudice e il conflitto collettivo (ovvero: può un provvedimento giurisdizionale costituire condotta antisindacale?)*, in *FI*, 1984, I, 2514, chiarisce che quella di "abuso di diritto" è «formula riassuntiva che segnala la *ratio* di taluni contesti normativi», avente cioè la funzione di spiegare taluni

A fronte di condotte atipiche la tutela giudiziale della libertà e attività sindacale parrebbe dunque attestarsi sul baluardo «piuttosto solido» sebbene giudicato a suo tempo «non molto avanzato»⁽¹¹⁷⁾ del sistema antidiscriminatorio e della sua norma di chiusura, il motivo illecito unico e determinante (1345 c.c.).

Quella del giudizio di antisindacalità è, tuttavia, una frontiera mobile, che può oggi contare, oltre che sui pregnanti poteri di indagine riservati al giudice nell'ambito di un accertamento "sommario", tipico della tutela inibitoria, da un lato, su un rinnovato bagaglio antidiscriminatorio, parzialmente spendibile anche in tema di discriminazioni sindacali⁽¹¹⁸⁾ e sempre più proteso alla considerazione delle conseguenze pregiudizievoli, piuttosto che dei motivi dell'atto⁽¹¹⁹⁾; dall'altro – ai fini dell'emersione dell'indice di illiceità – sulla progressiva espansione dell'area dei poteri imprenditoriali soggetti a controllo di razionalità⁽¹²⁰⁾ e sull'utilizzo degli strumenti civilistici volti a sanzionare l'utilizzo fraudolento di strumenti negoziali in sé leciti⁽¹²¹⁾. Con conseguente emancipazione – specie ove tali indici di illiceità trovino riscontro in ulteriori circostanze di fatto (minipersecuzioni, miniprovocazioni) – anche del giudizio di antisindacalità dall'accertamento della realtà psicologica del motivo illecito, esclusivo e determinante⁽¹²²⁾.

E tuttavia, come si è detto, la difficoltà di valutare in concreto il carattere antisindacale (e il rischio di scivolare nella repressione del semplice antagonismo), riemerge in giurisprudenza con riferimento alle fattispecie – del tipo di quella in esame – di conflitto intersindacale, «non volute ed originate dal datore di lavoro», ma insorte tra le stesse organizzazioni sindacali, ed in ragione delle quali «si rivendichi nei riguardi dell'imprenditore l'adempimento di comportamenti non imposti né in alcun modo autorizzati da alcuna norma o principio giuridico»⁽¹²³⁾;

peculiari strumenti sanzionatori previsti dall'ordinamento, e non già di fondarne di nuovi, come invece proposto da G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 1993. Circa la applicabilità della figura dell'abuso in ordine all'esercizio di talune prerogative datoriali specificamente ammesse dalla legge per soddisfare l'interesse dell'impresa, cfr. G. SUPPIEI, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1982, 148.

⁽¹¹⁷⁾ G. TRIONI, *Condotta antisindacale e criteri di scelta per la cassa integrazione guadagni*, nota a Pret. Bari 11 ottobre 1984, in *RIDL*, 1986, II, 28.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. art. 4, comma 3, d.lgs. n. 215/2003, e art. 4, comma 4, d.lgs. n. 216/2003, i quali prevedono la c.d. prova statistica della discriminazione. Osserva G. AMOROSO, *Art. 15. Atti discriminatori*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *op. cit.*, 554, che tali disposizioni sono espressione di un canone generale, applicabile ad ogni discriminazione vietata, ed in particolare anche a quella sindacale.

⁽¹¹⁹⁾ Giungendo talora a legittimare, in particolare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di discriminazioni indirette di genere, un giudizio sulla "ragionevolezza" di comportamenti altrimenti discriminatori. Cfr. A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2008, 291.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *Lo Statuto dei lavoratori*, cit. Sul punto, v. A. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., 245 ss.; M. TREMOLADA, *Autonomia privata e parità di trattamento fra lavoratori*, Cedam, Padova, 2000. In giurisprudenza, v. Cass. 24 aprile 2007 n. 9866, in *MGC*, 2007, fasc. 4.

⁽¹²¹⁾ V. recentemente L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, vol. 29, n. 116, 593-694.

⁽¹²²⁾ Cfr. Cass., sez. un., 12 giugno 1997 n. 5295, cit.; Cass. 19 novembre 1983 n. 6912, in *MGC*, 1983, fasc. 10.

⁽¹²³⁾ Cass. 14 febbraio 2004 n. 2857, in *MGL*, 2004, 338, con nota di F. LUNARDON, *Condotta antisindacale e conflittualità intersindacale*, la quale rileva che l'art. 28 Stat. lav., non è «terreno di scontro tra le organizzazioni sindacali e il datore di lavoro non gioca tra di esse un ruolo di arbitro, valutabile in ragione di antisindacalità». Cfr. anche Cass. 17 aprile 2004 n. 7347, cit.; Cass. 7 marzo 2001 n. 3298, in *RIDL*,

fattispecie che si sottraggono all'applicazione del "limite" dato dal controllo sull'uso discriminatorio (o fraudolento) di poteri dell'imprenditore astrattamente legittimi, nei confronti dei singoli lavoratori. Così una recente pronuncia, originata da un conflitto intersindacale, ha incidentalmente ricordato come l'esclusione di un sindacato dalle trattative (in mancanza di specifici obblighi in tal senso) integri condotta antisindacale solo allorché sia «il frutto di una volontà discriminatoria dell'imprenditore riscontrabile, ad esempio nella scelta di trattare con un solo sindacato, al fine di favorirlo illegittimamente a discapito di tutti gli altri»⁽¹²⁴⁾. Non si tratta, però, della riscoperta di un criterio meramente soggettivistico di valutazione. In relazione a condotte atipiche monoffensive (quali quelle di cui si discute), in mancanza di un principio di parità di trattamento tra sindacati e «sussistendo solo divieti di discriminazione tra singoli lavoratori», soltanto una condotta oggettivamente idonea a ostacolare o limitare la libertà del sindacato, ad esempio prestando spontaneo sistematico sostegno agli altri competitori (articolo 17 Stat. lav.), sarebbe suscettibile di repressione *ex* articolo 28 Stat. lav.⁽¹²⁵⁾.

Potrà anche dirsi che l'intento antisindacale è, in tali casi, indice sintomatico dell'idoneità lesiva della condotta, ma il criterio più efficace per discernere condotte atipiche (e monoffensive) realmente antisindacali sarà affidato, ancora una volta, ad un'interpretazione rigorosa del perimetro di tutele offerte dall'articolo 39 (e 40) Cost.

Applicando tali principi al caso di specie, ne consegue che la semplice deduzione di comportamenti quali l'invio di comunicazioni non dovute, ovvero la proposizione di lite «temeraria»⁽¹²⁶⁾ non sarà sufficiente a fondare una pronuncia *ex* articolo 28 Stat. lav., a meno che non emergano ulteriori circostanze – come ad es. il carattere spontaneo e sistematico degli atti di riconoscimento – idonee a dare la prova (sia pure nei termini sommari richiesti dalla speciale azione inibitoria) che la condotta denunciata integri illegittimo sostegno a sindacato di comodo (articolo 17 Stat. lav.), ovvero sia altrimenti idonea a ledere le prerogative di libertà (articolo 39 Cost.) e attività (articolo 14 Stat. lav.) sindacale e cioè, in concreto, tale da delegittimare la RSU in carica.

11. Si è detto che l'avvento delle RSU era stato salutato con ottimismo da quanti vi leggevano il tentativo di superare la crisi del modello statutario, travolto dal venire meno di quelle stesse regole di fatto (unità d'azione, pariteticità tra sindacati maggiormente rappresentativi e loro rappresentatività storica nei confronti della base) che ne avevano costituito il requisito di efficacia⁽¹²⁷⁾. Gli Accordi del 1993, con il loro bagaglio di regole "contrattate" al tavolo triangolare, sembrava-

2002, I, 14, con nota di L. DI PAOLA, *Inottemperanza a obblighi di informazione di fonte collettiva e condotta antisindacale del datore di lavoro*.

⁽¹²⁴⁾ Cass. 14 febbraio 2004 n. 2857, cit. Cfr. E. GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in A. GARILLI, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Jovene, Napoli, 1992, 338.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. Cass. 9 gennaio 2008 n. 212, cit.

⁽¹²⁶⁾ Osserva O. MAZZOTTA, *op. cit.*, come il rimedio sanzionatorio per l'utilizzazione del processo per scopi "distorti" da quelli cui è preordinato vada ricercato esclusivamente all'interno del sistema processuale e dunque nell'applicazione dell'art. 96 c.p.c.

⁽¹²⁷⁾ In tale senso, L. MARIUCCI, *Per nuove regole sindacali, riflessioni e proposte*, in *LD*, 1987, 435.

no costituire una risposta idonea a fugare ogni «incertezza sulle regole di funzionamento» degli organismi di rappresentanza ai fini dell'accesso alle varie prerogative istituzionali e al contempo capace di «ristabilire il valore della democrazia dei sindacati, nocciolo duro dell'art. 39 Cost.»⁽¹²⁸⁾. Una risposta, cioè, idonea a superare l'antica debolezza dello Statuto, insita nella scelta di garantire, sì, i lavoratori nei confronti del potere antagonista dell'imprenditore, ma non nei confronti dei loro stessi rappresentanti⁽¹²⁹⁾.

Il sistema negoziale ha, però, dimostrato nei fatti un'intrinseca debolezza, risalente, in larga misura, alla stessa natura della fonte di disciplina. Al contempo, esso ha dovuto misurarsi con la metamorfosi, sotto i colpi dei quesiti referendari del 1995, della originaria cornice legale entro la quale era iscritto.

Orbene, se è ormai pacifica, in dottrina e giurisprudenza, la piena compatibilità degli accordi del 1993 con la disciplina statutaria postreferendaria, non del tutto lineare è il “percorso” attraverso il quale la Corte di legittimità è pervenuta all'affermazione del principio: dapprima, con l'affermazione del carattere rigidamente inderogabile dell'articolo 19 Stat. lav. e l'opzione – invero non obbligata, neppure alla luce della premessa – per la tesi dell'esercizio “congiunto” delle prerogative sindacali da parte delle diverse componenti della RSU; poi, con la ritrovata consapevolezza della natura definitoria dell'articolo 19 Stat. lav., auspicabile preludio del tramonto di un ambiguo principio di parità di trattamento tra organizzazioni ugualmente rappresentative ex articolo 19 Stat. lav., ed un non condivisibile *revirement* in ordine alla fruizione anche disgiunta dei diritti sindacali a favore di ciascuna componente antagonista.

Residuano, del resto, tra i due modelli significativi attriti, riconducibili alla diversa natura (ed ambito soggettivo di applicazione) della fonte di disciplina; alla controversa tenuta e decorrenza della clausola di salvaguardia; alla diversa disciplina dell'iniziativa (riservata, in un caso ai lavoratori, nell'altro ai sindacati); all'apertura del sistema negoziale alla partecipazione di sindacati terzi, privi di autonoma legittimazione a costituire RSA; in definitiva, alla diversa natura della RSU rispetto alle RSA statutarie, che rende di fatto impossibile ogni “osmosi” tra i due organismi⁽¹³⁰⁾.

Emerge dall'analisi un sistema di rappresentanza dei lavoratori sui luoghi di lavoro aperto alla possibile coesistenza di RSA e di RSU nell'ambito di una medesima unità produttiva. Ove le RSA siano costituite nell'ambito di sindacati estranei al sistema negoziale, tale coesistenza è pienamente legittima e pone la questione della corretta ripartizione delle prerogative sindacali. Si fa, invece, più problematica, ove origini nella violazione da parte del sindacato della clausola di salvaguardia, di cui si è cercato di indagare l'efficacia temporale e l'effettiva portata.

Degna di nota è, in tale contesto, la tentazione sindacale di fare ricorso all'azione ex articolo 28 Stat. lav. quale strumento di soluzione giudiziale dei conflitti intersindacali. Tentazione già denunciata dalla dottrina, prima dell'avvento delle RSU, quale surroga ad «una duplice lacuna dello Statuto: la inesistenza di un

⁽¹²⁸⁾ M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, cit., 665.

⁽¹²⁹⁾ M. D'ANTONA, *Lo Statuto dei lavoratori*, cit., 363.

⁽¹³⁰⁾ Cass. 20 aprile 2002 n. 5765, cit.

corpo di regole che assicuri l'organizzazione del pluralismo sindacale nell'impresa [...]; la inesistenza di una sede giurisdizionale appropriata per amministrare le controversie tra sindacati»⁽¹³¹⁾.

Il perdurante ricorso all'articolo 28 Stat. lav. in chiave di «giurisdizionalizzazione surrettizia e neppure interamente consapevole» del conflitto intersindacale⁽¹³²⁾ è forse uno dei segnali della debolezza della risposta che l'attuale sistema di relazioni industriali è in grado di fornire alla domanda di democraticità e certezza sulle regole di funzionamento da cui era originato e sintomo del carattere sempre attuale dell'interrogativo sulla necessità di un intervento riformatore in materia⁽¹³³⁾.

Modello legale e modello contrattuale di rappresentanza dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro a confronto: una coesistenza problematica – Riassunto. *L'A. ricostruisce il processo, per molti aspetti incompiuto, che ha portato alla nascita delle RSU come risposta del nostro sistema alla inadeguatezza del modello legale di rappresentanza effettiva (RSA) e affronta la questione della coesistenza tra RSA ed RSU anche in relazione alla compatibilità dell'art. 19 Stat. lav. con le intese del 1993, fondate su un criterio di rappresentatività mutato a seguito del referendum abrogativo del 1995. La disciplina negoziale, consentendo la partecipazione alle elezioni per le RSU anche ad organizzazioni sindacali che non avrebbero titolo alla costituzione di autonome RSA, apre un dibattito circa la fruibilità della titolarità delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. non solo alla RSU collegiale, ma anche a ciascuna sua componente. Tali timori sono stati fugati dalla Corte Costituzionale, che, se in un primo momento ha accolto l'orientamento unitario, poi ha abbracciato la tesi pluralista, riconoscendo l'attribuzione di prerogative sindacali ad associazioni non firmatarie di contratti collettivi ma aventi i requisiti stabiliti dall'accordo interconfederale per la partecipazione alle RSU. Pur essendo pacifica la compatibilità tra la disciplina pattizia delle RSU e quella legale post-referendaria delle RSA, vi sono ancora "attriti" in quanto i due modelli non sono equipollenti. L'A., infatti, nel descrivere il diverso baricentro delle relazioni sindacali, individuato da ciascun modello, affronta anche le connesse problematiche quali l'attribuzione dell'iniziativa per la costituzione delle RSU alle associazioni sindacali, il ricorso al referendum, la fruizione del diritto di assemblea, l'operatività e l'effettività della clausola di salvaguardia. Dall'analisi emerge un sistema di rappresentanza dei lavoratori sui luoghi di lavoro aperto alla possibile coesistenza di RSU e RSA nell'ambito di una medesima unità produttiva, pur in presenza di difficoltà operative determinate dalla diversa natura delle prime rispetto alle seconde, che di fatto rende impossibile una totale "osmosi" tra i due organismi.*

Comparing the legal and the contractual model of employee representation in the workplace: a problematic coexistence (Article in Italian) – Summary. *This paper provides a reconstruction of the process, that appears in many ways to be incomplete, leading to the setting up of unitary representative bodies (RSU) in 1993 as a response by the Italian system to the inadequacy of company-level representative bodies (RSA). The paper examines the question of the coexistence of unitary and company-level representative bodies also in relation to the compatibility of Article 19 of the Statuto dei lavoratori with the 1993 agreement, based on a criterion of representation that was modified following the referendum of 1995. Negotiating regulations, allowing trade unions to take part in elections for unitary representative bodies even when not entitled to set up company-level representation, give rise to a debate about entitlement to the rights laid down in Title III of the*

⁽¹³¹⁾ M. D'ANTONA, *Lo Statuto dei lavoratori*, cit., 370.

⁽¹³²⁾ Ivi, 371.

⁽¹³³⁾ V. da ultimo il documento di CGIL, CISL, UIL, *Linee di riforma della struttura della contrattazione*, maggio 2008, in cui si prefigura la definizione di nuove regole e criteri per l'elezione delle RSU e per una loro generalizzazione. Cfr. M. MAGNANI, *La rappresentanza degli attori sindacali: serve una legge? Spunti di riflessione*, in *q. Rivista*, 2006, 972.

Statuto dei lavoratori not only in relation to unitary representative bodies, but also in relation to individual members. These issues were examined by the Constitutional Court, which at first upheld the unitary approach, and then adopted the pluralist approach, granting trade union rights to associations that had not signed collective agreements but were in possession of the prerequisites laid down by the interconfederal agreement on participation in unitary representative bodies. In spite of the compatibility between the regulation of agreements by unitary representative bodies and the regulations following the referendum on company-level representation, there continues to be a certain amount of friction since the two models are not exactly equivalent. The author highlights the differences in trade union relations in the two models, and discusses related issues such as the power of trade unions to set up unitary representative bodies, the referendum, the right to hold union meetings, and the operation and effect of safeguard clauses. The analysis points to a system of representation in the workplace that is open to the coexistence of unitary representative bodies and company-level representative bodies (RSU and RSA) within the same productive unit, in spite of the operational difficulties arising from the different characteristics of the former compared to the latter, with the result that a merger of the two different forms of representation appears to be unlikely.

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Valorizzazione delle competenze e flessibilità contrattuale: verso il superamento dei sistemi rigidi di classificazione contrattuale dei lavoratori

Marco Crippa

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Evoluzione storica. – **3.** Piccoli indizi di riforma. – **4.** Alcuni esempi dai Ccnl vigenti: Metalmeccanici e Chimici. – **5.** Strutture organizzative ed effetti sulle competenze. – **6.** La definizione delle competenze. I contributi OCSE (progetto *DeSeCo*). – **7.** Problemi e prospettive. – **8.** Adattamento delle elaborazioni teoriche al contesto aziendale. – **9.** Nuovo modello retributivo, schema. – **10.** Caratteristiche del modello ed esempi di applicazione. – **11.** Problemi “culturali” per l’applicazione del sistema. – **12.** Motivazione individuale e modelli di comportamento collettivo. – **13.** Aspetti giuridici e sindacali. Conclusioni.

1. Il tema della flessibilità (spesso pretestuosamente associato alla precarietà) è forse l’oggetto principale della discussione che investe oggi il mercato del lavoro italiano. In tale quadro si parla di flessibilità con riferimento esplicito ai diversi modelli contrattuali, cosiddetti “flessibili”, spesso alternativi al modello principe, il contratto a tempo indeterminato.

Oggetto del presente scritto è invece la flessibilità organizzativa, che si riferisce al trattamento retributivo e alla gestione della carriera del lavoratore. Proponeremo quindi un diverso (e innovativo?) modello per la qualificazione e l’inquadramento professionale, di tipo flessibile, perché variabile a seconda della tipologia del contributo professionale che il lavoratore offre o potenzialmente può offrire all’azienda. Dal modello di inquadramento discende un nuovo assetto della retribuzione, un nuovo modo di “costruire” la retribuzione che segue dinamicamente il ruolo professionale ricoperto. Si potrebbe chiamare questo modello “dinamico” per non abusare del termine flessibilità.

2. L’attuale sistema di classificazione del personale, trasfuso in tutti i contratti collettivi e nato essenzialmente per l’industria, presenta uno schema misto di declaratorie generali ed astratte e di esemplificazioni o elenchi di profili professionali concreti che vanno ricondotti alle declaratorie generali medesime (così, ad esempio, nel contratto delle Aziende Grafiche ed Editoriali l’impiegato d’ordine viene classificato al livello C2, mentre all’impiegato contabile spetta la categoria superiore B2). Ogni contratto presenta quindi un numero limitato (di solito da 5 a

* *Marco Crippa è Responsabile Risorse Umane presso A Novo Italia S.p.A.*

8) di categorie o livelli descritti dalle declaratorie generali, a cui corrispondono i minimi retributivi e un corposo elenco di profili professionali o mansioni specifiche ricondotte alle categorie generali di cui sopra. Al singolo lavoratore viene assegnato il minimo retributivo della categoria nel cui elenco si trova descritto il compito effettivamente svolto dal lavoratore medesimo. I livelli sono organizzati secondo una progressione di carriera verticale incentrata sull'acquisizione della maggiore specializzazione nella singola mansione.

Il sistema descritto rappresenta la sintesi dell'evoluzione del diritto sindacale in tema di inquadramento professionale nei diversi decenni. Con l'avvento della rivoluzione industriale il sindacato accolse inizialmente con favore un sistema di classificazione (*job evaluation*) di tipo "oggettivo", di stampo neo-taylorista in cui era la tecnologia (la macchina) che identificava (o addirittura creava) i compiti e le mansioni dei lavoratori. Sulla base di tali compiti i lavoratori venivano inquadrati, classificati e retribuiti. Le ragioni dell'iniziale favore sindacale per tale sistema vanno ricercati nel tentativo di ottenere un nuovo ruolo nella contrattazione, in un momento in cui il sindacato "entrava" in fabbrica, e nel desiderio di oggettivare i trattamenti retributivi, allo scopo di ridurre sperequazioni e irrazionali differenze nel trattamento economico tra lavoratori aventi le stesse o analoghe mansioni (¹).

Successivamente, a seguito della diversa strategia sindacale, culminata in Italia con gli accordi degli anni Settanta sull'inquadramento unico, si cercò di abbandonare il vecchio schema a favore di un metodo "soggettivo" che attribuisse una certa qualifica al lavoratore. La qualifica ottenuta diveniva indipendente dal lavoro svolto dal lavoratore. Il successivo divieto dello *ius variandi* (articolo 13 Statuto dei lavoratori) avrebbe costituito la saldatura finale per ottenere l'immutabilità retributiva.

Il sistema attuale contiene gli elementi oggettivi del vecchio sistema taylorista (l'elenco delle mansioni e dei profili professionali), ma allo stesso tempo anche i caratteri del successivo sistema "soggettivo" delle qualifiche generiche attribuite in modo immutabile al lavoratore. Si è quindi creato un sistema bicefalo che, sull'altare della stabilità retributiva, ha sacrificato la propria capacità di ammodernarsi e adattarsi ai mutamenti della realtà. L'attuale meccanismo di classificazione dei lavoratori presuppone, nel suo elenco "oggettivo" di mansioni e compiti, il vano tentativo di contenere tutto l'esistente. Le declaratorie generiche implicano l'attribuzione di un livello retributivo e di una qualifica professionale che, in quanto "soggettivi", non hanno alcun legame con il reale contributo professionale offerto dal lavoratore medesimo. Spesso, infatti, l'organizzazione del lavoro determina ruoli professionali o compiti e mansioni molto differenti dai profili riportati nei contratti collettivi, oppure prevede l'accorpamento di più compiti o mansioni appartenenti a profili differenti. Non sempre l'accorpamento avviene tra mansioni dello stesso "livello", pur in assenza di un reale "demansionamento" del lavoratore. Ciò crea un'evidente distonia tra tipologia (qualità) della prestazione e livello di retribuzione e, a volte, quando ci ferma all'applicazione arida e

(¹) Per una rapida disamina di questi argomenti si veda G. COSTA, *Economia e direzione delle risorse umane*, Utet, Torino, 216 ss. Per gli aspetti più specificatamente sindacali, invece, G. GIUGNI, *Ascesa e crisi del riformismo in fabbrica: dalla job evaluation all'inquadramento unico*, De Donato, Bari, 1976.

meccanica dei profili rigidi, predetermina l'infungibilità del lavoratore medesimo. Anche sotto questi aspetti il sistema appare eccessivamente rigido, antistorico, autoreferenziale e, chiuso col grimaldello dell'articolo 13 dello Statuto, immutabile nel tempo.

Si tratta di un modello figlio di una realtà industriale e sociale passata, in cui prevalenti erano gli interessi di tutela, stabilità ed eguaglianza sociale per una massa di lavoratori con pochi diritti. L'assetto produttivo tendeva a fagocitare gli individui spersonalizzandone il contributo professionale. Non dobbiamo dimenticare che negli anni Sessanta e Settanta, con lo sviluppo della grande industria italiana, si determinò la necessità di reclutare elevate quantità di manodopera non scolarizzata per mansioni a basso contenuto professionale. La frantumazione del ciclo produttivo in mansioni semplici permetteva il facile inserimento di nuova forza-lavoro, con basso costo di addestramento, ridotto investimento formativo e facile sostituzione. Non si richiedeva alcuna preparazione scolastica perché si dava per scontato che l'unica formazione utile sarebbe stata quella impartita in azienda con riferimento alla mansione specifica. La crescita professionale veniva concepita come eventuale specializzazione nell'ambito della mansione naturale, poteva svilupparsi solo in senso verticale⁽²⁾ e non poteva essere illimitata.

Tale sistema ha determinato una certa omogeneità di trattamento economico, la sicurezza di una retribuzione minima e ha dimostrato, in un contesto produttivo rigido e immutabile, una certa utilità pratica, anche se ha favorito un generale appiattimento dei salari. Particolarità di cui paghiamo le conseguenze ancora oggi.

3. Muovendoci su un terreno più pratico e analizzando per esempio il maggiore contratto collettivo italiano (quello dei Metalmeccanici), notiamo che la vigente struttura classificatoria, è incentrata sull'inquadramento unico introdotto nelle aziende metalmeccaniche nel 1973. L'inquadramento unico ha cercato di ridurre (per alcuni istituti normativi, come gli scatti di anzianità o la disciplina del t.f.r.) la tradizionale differenza tra operai e impiegati, ma nulla ha fatto in tema di sviluppo e valorizzazione della professionalità individuale, che invece è rimasta schiacciata da un appiattimento salariale generalizzato (ci riferiamo, ad esempio, alla scelta del sistema di scala mobile in cifra fissa oppure al congelamento degli scatti di anzianità degli ex impiegati dopo i rinnovi del 1979).

Ma non dobbiamo pensare che le parti sociali, dagli anni Settanta ad oggi, siano rimaste insensibili di fronte ai mutamenti delle realtà produttive che hanno determinato la nascita di nuovi "lavori", di nuovi modi di produrre e di trasferire la conoscenza. Gli stessi attori sociali avevano ben chiaro quanto questo sistema fosse rigido e inadeguato rispetto ad una realtà in continuo mutamento. Essi, infatti, nel corso degli anni hanno tentato di introdurre alcuni correttivi utili per dimostrare come alcuni degli elementi di novità che qui proponiamo nascano dai piccoli semi lasciati dagli stessi estensori degli attuali contratti collettivi.

Rileggendo in questa ottica il contratto dei Metalmeccanici (oggi nella sua faticosa fase di rinnovo) troviamo a questo proposito alcune utili indicazioni. Vi sono, anche se espresse in modo ancora troppo generico per essere realmente operative,

⁽²⁾ Cfr. a tale proposito il punto 4), § B), *Mobilità professionale*, inserito nell'art. 4, disc. gen., Parte terza, Ccnl Metalmeccanici.

alcune previsioni circa la promozione di interventi formativi per lo sviluppo delle competenze, norme relative alla ricomposizione e arricchimento delle mansioni, o meccanismi per mettere in atto una certa rotazione delle mansioni ⁽³⁾. Tali previsioni, se testimoniano una certa preoccupazione dei firmatari per un lavoro troppo parcellizzato e un'organizzazione del lavoro troppo rigida, dall'altra non si trasformano (e neppure avrebbero potuto diventarlo) in veri e propri obblighi. Qualche tentativo per uscire dagli spazi angusti delle vecchie classificazioni è chiaramente presente, e in vari punti del testo contrattuale se ne trova la palese testimonianza. Un esempio è la creazione di un «Gruppo di lavoro paritetico per la modifica del sistema di inquadramento» ⁽⁴⁾. Il programma di lavoro previsto è interessante: si auspicano ipotesi di inquadramento rette da «fasce professionali omogenee» suddivise in «gradienti di professionalità». Sembra (ci piace supporre sia così) che si tenda a riconoscere il valore effettivo del contributo del singolo individuo, sganciato da profili professionali predeterminati. Si arriva a prevedere un manuale del sistema di inquadramento con soluzioni direttamente applicabili in azienda, ma non vincolanti. Alcuni passaggi di questo articolo sono degni di nota. Essi testimoniano la consapevolezza nei contraenti del fatto che sono nate nuove professionalità che non si sviluppano solo per linee verticali, ma secondo nuove logiche di allargamento delle mansioni con un maggiore coinvolgimento del personale nei processi di lavoro.

Tali logiche non possono non tenere conto della situazione ambientale e del tipo di organizzazione delle aziende. Se si concorda su queste premesse, aziende e sindacato possono e devono condividere un ampio tratto di strada ⁽⁵⁾.

4. Allo scopo di chiarire con esempi pratici le difficoltà operative che possono derivare dall'uso di un sistema classificatorio troppo rigido, possiamo avvalerci dei profili professionali e dei percorsi di carriera descritti nei due maggiori contratti collettivi di area industriale: il contratto dei Metalmeccanici e quello delle industrie Chimiche e Farmaceutiche ⁽⁶⁾.

Immaginiamo dunque un giovane assunto in un'azienda meccanica, al II livello come «allievo attrezzista». Il Ccnl di riferimento gli presenta una carriera come «attrezzatore di macchine» che lo può portare fino al V livello (senza cambiare il *nomen* del profilo professionale), a seconda che sia in grado con il tempo di compiere attrezzamenti sempre più complessi (magari con l'uso di schemi, disegni tecnici, ecc.). Poniamo il caso che il nostro giovane allievo acquisisca il III

⁽³⁾ Si veda il § B), art. 4, disc. gen., Parte terza, Ccnl Metalmeccanici.

⁽⁴⁾ Si veda l'art. 4-ter, disc. gen., Parte terza, Ccnl Metalmeccanici.

⁽⁵⁾ Un recente tentativo di riformare l'attuale sistema di inquadramento potrebbe essere rappresentato dalla nuova piattaforma presentata da Fim-Fiom-Uilm per la modifica degli inquadramenti del Ccnl Metalmeccanici (in F. ALIAS (a cura di), *Il rinnovo del Ccnl Metalmeccanici: un primo bilancio*, Bollettino Speciale Adapt, 2008, n. 2, in www.csmb.unimore.it). Sul punto si ritornerà in seguito avvertendo il lettore che, essendo la trattativa sindacale ancora aperta al momento della chiusura del presente scritto, le nostre valutazioni saranno basate unicamente sul provvisorio testo sindacale.

⁽⁶⁾ Ci avvaliamo, ancora una volta, degli ampi riferimenti forniti dal Ccnl Metalmeccanici, che, essendo il maggiore e il più importante, anche a livello politico, conserva ancora oggi la caratteristica di «guida» e «riferimento» per gli altri contratti collettivi. Anche se, come si vedrà più avanti, le più interessanti e recenti novità in termini di flessibilità contrattuale vengono offerte dai recenti accordi sottoscritti nel quadro del Ccnl delle aziende chimiche e farmaceutiche.

livello dopo 12 mesi. Immaginiamo ora che nella medesima azienda vi sia anche un secondo allievo attrezzista, assunto nello stesso periodo del primo. Costui appare molto portato per la meccanica, impara in fretta il funzionamento dei torni, delle frese, delle rettifiche, insegue i vecchi lavoratori e li tempesta di domande. In breve tempo rivela una buona predisposizione per l'attività di montatore meccanico (all'inizio solo di macchine semplici). Anche per questo profilo il contratto prevede l'inquadramento al II livello. La nostra ipotetica azienda si ritrova, dopo un anno, con un attrezzista "quasi finito" al III livello e un altro che, sebbene meno specializzato nella mansione specifica, può svolgere due ruoli (attrezzista e montatore). Tuttavia quest'ultimo, a lettera di contratto, dovrà rimanere al II livello. Il contratto collettivo non prevede l'ipotesi di persone che nell'ambito dello stesso livello possano ricoprire più di un profilo professionale. Per essi non è previsto alcun trattamento differente.

La concezione rigida che prevedeva l'allocazione della persona sempre nella stessa posizione e la sua eventuale crescita in tale posizione preclude ancora oggi trattamenti differenziati per chi presenta incrementi di competenze in senso "orizzontale". Certamente l'impresa rimane libera di inquadrare differentemente le due persone e di retribuirle diversamente. Ciò che si vuole sostenere è che in tali casi il Ccnl non è in grado, da solo, di offrire alcuno strumento gestionale o di valorizzazione della risorsa umana.

E non vale ricorrere al caso, pure trattato da quasi tutti i contratti, del cumulo di mansioni ⁽⁷⁾. Normalmente in tale ambito si prevede la sola circostanza di mansioni appartenenti a categorie diverse, assegnando la categoria corrispondente alla mansione superiore (purché essa sia prevalente) ⁽⁸⁾. In questo caso specifico, però, il Ccnl Metalmeccanici aggiunge l'interessante annotazione secondo la quale per i «casi particolari che non rientrano tra quelli sopra indicati si terrà conto nella retribuzione». Gli estensori del contratto, consci della impossibilità di gestire fenomeni mutevoli e imprevedibili con una struttura normativa troppo rigida, hanno trovato nella retribuzione l'unica via di uscita.

Il nostro contributo ha lo scopo di allargare questa piccola breccia e di strutturare una valorizzazione della crescita professionale, basata soprattutto sulla retribuzione quale riconoscimento del maggior valore professionale acquisito dal lavoratore.

Passiamo ora al contratto dei chimici. Nella parte dedicata alla classificazione del personale ⁽⁹⁾, dopo un'ampia premessa in cui si dà atto delle necessità di una nuova e più moderna classificazione e si concorda sulla sperimentazione di modelli organizzativi nuovi, questo contratto presenta un sistema di classificazione

⁽⁷⁾ Si veda l'art. 15, disc. gen., Parte terza, Ccnl Metalmeccanici.

⁽⁸⁾ Da notare che, contrariamente al passato, l'importanza della sola componente temporale nella determinazione della prevalenza di una certa mansione è stata progressivamente ridotta a favore di considerazioni più ampie che tenessero conto anche della diversa e specifica professionalità di alcune delle mansioni svolte. Si veda ad esempio Cass. 8 luglio 1992 n. 8330, in *DL*, 1993, 325 Questa interpretazione è seguita ad esempio anche dal Ccnl Terziario che all'art. 99 coniuga il concetto di frequenza della prestazione con il maggior valore professionale della medesima.

⁽⁹⁾ Si tratta del cap. III, artt. 4 e 5. Utilizziamo il nuovo testo dell'art. 4 redatto dalla Commissione Bilaterale Inquadramento sottoscritto in data 5 dicembre 2007, in *www.csmb.unimore.it*, indice A-Z, voce *Mansioni*.

dettagliatissimo, strutturato su sei categorie e quattordici (!) posizioni organizzative e quattordici trattamenti retributivi. Alcune categorie sono ulteriormente suddivise nelle qualifiche per quadri, impiegati, operai e qualifiche speciali. Ogni categoria reca il proprio elenco dei profili professionali corredato della descrizione delle mansioni e delle responsabilità. La descrizione dei profili è così minuziosa da essere addirittura invasiva rispetto alla struttura organizzativa aziendale e alle modalità di ripartizione del lavoro. Nelle differenze tra *l'operatore polivalente impianti* (categoria D3) e *l'operatore tecnico polivalente impianti complessi* (categoria D1, ma manca la posizione intermedia D2) viene indicata la possibilità di firma dei permessi di avvio per i lavori di manutenzione, oppure la capacità di controllo degli impianti, non solo sul campo, ma anche in "sala quadri".

Se ne deduce che per il contratto collettivo i permessi di manutenzione devono essere firmati per iscritto di volta in volta. In caso di manutenzioni programmate con inizio lavori predefinito alla fine del turno, si suppone venga svuotata la posizione di operatore superiore.

Si dà per scontato che ci sia una "sala quadri" separata dalle linee di produzione. Spesso, invece, le linee di produzione hanno propri quadri e *display* che esauriscono le necessità di controllo. In tale caso, ogni operatore polivalente della categoria D3 deve essere promosso automaticamente alla categoria D1?

Possiamo trovare un altro chiaro esempio di puntigliosa classificazione, peraltro foriera di incertezze, nella distinzione tra *conduttore impianto complesso* (D3) e *conduttore di impianti complessi* (D1) per i quali, tra i motivi di differenziazione, oltre al plurale del profilo (conduzione di *più impianti*) vengono indicati il possesso di un diploma tecnico professionale e la dipendenza diretta dal capo reparto, invece che dal capo turno (come per la categoria D3). Ci si domanda quale inquadramento avrebbe un conduttore di impianti (plurale), ma senza diploma e che dipenda dal capo turno in un'azienda sprovvista, per scelta organizzativa, di un capo reparto, ma con un responsabile di produzione che gestisca direttamente i capi turno.

La tabella 1 qui sotto riprodotta evidenzia i percorsi di carriera, rigidamente definiti dal contratto dei chimici di un impiegato nel settore informatico e di un operaio addetto alla conduzione impianti. Nonostante l'intento di entrare in ogni singolo dettaglio descrittivo, gli estensori hanno mancato di indicare alcune posizioni intermedie, facendo saltare ai nostri lavoratori alcuni scalini retributivi. Ciò conferma l'impossibilità di rinchiudere in una casistica il divenire mutevole delle organizzazioni. Il contratto collettivo stabilisce in modo autoritario la parità retributiva, ad esempio tra il programmatore (*junior*), l'operatore di impianti complessi che coordina e conduce altro personale e chi esegue con ampia autonomia decisionale ogni intervento di manutenzione su detti impianti, impiegando un'elevata conoscenza della meccanica e dell'elettronica⁽¹⁰⁾.

Nei fatti questa equivalenza tra i due profili non esiste. E il fatto che il contratto collettivo stabilisca che uno sia impiegato e l'altro operaio non sposta certo il valore del *know-how* tecnico posseduto a favore del programmatore. Anche in questo caso il contratto non aiuta l'impresa a valorizzare adeguatamente le compe-

⁽¹⁰⁾ Si tratta del profilo operaio *Operatore tecnico polivalente manutenzione*.

tenze “critiche” del personale. Anzi, sembra che sia il contratto a stabilire aprioristicamente quali siano i profili professionali “critici” per l’azienda.

Tabella 1 – Ccnl Chimici, esempi di classificazione.

	Categoria	Profilo informatico	Profilo op. conduzione / manutenzione impianti
crescita professionale ↑	A1	Resp. sistemi informatici di società	
	A2	Resp. sistemi operativi complessi	
	A3	Resp. area applicativa	
	B1	?	
	B2	Analista programmatore	
	C1	?	
	C2	Programmatore esperto	
	D1	Programmatore	Operat. tecnico poliv. manutenzione / conduzione impianti complessi
	D2		?
	D3		Operatore poliv. impianti
	E1		Conduttore impianti complessi
	E2		Operaio polivalente
	E3		Operatore
	E4		Operatore ausiliario
	F		

5. L’assetto contrattuale odierno costituisce la struttura portante delle transazioni di lavoro in Italia. I modelli di classificazione del personale oggi adottati, se nella parte “oggettiva” cercano di seguire la struttura organizzativa del lavoro, nella loro parte “soggettiva” cristallizzano una realtà di qualifiche professionali che faticano a trovare asilo in una struttura organizzativa che cambia rapidamente. Ma la classificazione tradizionale non può non influenzare anche gli atteggiamenti dei lavoratori di fronte al mondo che cambia. Si tratta di un contesto ambientale che condiziona l’individuo e che a volte subordina importanti scelte organizzative al rispetto di obblighi formali ormai sganciati dalla realtà. Il lavoratore reagisce spesso con rigidità e diffidenza di fronte alla prospettiva di nuovi o diversi compiti che non si incasellano nelle categorie note, mentre quando egli dimentica gli elementi di preclusione del contratto, collabora e segue il cambiamento accettando la sfida. In entrambi i casi le regole contrattuali non sono di aiuto a risolvere il problema: sono utili solo se vengono dimenticate. Non è ragionevole mantenere in vita un corpo di regole obsoleto che è funzionale allo scopo solo se non viene applicato (o quanto meno in gran parte tacitamente abrogato).

Ai fini del nostro ragionamento è essenziale prestare attenzione a due fattori fondamentali: da una parte al tipo di organizzazione adottata dalle aziende moderne per fronteggiare l’incertezza dei mercati e la dinamica della concorrenza (da cui trarremo le indicazioni sulla distribuzione dei compiti e delle mansioni del personale), e dall’altra alle nuove elaborazioni concettuali in tema di diffusione della conoscenza e di valorizzazione delle competenze (che ci forniranno gli elementi

utili per identificare le competenze di base del lavoratore e quelle di maggior valore aggiunto). Questi due fattori ci permetteranno di abbozzare, dapprima, un sistema meno rigido di inquadramento (e retribuzione) in linea con le nuove professionalità e il conseguente assetto organizzativo vincente, e poi di arricchire tale sistema con percorsi di valorizzazione professionale, alternativi alla semplice crescita verticale (determinata dal mero trascorrere del tempo), all'interno dello stesso profilo. Insomma, se si deve parlare di "soluzioni chiavi in mano" riteniamo che esse non debbano essere costituite da modelli rigidi precostruiti, ma da linee guida generali ed astratte implementabili su base aziendale o collettiva.

La crisi del modello industriale classico o, ancor meglio, il tramonto della visione dell'economia italiana come dominata da grandi aziende a struttura rigida, impone una seria ridiscussione dei ruoli degli attori dei processi economici: lavoratori dipendenti, aziende, sindacati. Occorre innanzitutto partire da un dato reale incontrovertibile che dovrà spazzare via tutti gli assiomi di partenza sino ad oggi utilizzati per analizzare le transazioni di lavoro: la quasi totalità delle aziende italiane ha meno di cinquanta dipendenti ⁽¹⁾. Non possiamo continuare a proporre sistemi di classificazione adatti alla sola grande impresa. Dobbiamo calarci nella realtà delle migliaia di piccole e medie aziende che occupano la maggioranza dei lavoratori italiani e che costituiscono l'ossatura e il futuro del nostro sistema economico.

Utilizzando gli schemi degli studiosi di organizzazione, possiamo sostenere che la struttura organizzativa di tali aziende è riconducibile più ad un modello "organico" che a uno "meccanico". Una struttura organizzativa poco formalizzata ove non sempre i ruoli delle persone sono perfettamente definiti da mansionari rigidi e da un esatto confine delle professionalità. Organizzazioni in cui si lasciano sfumati i contorni dei vari ambiti di responsabilità affinché, in casi di necessità, le persone siano in grado di occupare spazi nuovi, di sentirsi meno legati da compiti predefiniti, e offrano una prestazione "più flessibile e dinamica" e più adatta alle necessità del momento. Strutture di questo tipo, se tradizionalmente perdono un poco di efficacia nel controllo dei processi standard, mostrano migliori capacità di fronteggiare situazioni nuove e impreviste con maggiore reattività e dinamicità. Ciò spiega in buona misura perché le piccole e medie aziende (italiane, ma non solo) sono generalmente in grado di seguire e interpretare mutamenti del contesto tecnologico, del mercato, della concorrenza, in modo più rapido rispetto alle grandi organizzazioni.

La maggior apertura dei mercati, la globalizzazione, la forte concorrenza dei paesi *low cost*, hanno ridotto l'orizzonte temporale di programmazione e pianificazione delle aziende. Anche quelle di grandi dimensioni (multinazionali comprese), che fino a qualche anno fa chiedevano ai propri manager la redazione di *business plan* pluriennali, ora si accontentano di *budget* annuali. I mercati finanziari danno molto più peso a *forecast* semestrali che a previsioni di più lungo periodo (e ad elevato tasso di fallibilità).

Si può fare finta di non riconoscere questa realtà e insistere nel riproporre pervicacemente strumenti di gestione del personale che enfatizzano la stabilità piuttosto

⁽¹⁾ Il 99% delle imprese italiane ha meno di 50 dipendenti e occupa il 69% della totalità della forza-lavoro nazionale (fonte Istat 2006).

sto che la flessibilità⁽¹²⁾ (ammesso che stabilità e flessibilità siano concetti opposti), ma non si farà altro che forzare l'applicazione di strumenti che semplicemente il sistema non accetterà, con l'ovvio rischio di negative ricadute occupazionali. Si può, invece, prendere atto di tale situazione e cogliere le opportunità che ne derivano. Non si tratta di un compito semplice, ma è l'unica soluzione possibile.

Da diversi anni lo stile organizzativo delle imprese di produzione segue alcuni principi generali riconducibili alla nota denominazione di "*lean production*", laddove una struttura snella contiene diversi profili professionali, quasi tutti sullo stesso piano gerarchico, con poche figure di vertice e forti strumenti di coordinamento tra gli operatori. La struttura produttiva essenzialmente "piatta", con ruoli misti e poco definiti permette il trasferimento delle conoscenze e la costruzione di professionalità miste e composite. Professionalità non riconducibili alle schematizzazioni fisse dei contratti collettivi. Ciò avviene anche nel cosiddetto sistema di produzione a "isole"⁽¹³⁾, in cui ciascuna isola (gruppo di lavoratori) deve completare un pezzo del processo produttivo in quasi assoluta autonomia e con diretta responsabilità sull'esito finale del lavoro. Vengono frequentemente organizzate brevi riunioni di analisi dello stato di avanzamento, si concordano i passi successivi per superare le difficoltà, utilizzando anche una certa autonomia nell'apportare mutamenti al ciclo di lavorazione, pur di raggiungere l'obiettivo di produzione. I membri del gruppo apprendono il contenuto delle mansioni dei colleghi e in buona misura sono in grado di sostituirli in caso di necessità. Gli aspetti fondamentali dell'atteggiamento al lavoro richiesti ai lavoratori sono: flessibilità della prestazione, capacità di adattamento alle nuove circostanze, condivisione dell'obiettivo, destrutturazione dei mansionari predefiniti. La crescita personale che tali persone possono conseguire sarà caratterizzata da: velocità di pensiero, flessibilità mentale, capacità di improvvisazione, serena consapevolezza di dominare l'incertezza, atteggiamento positivo verso il futuro. Tutte qualità di cui abbiamo bisogno per affrontare le sfide di un mondo che cambia rapidamente.

Se queste sono le caratteristiche personali (e professionali) necessarie alle aziende per crescere, il loro sistema di inquadramento e valutazione ne dovrà tenere conto. Si dovrà prevedere un sistema di sviluppo e valutazione delle competenze che tenga conto non solo di *cosa il lavoratore effettivamente svolge*, ma anche di ciò che è *in grado di svolgere*, perché tale valutazione prospettica implica un quadro più completo delle sue competenze e capacità. Si tratta, in definitiva, di passare dal formale "*pay for position*" che retribuisce il valore formale

⁽¹²⁾ Si prendano ad esempio dichiarazioni a commento del Libro Verde della Commissione UE, rilasciate dal Ministero del lavoro italiano, e l'articolo di P. ALLEVA, *Il Libro Verde della Commissione UE e l'esperienza italiana della flessicurezza*, entrambi in *Dossier Adapt*, 21 febbraio 2007, n. 9-10. Oppure, purtroppo, la piattaforma sindacale che aprì la trattativa per il rinnovo del Ccnl Metalmeccanici, in cui si ribadiva ancora una volta, la necessità della «formalizzazione della centralità del contratto di lavoro a tempo indeterminato», in *Boll. Adapt*, 17 aprile 2007, n. 14. Formalizzazione peraltro giunta per via legislativa, con una singolare comunanza di intenti con le parti sindacali, ad opera della l. n. 274/2007 (attuazione del Protocollo del Welfare) che ha introdotto un nuovo comma all'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che recita testualmente: «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato».

⁽¹³⁾ Alcune fasi del ciclo produttivo Fiat ne sono un esempio.

dell'attività prestata al “*pay for competence*” che sposta l'enfasi sul reale contributo di competenze che vengono apportate all'azienda (¹⁴).

Occorre tenere inoltre conto che la crescita professionale si svolgerà molto spesso in senso orizzontale e non verticale, in quanto la cosiddetta “organizzazione snella” non prevede numerose posizioni di vertice, ma permette un'espansione orizzontale delle conoscenze e delle competenze. Non sarebbe possibile altrimenti: è inutile illudere e frustrare le persone con promesse di sbocchi di carriera verticali se poi essi non sono previsti dalla struttura organizzativa (¹⁵).

6. In tema di competenze, gli studi di organizzazione abbondano. E non è oggetto del presente scritto richiamare le tradizionali teorie sulla definizione di “competenza” o sulle modalità di sviluppo delle professionalità. Sarà più interessante invece verificare quali siano le più recenti elaborazioni in campo internazionale che indicano *quali siano le competenze vincenti* in grado di assicurare uno sviluppo della persona in linea con i mutamenti del mondo moderno. Si rende necessaria una breve digressione sui risultati emersi all'interno di un importante progetto di ricerca condotto in sede OCSE e denominato *Definition and Selection of Competencies (DeSeCo)* (¹⁶). Tale progetto, a cui hanno partecipato esponenti di estrazioni e formazioni diverse (insegnamento, associazioni datoriali, sindacali, sociologi, ecc.), ha avuto l'obiettivo di fornire una selezione condivisa delle competenze di base necessarie al pieno sviluppo delle personalità nella nostra società moderna.

Tralasciando la lunga trattazione svolta in tema di concetto stesso di “competenza”, *DeSeCo* ha concentrato la propria azione sulla classificazione e definizione delle qualità e attitudini personali che permettono all'individuo un'esistenza pienamente realizzata e che al tempo stesso assicurano il buon funzionamento della società. Buona parte della vita coincide con il periodo dell'attività lavorativa e se trasponiamo tali concetti nel mondo del lavoro, troveremo che le abilità definite da *DeSeCo* sono le stesse che più comunemente fanno da contorno (o in certi casi fungono da premessa) allo svolgimento delle attività lavorative. Esse completano o arricchiscono il profilo professionale del lavoratore.

Il gruppo di esperti di *DeSeCo* ha portato all'indicazione di tre fondamentali competenze: interagire in gruppi sociali eterogenei; agire autonomamente; usare gli strumenti in modo interattivo. Ciascuna delle competenze indicate sottintende il possesso di altre abilità che costituiscono la premessa della macro-competenza di riferimento. Così lo schema si completa come segue:

1. *Interagire in gruppi sociali eterogenei*
 - relazionarsi in modo adeguato con gli altri
 - cooperare

(¹⁴) Si tratta di definizioni già molto note tra gli studiosi di organizzazione e quindi ci avvaliamo volentieri delle elaborazioni concettuali più autorevoli.

(¹⁵) Anche qui, non si tratta di considerazioni nuove, ma di elaborazioni espresse dagli studiosi di organizzazione da più di dieci anni. Si veda ad es. R. BOCCALARI, *Il management delle competenze*, in *Sviluppo & Organizzazione*, 1995, n. 152, 48 ss.

(¹⁶) Il progetto è stato condotto tra il 1997 e il 2002. Per un'ampia trattazione delle elaborazioni redatte in quella sede si veda il recente volume D.S. RYKEN, L.H. SALGANIK (a cura di), *Agire le competenze chiave*, Milano, 2007, e la ampia bibliografia ivi citata.

- gestire e risolvere il conflitto
- 2. *Agire autonomamente*
 - agire in ampi contesti e prospettive, dotati di una certa complessità
 - ideare e condurre progetti di vita
 - difendere i propri diritti
- 3. *Usare gli strumenti in modo interattivo*
 - capacità di usare linguaggio, simboli e testo
 - uso interattivo delle conoscenze
 - uso interattivo della tecnologia

7. Il punto di partenza e l'obiettivo primario degli studiosi che parteciparono al progetto *DeSeCo* era, una volta raggiunta la definizione delle competenze di base, fornire utili suggerimenti ai Governi per aggiornare la metodologia e i contenuti dell'istruzione. Non è sfuggito tuttavia agli Autori che la portata dei concetti elaborati travalicasse il semplice ambito scolastico, e che essi investivano la condotta dell'intera vita dell'individuo. Ciascuno di noi passa buona parte della vita svolgendo un'attività lavorativa, inserito in un contesto sociale organizzato, e che tale periodo coincide con la crescita e la piena affermazione della personalità, non si può non convenire che, se l'elaborazione delle competenze sopra indicate è corretta, esse dovrebbero essere coltivate e sviluppate anche e soprattutto in ambito aziendale.

Si possono nutrire dubbi sulla bontà dell'esito di questo studio, ma è importante considerare che alcuni paesi europei e gli Stati Uniti stanno cercando di riformare il proprio sistema scolastico sulla base degli spunti offerti dal progetto *DeSeCo* (17). Occorre tenere conto che quanto viene elaborato in sede di istruzione scolastica, incidendo sulla formazione dell'individuo, entrerà nel mondo del lavoro caratterizzando la professionalità dell'individuo/lavoratore. Data la interdipendenza sequenziale tra mondo scolastico e mondo del lavoro, viene naturale progettare un sistema di scambio e collaborazione in cui siano valorizzate, nella fase di istruzione, non solo le conoscenze tecniche richieste dal mondo del lavoro, ma anche qualità personali più generali che sono la premessa per la più completa formazione dell'individuo come persona, autore della propria vita. Senso di responsabilità, merito, capacità di lavoro in gruppo, gestione dei conflitti, sensibilità verso l'obiettivo non sono concetti inapplicabili nell'ambiente scolastico e sono pane quotidiano nella vita aziendale, anche per i ruoli meno specializzati. Anzi, nell'attuale condizione di feroce concorrenza, tali qualità assumono il carattere distintivo per il successo o l'insuccesso (dell'impresa e dell'individuo).

Queste considerazioni dovrebbero farci abbandonare quell'istintiva repulsione o diffidenza che spesso in Italia si nutrono nei confronti di elaborazioni concettuali o nuove metodologie che hanno lo scopo di suggerire valori di riferimento o metodologie differenti da quelli cui siamo abituati. Tantomeno possiamo considerare la realtà italiana così diversa da quella degli altri paesi da rifiutare ostinatamente le soluzioni che vengono invece adottate in campo internazionale. Anziché rifiutare a priori tali suggerimenti, con il rischio di pagare il ritardo (rispetto ai

(17) Per maggiori dettagli si veda il contributo di N. BOTTANI in D.S. RYKEN, L.H. SALGANIK (a cura di), *op. cit.*, 27 ss.

concorrenti europei) nell'adattamento alla situazione che cambia, e di soffrire della perdita *chances* di sviluppo, sarebbe molto più proficuo cogliere l'occasione per elaborare sistemi di governo del cambiamento, che dotino gli individui e le aziende dei mezzi per affermare le proprie capacità anche in un contesto difficile e instabile come l'attuale. Riteniamo, infatti, che sempre di più, in futuro, la valorizzazione delle persone si giocherà sul possesso di qualità come quelle sopra indicate, e che possa valere la pena introdurre nel sistema di classificazione dei lavoratori elementi valutativi che tengano conto anche di tale prospettiva.

D'altra parte, dobbiamo considerare che i recenti orientamenti europei in campo di istruzione e mercato del lavoro presentano una marcata impronta pragmatica e certamente meno ideologica dell'attuale dibattito italiano, tutto locale e più interessato a preservare equilibri politici piuttosto che ad offrire soluzioni pratiche ed efficaci. Tali orientamenti appaiono del tutto in linea con i concetti espressi in sede da *DeSeCo*. Se andiamo a rileggerci le recenti iniziative europee ⁽¹⁸⁾, scopriamo che, nel disegno della Commissione UE relativo alla organizzazione dei sistemi di istruzione e del mercato del lavoro, si assegna ai modelli di istruzione nazionale un duplice compito. Non solo assicurare agli studenti le competenze di base ⁽¹⁹⁾, ma al tempo stesso stimolarne l'iniziativa, la potenzialità e la creatività affinché, una volta inseriti nel mercato del lavoro, siano capaci di proseguire autonomamente la propria istruzione per tutto l'arco della vita (*lifelong learning*).

Ai Paesi membri spetta invece il compito di essere consequenziali e coerenti con questo cammino di sviluppo, predisponendo un assetto dei rapporti di lavoro che agevoli l'accesso al mercato da parte dei giovani con uno sviluppo professionale continuo e una soddisfacente condizione economica.

Il tema della formazione e dell'occupazione, negli atti della Commissione Europea, viene spesso collegato al concetto di *flessicurezza* (*flexicurity*) ⁽²⁰⁾, inteso come quel sistema di organizzazione del mercato del lavoro che, coniugando le esigenze di flessibilità del mercato medesimo con gli obiettivi di piena occupazione, assicura lo sviluppo individuale e sostiene (anche con meccanismi di autofinanziamento) il lavoratore nei periodi di inoccupazione. La flessibilità, qui intesa come varietà dei modelli di contratto di lavoro, lungi dall'essere considerata un male in sé, viene reputata utile e ragionevole nella misura in cui è necessaria al raggiungimento dei primari obiettivi occupazionali.

La necessità dello sviluppo della persona nella società secondo le competenze sopra richiamate, da perseguirsi attraverso azioni di formazione e l'uso di inizia-

⁽¹⁸⁾ Fra i documenti recenti, citiamo la comunicazione della Commissione delle Comunità Europee del 5 settembre 2007 recante il titolo *Favorire il pieno coinvolgimento dei giovani nell'istruzione, nell'occupazione e nella società*, COM(2007)498, in calce alla quale si trovano ampi riferimenti bibliografici a documenti e atti europei collegati al tema.

⁽¹⁹⁾ Competenze fondamentali che, secondo la raccomandazione n. 2006/962/CE, sono rappresentate dalla capacità di comunicare nella madrelingua e in lingue straniere, dalle capacità matematiche e scientifiche, da quelle civiche e sociali, *dalle capacità di iniziativa e imprenditoriali* ed infine da quelle legate all'espressione culturale.

⁽²⁰⁾ Laddove si sostiene che gli obiettivi di una crescita sostenibile con più posti di lavoro e di migliore qualità possano essere raggiunti solo attraverso la promozione di una forza-lavoro "preparata", "formata" e "flessibile". Il testo del Libro Verde è contenuto nella comunicazione della Commissione COM(2006)708, reperibile, con alcuni commenti, anche in *Boll. Adapt*, 9 gennaio 2007, n. 1.

tiva individuale, nonché di un certo grado di “imprenditorialità”, induce a rivedere quelle regole e quei meccanismi che all’interno del rapporto di lavoro incidono sullo sviluppo della professionalità, la incentivano, la retribuiscono o (come avviene spesso) la mortificano.

Lo sviluppo della persona nel mondo del lavoro equivale alla valorizzazione della sua professionalità.

8. Vediamo, quindi, come calare nel contesto aziendale i risultati di *DeSeCo* e le indicazioni delle istituzioni europee in tema di competenze, come trasformarli in definizione di competenze apprezzabili dall’azienda e dal lavoratore, ed infine come inserirle in una nuova classificazione delle professioni gestite da un rinnovato contratto collettivo di lavoro.

Se leggiamo in chiave “aziendale” le tre macro-competenze di *DeSeCo*, troviamo facilmente la traduzione e la corrispondenza con almeno tre qualità distintive apprezzabili nell’ambiente di lavoro: la prima (interazione in gruppi sociali) non è altro che la *capacità di lavoro in team*; la seconda (agire autonomamente e perseguire progetti complessi) corrisponde alla *capacità di elaborare un piano di azione e di lavorare per obiettivi*; la terza (utilizzare gli strumenti in modo interattivo) non è altro che il *dominio degli strumenti* (uomini e mezzi) messi a disposizione e conseguente capacità di scegliere tra essi i migliori per raggiungere il risultato atteso. Si tratta, in definitiva, dell’indicazione di quelle più comuni competenze (o qualità) che ogni giorno le aziende verificano (in modo più o meno formale) sui propri dipendenti, per adottare la migliore politica di gestione del personale. È anche la riprova, ci sia consentito, che gli esperti di *DeSeCo*, tutto sommato, non hanno scoperto nulla di nuovo. Forse il loro maggiore contributo è stato quello di dare a questi concetti una certa sistematicità e di tentare di influenzare l’ermetico mondo della scuola. Naturalmente, non si può pensare che le competenze indicate da *DeSeCo* possano sostituire le competenze specifiche e le conoscenze tecniche dei ruoli e delle mansioni.

Se sezionassimo ogni prestazione lavorativa alla ricerca delle competenze utilizzate, scopriremmo che l’individuo utilizza sempre delle conoscenze (competenze) di base (generiche), comuni a diverse fasi del lavoro e competenze specifiche del ruolo e della mansione (ad esempio conoscenze tecniche o teoriche necessarie per eseguire la prestazione) ⁽²¹⁾. Le competenze di base (o generiche), a nostro parere, sono ulteriormente divisibili in due gruppi: quelle già note al lavoratore perché si riferiscono ad attività elementari apprendibili con un minimo periodo di pratica (ad esempio le attività di magazzino più semplici) e quelle che prevedono il recepimento di alcune istruzioni o procedure di lavoro (ad esempio le istruzioni pratiche su macchine che eseguono sempre la stessa attività in produzioni in serie).

Le competenze di base, unitamente a quelle specifiche (laddove richieste), assieme alla volontà/motivazione dell’individuo forniscono la prestazione, che a sua

⁽²¹⁾ Riassumiamo velocemente e in alcuni casi diamo per scontati alcuni tra i più comuni concetti elaborati dalla letteratura di organizzazione aziendale che si occupa di valutazione della prestazione, della posizione e del potenziale dei lavoratori. In questa sede alcuni concetti della scienza delle organizzazioni vengono solo richiamati nella misura in cui sono utili allo scopo.

volta determina la retribuzione. L'azienda retribuisce quanto riceve, ossia paga il lavoratore per quello *che fa*. È possibile pensare ad un sistema che dia modo all'azienda di retribuire il lavoratore in "modo scoperto e concordato" per quello *che è* o meglio per quello *che può fare* in base alle (altre) competenze possedute? Si può arrivare a retribuire anche quei contributi di particolare distinzione che rappresentano il maggior valore aggiunto per l'azienda? Tradizionalmente nelle aziende per distinguere il valore delle prestazioni dei lavoratori si utilizza il superminimo individuale, oppure il premio *una tantum* su obiettivi. Il primo, tuttavia, trasformandosi in retribuzione fissa ed immutabile perde col tempo ogni riferimento concreto al valore del contributo della persona, diventa un dato "acquisito", perde l'effetto "motivante" e, soprattutto, se il valore del contributo professionale scende, crea un'asimmetria tra valore della prestazione e retribuzione. Il secondo strumento, il premio su obiettivi, invece, è certamente più legato alla specifica prestazione, ma proprio per questo non valorizza la persona nella sua completezza. Esso non è adatto quando occorre compensare contributi professionali di particolare valore protratti nel tempo, ma che non sono legati a specifici risultati predeterminati.

9. Ipotizziamo una struttura retributiva composta da quattro elementi: due obbligatori e due eventuali (si veda la tabella 2). Una prima componente fissa della retribuzione è uguale per tutti, indicizzata (una sorta di salario sociale), il cui importo però non corrisponderà agli attuali minimi contrattuali, ma si avvicinerà più all'importo della pensione sociale. Un secondo elemento chiamato "salario o stipendio di ruolo" farà riferimento al ruolo professionale ricoperto in azienda. Il ruolo non dovrà corrispondere alle declaratorie (profili ed esempi) degli attuali contratti collettivi, ma alla descrizione generica del ruolo secondo quattro livelli di professionalità (da ruolo generico a ruolo gestionale). Gli altri due elementi saranno il "superminimo professionale" e il "superminimo distintivo", che rappresenteranno il compenso per le maggiori qualità dimostrate nel corso dell'attività lavorativa. Questi due ultimi elementi sono certamente eventuali e riconosciuti a discrezione dell'azienda. Un appropriato sistema fiscale e contributivo dovrebbe incentivare il lavoratore a puntare a tali compensi, migliorando il proprio contributo e, allo stesso tempo, dovrebbe rendere conveniente per l'azienda erogare tali riconoscimenti.

Tabella 2 – Schema di inquadramento e retribuzione.

	ELEMENTI RETRIBUTIVI	SOTTO CATEGORIE	IMPONIB. CONTRIBUTI / ISTITUTI CONTRATTUALI	TASSAZIONE	INDICIZZAZIONE
crescita professionale	SUPERMINIMO DISTINTIVO		Solo INPS al 50% (ma con ritenuta c/d.p. solo volontaria)	Scaglione minimo (23%)	NO
	SUPERMINIMO PROFESSIONALE		INPS INAIL TFR malattia ferie/par, preavviso, ecc	Tassazione separata: stesso scaglione del salario di ruolo	NO
	SALARIO / STIPENDIO DI RUOLO	- gestionale - specifico/specializzato - generico esecutivo/operativo - generico	INPS INAIL TFR malattia ferie/par, preavviso, straordinario, ecc	Tassazione ordinaria	Indicizzato al 75% inflazione; se presente sup. indiv. solo al 50%. Possibile indicizz. 100% solo se azienda in attivo
	SALARIO SOCIALE			Tassazione ordinaria	100% inflazione

10. Analizziamo ora nel dettaglio ogni elemento della retribuzione.

Del salario sociale si è già detto sopra. Esso svolge la stessa funzione “di sopravvivenza” della pensione minima, indicizzata per legge e potrebbe essere corredata da un’aliquota fiscale di favore per i redditi più bassi.

Quello che invece abbiamo indicato come “salario di ruolo” presenta maggiori complessità. Innanzitutto, viene scomposto in quattro fasce che corrispondono alla differenza delle competenze (o conoscenze) necessarie allo svolgimento delle mansioni. La fascia più bassa (il ruolo “generico”) corrisponde a mansioni generiche puramente esecutive per il compimento delle quali occorrono conoscenze elementari e un breve periodo di pratica. Il livello successivo corrisponde a mansioni, sempre di carattere generico, per le quali occorre apprendere delle procedure specifiche non note al lavoratore e che possono essere recepite con un breve affiancamento. Si passa, quindi, al ruolo “specializzato” che prevede mansioni per le quali occorrono conoscenze teoriche o pratiche di tipo specialistico, comunque acquisite. Infine con “gestionale” si intende quel ruolo che normalmente comprende le conoscenze dei livelli inferiori, ma che, in aggiunta, presiede alla gestione di processi aziendali complessi o al coordinamento di un gruppo di persone ⁽²²⁾.

Dato che lo schema si basa esclusivamente sul tipo di apporto professionale prestato dal lavoratore, viene abbandonata la tradizionale distinzione tra operai e impiegati ⁽²³⁾, si cancella la progressione di carriera basata sul semplice decorso

⁽²²⁾ In realtà non è necessario, che il ruolo superiore comprenda tutte le conoscenze dei livelli inferiori: il responsabile di una linea produttiva (ruolo gestionale) può non essere in grado di svolgere tutte le operazioni sulle macchine della linea, però è al corrente della sequenza delle operazioni medesime e della loro conseguenza sul programma di produzione complessivo.

⁽²³⁾ D’altra parte anche la Cassazione ha preso atto che in molte attività tradizionalmente attribuite alla sfera operaia vengono spesi contenuti professionali ben più specialistici rispetto a molte mansioni impiegatizie. Si veda ad esempio Cass. 16 ottobre 1985, in *GC*, 1986, I, 412, e per il merito si veda Trib. Milano 2 settembre 1992, in *OGL*, 1992, 548, ove si ribadisce che il semplice criterio della “manualità” non può più essere determinante, soprattutto quando le mansioni impiegatizie prese in esame consistono in attività meramente esecutive.

del tempo ⁽²⁴⁾, e infine non si tiene conto della classificazione predeterminata sulla base del possesso di particolari titoli di studio. Va inoltre precisato che il salario di ruolo è legato appunto al ruolo, cambiando il quale muterà la parte retributiva. *Anche in caso di regressione.* Va infatti ribadito che tale strumento retributivo compensa “quello che il lavoratore fa” e non quello che “il lavoratore è in grado di fare o ha fatto in passato”. Tali valutazioni influenzeranno invece il superminimo professionale o il superminimo distintivo, che potrebbero essere mantenuti dal lavoratore anche se riclassificato in un ruolo inferiore.

Il superminimo professionale farà invece riferimento al particolare impegno dimostrato dal lavoratore (anche per periodi limitati, e quindi anche il compenso potrà essere temporalmente limitato). Oppure sarà giustificato per le ulteriori abilità o professionalità che il lavoratore comunque possiede e che, anche se non sono spese nella situazione contingente, autorizzano il datore a poter fare affidamento su una risorsa polivalente. Ne consegue che questo elemento retributivo non è necessariamente legato direttamente alla “quantità” di attività prestata, ma mira a compensare le qualità del lavoratore o le maggiori disponibilità dimostrate. Si tratta di un compenso ulteriore rispetto a quello legato al tempo lavorato. Tale supplemento è erogato a discrezione dell’azienda. Non si prevede che venga preso in considerazione per il compenso delle ore di straordinario (che normalmente attengono alla “quantità” di prestazione).

Per maggiore chiarezza sull’applicabilità di questo elemento retributivo, valgano alcuni esempi. Oltre al caso dell’attrezzista-manutentore riportato all’inizio, la giustificazione di questo superminimo potrebbe ricorrere quando viene richiesto un maggior impegno temporale per il completamento di un’opera o un’attività e il lavoratore assume l’impegno di coprire quelle necessità di lavoro extra predeterminato: in questo caso il valore aggiunto assicurato all’azienda è rappresentato dalla possibilità di contare in anticipo sull’apporto continuativo che la persona assicura. Ma potrebbe ricorrere anche quando il lavoratore è incaricato di un ruolo secondario non legato al proprio profilo professionale, in cui spende professionalità diverse da quelle usualmente impiegate, ma che tuttavia riguardano attività di particolare interesse per l’azienda ⁽²⁵⁾. Oppure quando in modo continuativo, nell’esecuzione dei compiti specifici del ruolo, il lavoratore aggiunge competenze non necessarie ma collaterali e utili che arricchiscono la mansione principale e rivestono la persona di un ruolo professionale più elevato ⁽²⁶⁾.

Il superminimo cosiddetto “distintivo” si riferisce, invece, al possesso di particolari conoscenze oppure ad un particolare valore della persona che corrisponde alla competenza distintiva dell’azienda. Potrebbe essere il caso dei tecnici o *designers* in possesso di particolare *know-how* sui prodotti o sulla tecnologia propria del settore in cui opera l’azienda, di funzionari commerciali o marketing partico-

⁽²⁴⁾ Si vedano ad esempio gli automatismi (o semiautomatismi) di progressione dei livelli più bassi previsti dal Ccnl Metalmeccanici (Grande industria e Confapi).

⁽²⁵⁾ In molte piccole e medie aziende impiegati comuni ricoprono anche ruoli che richiedono solo impegni saltuari, ma comunque necessari: esempi tipici sono il responsabile assicurazione qualità, il responsabile dei servizi prevenzione e protezione, il responsabile privacy, ecc.

⁽²⁶⁾ Si pensi ad un addetto alle vendite particolarmente abile che non solo raggiunge i propri obiettivi di fatturato, ma che, dotato di forte personalità e *leadership*, riesce a trascinare e farsi imitare dai propri colleghi venditori, creando comportamenti emulativi di esito virtuoso.

larmente innovativi nel settore, ma anche di gestori di processi produttivi la cui efficienza distingue l'impresa dalla concorrenza. Si tratta quindi di particolari qualità che rappresentano il *core business* dell'azienda e che segnano la differenza tra l'impresa stessa e la media del mercato di riferimento, in termini di innovazione, sviluppo, potenziale. Siamo infatti nel campo di quei contributi che rendono *unica* l'azienda in questione rispetto alle imprese concorrenti. Questo elemento retributivo mette in relazione le capacità individuali con i fattori di successo dell'impresa che generano il valore e la continuità dei risultati economici. Valgano anche qui alcuni esempi. Nel settore bancario, le banche leader sono quelle che riescono a guadagnare un'immagine di partner affidabile e privilegiato. Esse riescono a coltivare funzionari capaci di creare una superiore fidelizzazione del cliente attraverso l'abilità di trovare le soluzioni di investimento più efficaci. Oppure nel settore dell'auto, in cui le esigenze di immettere nuovi modelli riducono i tempi di progettazione al minimo, e i progettisti più valorizzati sono quelli in grado di riutilizzare al massimo le soluzioni tecnologiche passate, reinventandole con la maggiore "modularità" del prodotto⁽²⁷⁾.

Il superminimo professionale e quello distintivo rappresentano lo specchio dell'attitudine "imprenditoriale" del lavoratore e beneficiano di un trattamento fiscale e contributivo di favore (a beneficio di entrambi gli attori della transazione di lavoro, individui e aziende). Ciò permette al lavoratore di massimizzare il profitto derivante dalle attività di maggiore valore aggiunto, sottraendole, almeno in parte, alla "mano pubblica", perché tali attività rappresentano lo strumento della *sua* realizzazione individuale e i pilastri del *suo* benessere futuro. La "libera" disponibilità delle somme ricevute trova la sua massima espressione nel superminimo distintivo, la cui tassazione in modalità separata corregge la progressività delle aliquote fiscali e la disponibilità del prelievo contributivo a carico del dipendente (oggi rappresentato dal prelievo forzoso di circa il 10% della retribuzione) e restituisce alla sfera delle scelte individuali somme importanti dirottabili, su base volontaria, alla previdenza integrativa.

Riprendendo i concetti di competenza definiti dal progetto *DeSeCo*, i due superminimi (professionale e distintivo), secondo la nostra visione, rappresentano il modo per compensare in modo "palese" l'esistenza di quelle competenze "più ampie" che arricchiscono la prestazione principale. Per i livelli più alti essi costituiscono la condizione necessaria perché la prestazione possa dirsi fornita in modo professionale e completo. Se il lavoratore è conscio che verrà valutato *anche* sulla base di quelle competenze (più o meno enfatizzate dall'azienda a seconda delle situazioni concrete e della politica aziendale) dovrà uniformare in tal senso la propria opera. L'esito di questa operazione sarà un sistema di valutazione delle persone in linea con i principi valutativi propri della carriera scolastica.

11. Sarebbe interessante poter valutare in anticipo i possibili comportamenti dei lavoratori conseguenti alla applicazione del sistema retributivo e di carriera sopra descritto. E sarebbe oltremodo utile poter prevedere le strumentalizzazioni che

⁽²⁷⁾ Per questi ed altri esempi si veda l'interessante scritto di R. BOCCALARI, *I modelli di riferimento per la generazione di valore attraverso le competenze*, in R. BOCCALARI (a cura), *Competenze*, F. Angeli, Milano, 2004, 21 ss.

alcuni datori di lavoro potrebbero adottare allo scopo di ridurne gli impatti economici. Al di là dei tecnicismi del meccanismo proposto (o di altri che possano essere adottati), riteniamo che il successo di simili operazioni dipenda dalla qualità del salto culturale che le parti naturali del contratto di lavoro sono in grado di fare. Non si vogliono, però, dimenticare i problemi pratici che una repentina applicazione di questa metodologia potrebbe causare, né si vogliono trascurare gli ostacoli giuridici (di legge o di contratto) che si frappongono al radicale mutamento degli attuali metodi di classificazione dei lavoratori propri dei contratti collettivi vigenti ⁽²⁸⁾.

Tuttavia in termini di atteggiamento verso il lavoro, sarebbe auspicabile da parte degli individui un profondo mutamento di carattere culturale. Tutto il nostro sistema di gestione delle transazioni di lavoro si basa sul concetto del lavoro come merce di scambio che genera un compenso nella maggior parte dei casi commisurato ovvero alla durata della prestazione lavorativa. Il lavoratore “cede” le proprie energie lavorative al datore di lavoro il quale le organizza secondo le necessità della produzione. Figlio e naturale conseguenza della classica suddivisione tra capitale e lavoro, il nostro sistema si è sin dall’inizio preoccupato di garantire due livelli di sicurezza: innanzitutto quello di una “giusta” retribuzione minima che rendesse equo lo scambio di cui sopra ⁽²⁹⁾; in secondo luogo, con le successive elaborazioni contrattuali e legislative, quello del posto di lavoro, cercando di limitare il più possibile ogni evento che potesse portare alla risoluzione del contratto di lavoro. Ne è nato un sistema chiuso, iper-regolato e di carattere meramente difensivo, che sottrae alle parti contraenti (datore e lavoratore) la potestà negoziale sugli aspetti più importanti del contratto di lavoro. Le aziende hanno accettato questo sistema per ragioni economiche e di semplicità applicativa, i sindacati lo hanno sostenuto perché corrispondeva alla loro visione e perché permetteva una gestione “collettiva” ed egualitaria delle transazioni di lavoro. Entrambi hanno trascurato, o scientemente omesso, di valorizzare la condizione e il contributo del singolo individuo.

In un sistema economico e produttivo chiuso, stabile, al riparo dalla concorrenza, considerare la forza-lavoro come semplice mezzo di produzione, costituito da individui nella maggior parte dei casi fungibili, rappresenta la soluzione più comoda, naturale e conveniente. La standardizzazione dei processi uniforma sempre le transazioni di lavoro e l’egualitarismo di massa ne contiene i costi. Naturalmente il nostro sistema economico non è più così chiuso e stabile. Ma chiuso e immobile è rimasto il nostro modello di classificazione e retribuzione.

La visione del lavoro, ancora oggi incentrata sullo scambio bassa retribuzione/sicurezza del posto, non può più essere mantenuto ⁽³⁰⁾, perché una delle controparti (l’azienda) è oggi (e lo sarà ancor di più in futuro) inadempiente in termini di garanzia dell’occupazione. Essa, infatti, non governa più tutte le fasi del processo produttivo e tutte le variabili del mercato. Né possono essere chiamati

⁽²⁸⁾ Si farà cenno più avanti ai problemi giuridici che sottendono l’adozione del nuovo metodo di classificazione e retribuzione.

⁽²⁹⁾ Il tenore dell’art. 36 Cost. è emblematico in tal senso.

⁽³⁰⁾ Particolarmente felice è l’esempio della “polizza assicurativa” proposto da P. ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005, 14 ss.

in soccorso altri soggetti, come lo Stato, con nuovi interventi legislativi che inventino nuove protezioni o garanzie, perché i fenomeni di disturbo sono transnazionali e pertanto sono fuori del controllo dei singoli Stati.

Triste è oggi la condizione del lavoratore italiano. Cresciuto in un contesto in cui la protezione e la garanzia formale dei suoi diritti (occupazione e pensione) erano lo scopo e la promessa dichiarata degli operatori economici (aziende, sindacati e Stato), egli ha uniformato la sua vita allo schema per il quale era necessario e sufficiente offrire il proprio tempo e le proprie energie per ricevere in cambio sicurezza. Oggi si trova impreparato ad affrontare un contesto in cui le regole sono cambiate, le promesse non possono più essere mantenute e i vecchi difensori di un tempo, ancora prigionieri del passato, esitano ad offrirgli mezzi nuovi per affrontare il futuro. Non più di sicurezza *ex lege* si dovrebbe parlare, ma di diritto ad essere messi in condizione di cogliere le prospettive future. Si dovrebbe discutere del diritto del lavoratore (inteso come persona, non come mezzo di produzione) a vedersi riconosciuta una condizione individuale di favore e differenziata, coerente con la figura professionale che egli, intende costruirsi. Occorre abbandonare i vecchi schemi, le vecchie sicurezze e, in parte, anche le vecchie garanzie. Per converso, dovranno nascere nuovi diritti e anche nuovi doveri, da cui non potranno essere esentati i datori di lavoro.

12. Come si è già visto, una delle competenze o abilità indicate dal progetto *DeSeCo* è quella che propone il concetto di azione autonoma dell'individuo, connessa alla capacità di ideare e condurre propri progetti di vita. A nostro parere qui si gioca la scommessa per il futuro. Riteniamo che ogni nuovo sistema che sovrintenda alle transazioni di lavoro debba essere giudicato sulla base della sua idoneità a sviluppare questa macro-competenza. La capacità di agire autonomamente (con gli annessi corollari) è probabilmente la più importante tra quelle elencate dal *DeSeCo*, perché presuppone da parte dell'individuo la consapevolezza del presente e al tempo stesso proietta la persona nel futuro, conferendo alla vita stessa una dimensione progettuale, dinamica, di costruzione di sviluppo. Utilizzare le conoscenze del presente e maturare una dimensione prospettica di medio o lungo periodo per se stessi implica una seria considerazione delle proprie capacità, la consapevolezza della propria volontà e una corretta dimensione delle priorità in ragione dei propri valori e progetti di vita. Questo, però, presuppone una corretta informazione del presente e la sufficiente consapevolezza dei rischi futuri determinati dalle scelte odierne.

Il disorientamento e il senso di insicurezza socio-economica odierni sono figli della scarsa (e colpevole) chiarezza passata. Si pensi al lavoratore italiano medio, di età intorno a 45 anni, di cui circa venticinque spesi sul lavoro: la tipica generazione di mezzo, nata con le sicurezze (o illusioni) del mondo passato. Egli si avvia a terminare la propria attività lavorativa in un contesto radicalmente mutato, dove gli antichi pilastri vacillano. Se non gli avessero promesso, quando iniziò a lavorare, che la sua pensione sarebbe stata sostanzialmente pari all'ultima retribuzione, invece che ridotta al 60% di quest'ultima, forse avrebbe gestito diversamente le proprie risorse, avrebbe pianificato diversamente la propria vita, forse avrebbe scelto un altro tipo di carriera lavorativa. Certamente avrebbe preparato in modo diverso i propri figli e avrebbe fatto in modo maturassero una visione

del mondo del lavoro diversa dagli schemi del suo passato e forse più coerente con la nuova struttura della società⁽³¹⁾.

Agire autonomamente non è possibile se non si fornisce all'individuo il potere di modificare la realtà. Nell'ottica delle transazioni di lavoro la realtà è rappresentata dal tipo di contratto, dal suo contenuto, dal suo compenso⁽³²⁾.

Tradizionalmente gli economisti considerano il livello di reddito uno degli indicatori più importanti (senza essere l'unico) per misurare il livello di benessere in una società. In un contesto socio-economico in cui lo Stato assicura la soddisfazione dei bisogni primari (assistenza medica, istruzione e pensioni) è naturale che dal punto di vista macroeconomico la distribuzione del reddito perda gran parte dell'importanza che avrebbe in caso contrario⁽³³⁾. Allo stesso modo, nell'ottica del singolo individuo, sarebbe più facile approvare un sistema di transazioni del lavoro uniformi anche se livellate verso il basso, purché controbilanciate da una notevole stabilità e da una serie di sussidi pubblici non monetizzabili. Il singolo lavoratore potrebbe ritenere accettabile e sufficiente il semplice incremento retributivo garantito dai periodici aumenti dei contratti collettivi di lavoro. Oggi anche il terzo attore sociale (lo Stato), garante dell'equilibrio della transazione al minimo, appare inadempiente e scarica sul singolo gli errori genetici del proprio sistema di pensione pubblica, tagliando le prestazioni e allungando i termini di pagamento. Il singolo lavoratore, creditore della prestazione pubblicasi trova a dover sopperire (con le sole proprie risorse) alla mancata prestazione, ma al tempo stesso gli viene sottratta la potestà di rinegoziare il contratto di lavoro (che in questo senso è emanazione diretta del contratto sociale) e le conseguenti regole del gioco. In buona sostanza, non gli viene permesso di sottoscrivere un nuovo accordo che gli permetta di vincere. Avendo accettato nel passato un patto che gli limitava la libertà in cambio di protezione, oggi, di fronte alla grave inadempienza delle controparti, non può risolvere il contratto, ma deve pagare di tasca pro-

⁽³¹⁾ Restiamo convinti, ad esempio, che la struttura iniziale del sistema previdenziale italiano, basata sul sistema retributivo e sul patto tra generazioni, rappresenti la più grande truffa collettiva perpetrata (da Stato, imprese e sindacati) a danno dei lavoratori e aggravata dal successivo spreco di risorse pubbliche. Oltre al macroscopico errore finanziario e attuariale (ne sono prova i reiterati interventi di modifica del sistema), ci preme qui sottolineare che la deresponsabilizzazione del singolo individuo circa il destino e l'utilizzo dei propri contributi previdenziali ha determinato l'indifferenza della propria carriera lavorativa ai fini del proprio progetto personale di costruzione della propria vita. Solo negli ultimi anni, con colpevole ritardo, si è cercato di apportare modifiche al sistema, adottando il sistema contributivo e introducendo la recente riforma della previdenza integrativa. Ma, al di là delle indubbie urgenze in materia di finanza pubblica, non si può nascondere il fatto che le modifiche siano state percepite, soprattutto dai lavoratori a metà della propria carriera, come uno "scippo" di diritti acquisiti.

⁽³²⁾ La teoria delle scelte collettive, al di là delle interpretazioni fornite dalle differenti teorie macroeconomiche, presuppone in ogni caso un ruolo attivo dell'individuo e una conseguente capacità di scelta. Il sistema attuale, a transazioni bloccate, impedisce invece di perseguire le alternative possibili che abbiano un'utilità individuale apprezzabile, cosicché esso finisce per integrare la condizione paretiana della dittatura. Sul punto sono ad esempio fondamentali i contributi di K.J. ARROW, *Scelte sociali e valori individuali*, Etas, Milano, 2003.

⁽³³⁾ Si tratta di considerazioni afferenti al campo macroeconomico presenti nella più diffusa manualistica. Ma si veda, ad esempio, V. MORAMARCO, *Sistema di mercato e scelte collettive*, Giuffrè, Milano, 1983, 175 ss., che riporta, tra l'altro, una rapida ma ragionata digressione sulle teorie neo-contrattualiste di J. Rawls circa la redistribuzione del reddito, arricchita da una bibliografia di base di autori utilitaristi e neo-liberisti.

pria la mancata prestazione della controparte ⁽³⁴⁾. E non si tratta solo di un esborso di denaro, ma soprattutto dell'impossibilità di cogliere le prospettive professionali future.

Il sistema di inquadramento e retribuzione proposto prevede certamente la rinuncia ad alcuni diritti acquisiti, ma ha il pregio di farlo in modo scoperto e con la prospettiva dichiarata di un miglioramento della propria condizione. Non è possibile stabilire *a priori* che un sistema di retribuzione fisso e immutabile, che assicura il minimo di diritti e retribuzione, sia migliore di un altro che, rinunciando in modo dichiarato ad alcuni diritti di partenza, assicura trattamenti migliori. Ma soprattutto non c'è ragione per non mettere in condizione l'individuo di *poter scegliere* tra i due sistemi.

Siamo convinti che la mancanza di maturità e l'incapacità di perseguire proprie scelte di vita risiedano nella preclusione *a priori* delle possibili "opzioni sociali". Non siamo più, come negli anni Cinquanta e Sessanta, nella condizione in cui si rendeva necessaria l'introduzione di regole per far passare i lavoratori da una situazione di sottoprotezione a quella di protezione. Si tratta invece di regolare diversamente le "protezioni" per adeguarle a nuovi pericoli e nuove necessità. L'individuo, attore del contratto di lavoro, non può più essere considerato un *minus habens*, incapace di scegliere, bisognoso di così tanta tutela da soffocarne ogni ambizione.

Il sistema proposto non cancella i fondamentali elementi di sicurezza rappresentati, ad esempio, dalla retribuzione minima garantita (anche se ne vengono modificati i riferimenti oggettivi e le modalità di determinazione), ma li inserisce in un contesto dinamico e fluido che possa uniformarsi alla motivazione dell'individuo e alla tipologia dell'attività prestata. Se la parola motivazione contiene la radice del latino "*movere*" non possiamo non dotare l'individuo di un sistema che "si muova" con lui, accompagnandolo nel suo cammino professionale. Si tratta di realizzare una vera e propria rivincita dell'individuo, il quale, liberato dalle antiche catene formalistiche, si impone come protagonista del rapporto di lavoro inteso come mezzo di realizzazione della propria persona ⁽³⁵⁾.

Il nuovo sistema prevede delle scelte, e anche delle scommesse. Il passaggio da un sistema che distribuisce sicurezza in cambio di bassa retribuzione ad uno che riduce i vantaggi della posizione di partenza in cambio di possibili miglioramenti futuri implica la soppressione di alcuni modelli di comportamento radicati e

⁽³⁴⁾ L'obbligatorietà della destinazione all'Inps del trattamento di fine rapporto (per malcelate esigenze di cassa pubblica), in caso di mancata opzione per la previdenza integrativa, conserva lo sgradevole sapore di un'imposizione da Stato totalitario.

⁽³⁵⁾ Se dovessimo "leggere" il sistema retributivo proposto con le lenti di chi si occupa dei temi di organizzazione aziendale, ma senza volere esaurire in una breve nota un argomento molto complesso, potremmo rinvenire i c.d. *fattori duali* proposti da F. Herzberg per definire la motivazione delle persone nell'attività lavorativa. I primi due elementi della retribuzione (salario di sociale di ruolo) corrisponderebbero ai fattori *igienici* di motivazione e i secondi (stipendio di ruolo e stipendio distintivo) ai fattori *motivanti*. Secondo questa teoria l'esistenza dei primi non crea la vera motivazione, ma la loro assenza crea la demotivazione; al contrario dei secondi, che laddove siano presenti, attivano la motivazione individuale, ma la loro assenza non determina automaticamente un'effettiva demotivazione del lavoratore. Per questi temi si veda F. HERZBERG, *Work and the Nature of Man*, World Publishing, Cleveland, 1966, oppure, per un rapido riassunto delle varie teorie sulla motivazione, lo scritto di M. PILATI in A. GRANDORI, *L'organizzazione delle attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 1995, 132 ss.

l'adozione di scelte culturali innovative che prevedono una certa propensione al rischio.

Gli economisti che studiano i comportamenti collettivi e la propensione al rischio degli individui concordano sul fatto che, dato un ventaglio di opzioni possibili in termini di modelli sociali, la maggioranza delle persone sceglie il modello che massimizza il benessere dell'individuo più sfortunato. Tra un modello sociale che distribuisca alti compensi in ragione di professionalità elevate, ma che garantisca meno le posizioni inferiori e uno più garantista verso il basso, anche a costo di limitare più vantaggiosi sviluppi verso l'alto, si preferisce il secondo. Tuttavia tale assunto (che traduce il cosiddetto indice di Patt-Arrow che calcola l'utilità attesa dal singolo individuo in virtù delle diverse scelte possibili) presuppone che gli individui siano chiamati a dividere una *risorsa limitata o finita* (la ricchezza o la retribuzione), e che la quantità totale di tale ricchezza non sia modificabile in virtù delle possibili opzioni. La struttura attuale delle transazioni di lavoro verte proprio su questo assunto: si tende a dividere in modo il più possibile eguale e garantista il profitto derivante dall'attività lavorativa⁽³⁶⁾. Se, però, poniamo come contropartita dell'attività lavorativa, oltre alla retribuzione, anche una risorsa *infinita* come la *conoscenza* (un continuo aggiornamento professionale funzionale all'"impiegabilità" del lavoratore), possiamo ritenere che la propensione del singolo individuo al rischio sia maggiore⁽³⁷⁾.

Ne consegue che le moderne transazioni di lavoro dovrebbero basarsi su di un nuovo scambio: prestazione lavorativa in cambio di crescita professionale più retribuzione. Il lavoratore dovrebbe essere "creditore" verso l'azienda non tanto (e non solo) della semplice retribuzione, ma anche di un sistema di valorizzazione della conoscenza che gli permetta di stare al passo coi tempi e contemporaneamente di fornire il miglior contributo all'azienda. Il lavoratore che ambisca ai trattamenti retributivi più elevati e convenienti non potrà non dimostrare il possesso delle maggiori competenze e l'azienda non potrà non assecondare tale ambizione, pena la perdita della risorsa e l'impoverimento professionale del proprio organico. In quest'ottica possiamo prevedere una concorrenza tra le imprese per assecondare le legittime istanze di crescita individuale e predisporre coerenti percorsi professionali che soddisfino i lavoratori e assicurino la disponibilità delle migliori professionalità per fronteggiare la concorrenza⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ In questo senso non si può negare che lo schema attuale delle transazioni di lavoro riecheggia le teorie marxiste secondo cui il lavoro implica l'attribuzione di uno *status* sociale attraverso la redistribuzione della ricchezza intesa come risorsa finita derivata dalla produzione. In tale quadro la retribuzione non è altro che il mezzo di attribuzione alla classe produttiva del *plus* valore non pagato dal capitale. Nonostante tali teorie non siano più sostenute apertamente, il sistema retributivo non ne ha abbandonato lo schema di base, che corrisponde all'idea che il salario debba innanzitutto appianare le differenze sociali e che pertanto debba essere uguale per tutti.

⁽³⁷⁾ In vero ci sono anche modelli matematici, e non solo il buon senso, che confortano tale assunto. Un'analisi più approfondita dei modelli di studio dei comportamenti collettivi nella distribuzione della ricchezza esula dall'oggetto del presente scritto. Tuttavia, per alcuni esempi e per qualche riferimento bibliografico si veda la letteratura macroeconomica in genere, e ad es. V. MORAMARCO, *op. cit.*, 206 ss., nonché gli Autori citati alla nota n. 31.

⁽³⁸⁾ Il concetto di "impiegabilità" o "*employability*" è uno degli elementi della *flexsecurity*, rappresentato dalla capacità dell'individuo di "stare sul mercato" e di mantenere, grazie al continuo aggiornamento professionale, una capacità occupazionale costante anche attraverso impieghi con diversi datori di lavoro. Sul punto si veda ad es. AA.VV., *Flexibility and security over the life course*, European Foundation for

13. Certamente il nuovo sistema proposto prevede e richiede la partecipazione attiva delle imprese. La maggior parte di esse è di piccola dimensione e le tecniche di gestione del personale sono spesso paternalistiche e un po' "sbrigative". Né possiamo sottovalutare la scarsa dimestichezza dei piccoli imprenditori con strumenti complessi di gestione e valorizzazione delle risorse umane su programmi a respiro pluriennale. Né possiamo attendere che la classe imprenditoriale si formi *motu proprio* nell'adozione dei nuovi strumenti gestionali.

Meglio sarebbe costruire un telaio di regole, più aperte e flessibili delle attuali, che "inducano" le aziende a strutturare i rapporti di lavoro nel modo che sia coerente con il sistema di inquadramento proposto. Il modello proposto dovrebbe costituire per i datori di lavoro una sorta di "lente" attraverso cui leggere le prestazioni lavorative rese dal personale, affinché esse possano essere ricondotte allo schema sopra indicato.

Tale schema presuppone, nella parte relativa al trattamento fiscale e previdenziale della retribuzione, un forte intervento legislativo, senza il quale verrebbe meno la convenienza di entrambi gli attori ad accettare il sistema. Dopo avere definito gli importi del salario sociale e disciplinato l'imponibilità contributiva e fiscale dei vari "pezzi" di retribuzione, fornendo le condizioni generali per la loro applicazione, il legislatore dovrebbe rinviare alla contrattazione collettiva gli aspetti operativi per l'applicazione del sistema di classificazione. In tale quadro dovrà essere adeguatamente valorizzata la contrattazione aziendale in deroga a, o in sostituzione di, quella collettiva nazionale⁽³⁹⁾. Competerebbe all'area della contrattazione sindacale (nazionale, territoriale o aziendale) la definizione nel dettaglio del salario di ruolo secondo le fasce indicate. Sarebbe, però, auspicabile mantenere sempre una descrizione generica di ciascun ruolo professionale, fermandosi alle declaratorie e alle esemplificazioni dei profili (similmente con quanto avviene oggi in tutti i Ccnl), senza scendere negli esempi concreti. Lasciamo, quindi, anche a rischio di avere qualche differenza di trattamento, che siano le parti contrattuali e il mercato ad orientare la classificazione dei lavoratori e che essa sia lo specchio del divenire del contributo professionale che ciascun lavoratore vorrà e saprà dare.

Su questi due ultimi aspetti (derogabilità del Ccnl e diversa definizione degli inquadramenti) è necessario considerare alcune importanti novità di provenienza sindacale, a riprova che le parti sociali non sono affatto immobili e insensibili alle problematiche sin qui descritte. Quanto seguirà dimostra che il modello retributivo proposto non è poi così lontano dalle ultime tendenze più innovative.

Per quanto riguarda le deroghe al Ccnl, va menzionato il recente accordo del 29 giugno 2007 concluso dalle parti sociali del settore chimico-farmaceutico⁽⁴⁰⁾. Questo accordo è la naturale applicazione dell'articolo 18 del Ccnl di categoria, che tratta del ruolo della contrattazione aziendale. Nelle sue premesse riconosce alla contrattazione aziendale la caratteristica di strumento agile e strategico per

the Improvement of Living and Working Conditions, in *Boll. Adapt*, 18 febbraio 2008, n. 6, in cui si parla specificatamente di "employment security".

⁽³⁹⁾ Su questo accordo si vedano B. GRANDI, *I contratti aziendali in deroga, il caso del settore chimico-farmaceutico*, e M. CRIPPA, *I patti in deroga dei Chimici. Un accordo per il futuro*, entrambi in *Boll. Adapt*, 23 luglio 2007, n. 29.

⁽⁴⁰⁾ Il testo dell'accordo si trova in *Boll. Adapt*, 6 luglio 2007, n. 27.

supportare il cambiamento e sostenere la competitività delle imprese. In tale quadro, sono state definite delle “linee guida” a favore delle rappresentanze sindacali aziendali, affinché possano stipulare accordi aziendali in deroga a talune materie già trattate dal contratto nazionale. Sebbene le possibilità di deroga non si estendano anche agli aspetti retributivi, nonostante il meccanismo delle deroghe sia farraginoso riteniamo che si tratti di un importante contributo allo smantellamento del dogma della “intoccabilità” del contratto nazionale. Le parti collettive hanno concordato un percorso guidato per una maggiore flessibilità dell’assetto contrattuale nazionale, nella misura in cui essa possa tornare utile per risolvere situazioni di crisi o per rilanciare lo sviluppo e gli investimenti delle imprese. Sarebbe necessario un passo ulteriore: autorizzare le rappresentanze sindacali locali a rendere opzionale (senza cancellarlo) il modello retributivo tradizionale, laddove si concordi con l’impresa uno specifico percorso di valorizzazione delle conoscenze e delle professionalità.

Per quanto attiene, invece, alla revisione degli inquadramenti, ci riferiamo al nuovo testo dell’articolo 4 del Ccnl Chimici come definito dalla Commissione bilaterale appositamente creata dalle parti sociali per riformare gli inquadramenti del settore. Per il settore metalmeccanico, è importante ricordare l’ipotesi Fim-Fiom-Uilm di riforma dell’inquadramento professionale presentata unitamente alla piattaforma di rinnovo di questo Ccnl ⁽⁴¹⁾.

Entrambi i documenti mirano a rendere più fluida e flessibile la gestione degli inquadramenti professionali e a impostare dei criteri guida di valutazione della professionalità, propedeutici alla corretta qualificazione dell’attività svolta e del tipo di contributo professionale offerti dal lavoratore. Entrambi i documenti si preoccupano di definire i fattori o le dimensioni della professionalità. In molti casi questi fattori coincidono: si indicano la conoscenza, l’autonomia, la capacità di lavoro in gruppo, il grado di coordinamento o responsabilità rispetto ad altri colleghi o funzioni aziendali. In altri casi vengono presi in esame fattori diversi (i meccanici pongono l’accento su polivalenza e polifunzionalità i chimici richiamano invece l’esperienza e la capacità di esercitare le proprie conoscenze, ecc.). Dopo aver definito i fattori e le dimensioni della professionalità, essi vengono graduati rispetto alle varie fasce o categorie o livelli, in cui viene ripartito il personale.

Al di là delle differenze di impostazione e di terminologia, gli esempi riportati testimoniano una indubbia sensibilità nei confronti dei problemi legati a una corretta qualificazione di attività professionali poco incasellabili in strutture rigide e predeterminate, così come nella gestione di nuovi profili o nuove professioni mai previste dagli estensori dei contratti collettivi. I documenti citati rappresentano il tentativo di abbandonare i criteri oggettivi della *job evaluation* e di limitare alcune rigidità legate all’articolo 2103 c.c. Si cerca, invece, di puntare sulle caratteristiche professionali che discendono dall’attività prestata, che a loro volta non

⁽⁴¹⁾ Il documento del settore chimico-farmaceutico sottoscritto lo scorso 5 dicembre 2007 si trova in www.fmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Mansioni*, mentre quello dei Metalmeccanici è in F. ALIAS (a cura di), *Il rinnovo del Ccnl metalmeccanici: un primo bilancio*, Bollettino Speciale Adapt, 25 gennaio 2008, n. 2. Per maggiori approfondimenti di tali questioni, rinvio a M. CRIPPA, *La centralità della persona e le recenti ipotesi di riforma degli inquadramenti*, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 5.

possono essere disgiunte dalle qualità della persona che esegue tali attività. Sulla base di tali qualità (e quindi non solo in base alla meccanica descrizione delle mansioni) si perviene alla definizione del livello di trattamento retributivo.

Siamo ancora a metà del guado, perché dietro le fasce professionali delle due proposte sindacali vi sono ancora i vecchi livelli e le vecchie categorie. La crescita retributiva è ancora solo verticale, in quanto prevista solo come passaggio al livello retributivo superiore: la persona acquisisce orizzontalmente nuove competenze, ma ottiene la retribuzione superiore solo se si sposta al livello superiore, per effetto dell'assegnazione a nuovi compiti. In ogni caso i due documenti citati dimostrano un certo movimento negli ambienti sindacali che meriterebbe maggiore attenzione e coraggio da parte delle corrispettive associazioni imprenditoriali.

Ulteriori problemi per l'applicazione del nuovo modello retributivo sono rappresentati dalla possibilità che la variabilità del salario di ruolo asseconi una sorta di "demansionamento". Ciò pone un grosso problema in relazione all'articolo 2103 c.c. La contrattazione collettiva potrebbe inserire delle condizioni limitative (ad esempio l'esistenza di obiettive necessità aziendali, come per i trasferimenti individuali) perché il ridimensionamento del ruolo possa avere luogo ed evitare abusi a solo scopo punitivo o discriminatorio. Perché si possa parlare di vero demansionamento, dovrà essere considerato il nuovo "ruolo" nel suo insieme, secondo la logica organizzativa aziendale. Qualora vengano raggruppati più compiti, anche appartenenti a ruoli differenti, ma che formino una diversa figura professionale coerente con le ragioni aziendali dichiarate, non si potrà ricorrere al concetto di demansionamento. Tale situazione sarà valutata come ragionevole impiego del lavoratore, altrimenti destinato all'infungibilità e alla regressione professionale⁽⁴²⁾.

Per evitare possibili comportamenti opportunistici dei datori di lavoro, la contrattazione potrebbe prevedere che il superminimo distintivo (in quanto meno costoso per l'azienda) possa essere erogato solo in presenza di un superminimo professionale che abbia una certa entità rispetto al salario di ruolo.

Certamente il meccanismo dell'indicizzazione totale o parziale dei primi due elementi retributivi (versione riveduta e corretta della scala mobile?) toglie al sindacato un elemento forte di contrattazione. Ma toglie anche alla collettività il peso di una perenne situazione di conflittualità determinata dai contratti collettivi in scadenza. Situazione che sottrae risorse a temi altrettanto importanti, quali la crescita professionale, le condizioni di lavoro, le condizioni per mantenere alta la competitività delle imprese italiane.

D'altra parte non si può dire che, con il nuovo sistema, la contrattazione sindacale abbia poche materie su cui intervenire. Discutere del contenuto e della retribuzione dei ruoli aziendali dei lavoratori e delle iniziative di formazione significa

⁽⁴²⁾ Non ci si riferisce al solo caso di modifica *in peius* a scopo di conservazione del rapporto di lavoro, peraltro già accettato in giurisprudenza, ma soprattutto ai casi ben più frequenti di semplice soppressione di un singolo ruolo aziendale, all'accorpamento di più profili o funzioni aziendali, alla mancata sostituzione di un lavoratore che abbia cessato il rapporto di lavoro, le cui mansioni vengono ridistribuite fra più colleghi, al cambiamento di un processo lavorativo, o alla reciproca sostituibilità di membri di un gruppo di lavoro aventi ruoli differenti, senza che si possa individuare per loro alcuna "prevalenza" o "frequenza" tra le varie mansioni.

partecipare alle decisioni strategiche delle aziende, condividerne gli esiti e dividerne i frutti. Significa per la contrattazione sindacale acquisire quel ruolo progettuale e strategico, di alto valore aggiunto, che a nostro modesto parere ha perso da molto tempo.

Si profilerebbe un ruolo nuovo per il sindacato, quale partner del mondo produttivo, invece che oppositore al cambiamento e strenuo difensore di posizioni acquisite antistoriche.

Si tratta di guardare con occhi nuovi le sfide del futuro e di avere il coraggio, data la mutevolezza delle condizioni generali (e, considerando le difficoltà dei nostri concorrenti), di escogitare qualcosa di nuovo. Qualcosa di nuovo anche circa il concetto stesso di contratto collettivo e la sua utilità. Lo schema retributivo qui rappresentato, pur con tutti i limiti che altri vorranno riconoscergli, vorrebbe essere un criterio guida per la valorizzazione delle competenze, soprattutto per quelle piccole e medie aziende che, prive di approfondita cultura organizzativa, non sono in grado di offrire una strutturata politica del personale in tal senso. In questi casi, un coraggioso assetto legislativo e un buon contratto collettivo, adeguatamente riformato con un assetto retributivo coerente, potrebbero fungere da cornice e da strumento di elevazione culturale delle aziende e dei lavoratori.

Valorizzazione delle competenze e flessibilità contrattuale: verso il superamento dei sistemi rigidi di classificazione contrattuale dei lavoratori – Riassunto. *L'A. muove nella propria indagine dalla considerazione secondo cui sulla base delle recenti tendenze di valorizzazione del knowledge management, quale elemento distintivo per il successo di un'azienda, l'elemento umano e la valorizzazione delle conoscenze assurgono ad oggetto principale di un nuovo sistema retributivo che modifica tradizionali metodi di classificazione dei lavoratori. Preso atto che le attuali forme di organizzazione del lavoro conducono l'individuo ad un nuovo tipo di coinvolgimento nell'attività lavorativa e che, la forte concorrenza costringe le aziende ad investire costantemente in azioni di formazione e sviluppo per le proprie risorse umane, si sostiene che gli strumenti contrattuali oggi in vigore, nati in un contesto socio economico ormai radicalmente mutato, non offrano mezzi adeguati per la corretta valorizzazione delle professionalità. L'A. rileva dunque come la struttura classificatoria degli attuali contratti collettivi prevede una progressione di carriera solo verticale e ristretta in profili professionali rigidamente predefiniti con la preclusione di ogni valorizzazione relativa alla espansione orizzontale delle competenze attraverso flessibilità della prestazione, mutamento delle mansioni, uso di competenze diverse da quelle proprie della mansione specifica. In base alle elaborazioni maturate in campo internazionale e ai recentissimi tentativi di origine sindacale di riforma degli inquadramenti viene proposto un modello di classificazione e retribuzione che possa rappresentare uno strumento flessibile per il giusto compenso delle diverse variabili della professionalità. All'esito dell'indagine l'A. suggerisce una struttura retributiva più ampia e mobile, costituita da quattro elementi che corrispondono in primis alle esigenze di tutela retributiva generale, e successivamente a quelle di valorizzazione delle competenze specifiche, sino alla valorizzazione dei contributi professionali più strategici e distintivi. Secondo tale impostazione per ciascuna fascia di reddito sarebbero dunque previsti diversi trattamenti normativi, fiscali e contributivi al fine di rendere "appetibile" e conveniente per entrambe le parti la corresponsione della quota di retribuzione corrispondente a competenze più elevate.*

Placing greater value on skills and bargaining flexibility: moving beyond rigid systems for the classification of workers in collective bargaining (Article in Italian) – Summary. *This paper starts from an examination of the fact that in recent conceptions of knowledge management as the key factor for the success of an enterprise, the human component and the placing of greater value on skills becomes the focal point of an innovative system of remuneration that moves beyond tradi-*

tional employment grading methods. Taking account of the fact that modern forms of work organization give rise to new forms of employee involvement in the enterprise, and that intense competition requires companies to invest increasingly in training and human resource development, the author argues that the bargaining mechanisms currently adopted, dating back to a socio-economic context that has undergone radical change, fail to provide a suitable mechanism for promoting human capital. The author highlights the fact that at present employment grading in collective agreements makes provision for career advancement of a "vertical" kind, limited to rigidly defined employment categories, with no provision at all for the promotion of human capital of a "horizontal" kind (within the same employment grade) in terms of flexibility in the tasks to be performed, variation in job descriptions, and the use of skills other than those strictly related to the employment grade. On the basis of international experience and recent trade-union initiatives for the reform of employment grades, a job classification and remuneration model is proposed that could serve as a flexible instrument for the fair remuneration of a wide range of occupational variables. In concluding this study, the author proposes a wider-ranging and more adaptable pay structure, consisting of four components, taking account first of all of the need to guarantee basic pay rates, and the additional payments relating to specific skills, and recognition of outstanding performance of strategic importance. On the basis of this model, for each employment grade, there would be a variety of normative, fiscal and remuneration measures, making incentive payments for higher levels of skill more attractive to both parties.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Associazione in partecipazione

- *elementi costitutivi della associazione in partecipazione (1.1.)*

Contrattazione collettiva

- *efficacia nel tempo del contratto collettivo (2.1.)*

Licenziamento collettivo

- *esclusioni: fine lavoro in edilizia (3.1.)*

Mansioni

- *assegnazione temporanea del lavoratore a mansioni superiori, ma reiterata nel tempo (4.1.)*

Previdenza

- *denuncia del lavoratore: effetti sulla prescrizione del credito contributivo (5.1.)*

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. Associazione in partecipazione

1.1. App. Bologna 22 ottobre 2007 n. 450 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 19).

Associazione in partecipazione - Elementi costitutivi - Prestazione a favore dell'associato correlata ai ricavi dell'impresa - Esclusione - Prestazione a favore dell'associato correlata ai ricavi dell'impresa - Sussistenza - Ragioni.

Nel contratto di associazione in partecipazione integra elemento costitutivo essenziale, come si evince chiaramente dall'art. 2549 c.c., la pattuizione a favore dell'associato di una prestazione correlata non ai ricavi bensì agli utili dell'impresa. I ricavi, infatti, non rappresentano in se stessi un dato significativo circa il risultato economico effettivo dell'attività della impresa, là dove occorre accordare rilevanza al fatto che il rapporto di associazione ha come elemento essenziale, connotante la causa, la partecipazione dell'associato al rischio di impresa di modo che l'associato deve partecipare tanto agli utili, quanto alle perdite.

La Corte d'Appello di Bologna si pronuncia sul tema degli elementi essenziali della associazione in partecipazione

Sommario: **1.** Associazione in partecipazione e lavoro subordinato. – **1.1.** Incompatibilità tra le due fattispecie. – **2.** Il ritorno economico per l'associato in partecipazione. – **2.1.** La partecipazione ai ricavi ed il minimo garantito. – **2.2.** *Segue:* Aleatorietà del contratto ed idoneità delle erogazioni. – **3.** Il rendiconto.

1. Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Bologna interviene sul tema, ampiamente dibattuto, degli elementi essenziali (e, al tempo stesso, distintivi rispetto al rapporto di lavoro subordinato) dell'associazione in partecipazione (per una completa disamina del tema in dottrina si veda G. MIGNONE, *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, 1, 209 ss., e, prima ancora, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *RDC*, 1965, 369 ss.), aderendo, in primo luogo, all'orientamento giurisprudenziale che ritiene inidoneo a configurare tale rapporto il riconoscimento all'associato di una percentuale dei ricavi in luogo degli utili.

Nel caso di specie, la Corte d'Appello si pronuncia sul ricorso proposto dall'Inps (la analisi della genesi del presente procedimento conferma il ruolo dell'Istituto relativamente all'instaurazione delle vertenze in materia di accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro in luogo di quello di associazione in partecipazione), ribaltando il precedente giudizio espresso dal Giudice di primo grado, il quale aveva accolto il ricorso dell'azienda avverso il verbale ispettivo emesso sul presupposto della reale natura subordinata del rapporto intercorrente tra l'azienda e due lavoratori, formalmente associati in partecipazione.

1.1. Prima di procedere alla disamina della decisione della Corte d'Appello di Bologna, pare opportuno ricordare la problematica in ordine alla compatibilità tra il contratto di associazione in partecipazione e il rapporto di lavoro subordinato. Sebbene, infatti, parte della dottrina abbia sostenuto la possibilità che l'apporto lavorativo possa consistere tanto in una prestazione di lavoro autonomo che subordinata (in questo senso L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 410 ss., P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, 108 ss.), la giurisprudenza, viceversa, ha costantemente escluso tale possibilità (in questo senso, tra le altre, espressamente, Cass. 5 gennaio 1984 n. 32, in *MGC*, 1984, 1, e Cass. 22 dicembre 1981 n. 6750, in *Rivista del notariato*, 1982, II,

66, secondo la quale «nell'associazione in partecipazione, l'associato che conferisce il proprio lavoro non può essere considerato lavoratore subordinato [essendo soggetto *n.d.a.*] soltanto alle direttive dell'associante, al quale non competono quei poteri disciplinari e di controllo spettanti al datore di lavoro»; nel senso che l'unica prestazione lavorativa ammissibile come apporto lavorativo sia quella fornita a titolo di lavoro autonomo si legga, tra gli altri, G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 353, e, prima ancora, M. GHIDINI, *L'associazione in partecipazione*, Giuffrè, Milano, 1959, 82). In altri termini, la giurisprudenza ha sostanzialmente ricondotto l'apporto lavorativo dell'associato in partecipazione nell'ambito della natura autonoma e, pertanto, la sussistenza di una associazione in partecipazione esclude il lavoro subordinato e viceversa (si veda, a titolo esemplificativo, Cass. 4 febbraio 2002 n. 1420, in *D&L*, 2002, 398, la quale, in un giudizio avente ad oggetto rapporti di associazione in partecipazione, specifica che è «opportuno ricordare che gli elementi che differenziano, alla stregua dei parametri normativi desumibili innanzitutto dagli artt. 2094 e 2099 c.c., il lavoro subordinato da quello autonomo sono l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con la conseguente limitazione della sua autonomia e il suo inserimento nell'organizzazione aziendale [...]). Ne consegue che «l'attività di qualificazione dei contratti di lavoro esige un'indagine del giudice del merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, del fatto che, mentre la associazione in partecipazione implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza d'un rischio d'impresa in capo all'associato, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, certamente più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo dell'organizzazione dell'azienda» (in questo senso Cass. 5 settembre 2003 n. 13013, in *RIDL*, 2004, II, 562. Richiamano il medesimo principio, tra le tante: Cass. 18 aprile 2007 n. 9264, in *FI*, 2007, 10, 1, 2726, con nota di V. FERRARI; Cass. 24 febbraio 2001 n. 2693, in *MGI*, 2001; Cass. 3 febbraio 2000 n. 1188, in *DPL*, 2000, 1759); principio richiamato anche dalla sentenza in esame.

2. Tra i motivi di ricorso dell'Inps merita di essere approfondito quello, centrale, relativo alla dedotta violazione della normativa in tema di partecipazione dell'associato agli utili. Nel caso di specie esaminato dalla Corte d'Appello, i lavoratori partecipavano alla associazione in partecipazione mediante il riconoscimento di una percentuale sugli incassi e, pertanto, sui ricavi (in particolare: sui ricavi lordi, al netto degli sconti praticati alla clientela), in contrasto, *prima facie*, con il dettato codicistico che prevede espressamente, all'art. 2549 c.c., il diritto dell'associato alla partecipazione agli utili. La decisione, premettendo che «il coinvolgimento dell'associato al rischio di impresa non va limitato all'eventuale possibilità di perdita della retribuzione» (in questo senso cfr. Cass. 3 febbraio 2000 n. 1188, cit.; Cass. 23 gennaio 1999 n. 655, in *RGL*, 2000, 2, 29; Cass. 6 novembre 1998 n. 11222, in *RIDL*, 1999, II, 483, con nota di G. CONTE; Cass. 17 settembre 1991 n. 9671, in *IPrev*, 1992, 186), si innesta su un filone interpretativo secondo il quale costituisce elemento essenziale della tipologia contrattuale la pattuizione correlata agli utili; diversamente, è da ritenere illegittima una sostituzione di tale parametro con i ricavi, i quali non sono in sé significativi circa il risultato economico effettivo dell'attività d'impresa (in questo senso Cass. 4 febbraio 2002 n. 1420, cit.; cfr. anche Cass. 28 agosto 2003 n. 12643, in banca dati *UnicoLavoro (Il Sole 24 Ore)* e App. Ancona 5 giugno 2006, in *DL Marche*, 2006, 4, 471, secondo la quale «le somme percepite dall'associato devono essere rapportate al risultato economico della società evidenziato in termini di utili d'impresa, che rappresentano una voce contabile da distinguere rispetto ai meri ricavi poiché in sé non significativi circa il risultato economico effettivamente conseguito»). Pe-

raltro, occorre ricordare, ulteriormente, che la decisione in oggetto ribadisce l'orientamento secondo il quale la partecipazione dell'associato al rischio di impresa è ricollegata tanto alla partecipazione agli utili, quanto alle perdite (in questo senso, tra le altre, cfr. Cass. 22 novembre 2006 n. 24781, in *LG*, 2007, 6, 627; Cass. 19 dicembre 2003 n. 19475, in *LG*, 2004, 599; nello stesso senso Cass. 23 gennaio 1999 n. 655, cit.); in altri termini, secondo tale orientamento, sono inidonei a configurare un rapporto di associazione in partecipazione tanto la partecipazione ai ricavi quanto la determinazione di un minimo garantito, elementi che consentirebbero di assicurare all'associato un ritorno economico anche in caso l'impresa o l'affare associato versi in perdita.

2.1. D'altra parte, però, occorre dare conto anche di quel filone giurisprudenziale che ha inteso il riferimento agli utili non già in senso stretto quanto, invece, in senso lato, legittimando tanto il riferimento contrattuale all'elemento dei globali introiti economici (e dunque ai ricavi), quanto la previsione del compenso minimo garantito, elementi che certamente attenuano il rischio incombente sull'associato, escludendo, di fatto, la partecipazione alle perdite. Quanto al primo aspetto, recentemente, altra sezione della Cassazione (cfr. Cass. 18 aprile 2007 n. 9264, cit.; sul punto si veda il contributo di E. BOGHETICH, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*, in *MGL*, 2007, 11, 780) ha sottolineato, infatti, che nel «contratto di associazione di cui all'art. 2549 c.c., non ostandovi alcuna incompatibilità con il suddetto tipo negoziale, la partecipazione agli utili ed alle perdite da parte dell'associato può tradursi [...] nella partecipazione ai globali introiti economici dell'impresa o a quelli di singoli affari, sicché sotto tale versante non assume alcun rilievo ai fini qualificatori il riferimento delle parti contrattuali agli utili dell'impresa o viceversa ai ricavi per singoli affari [...]». In particolare, secondo questo orientamento, «la variabilità del fatturato comporta da una parte il diritto dell'associato al rendiconto e, d'altra parte, la presenza di un suo rischio patrimoniale incompatibile con la subordinazione; né è ravvisabile un rapporto di parasubordinazione, che richiede che l'apporto dell'associato consista esclusivamente nella propria attività lavorativa e che quindi non è ravvisabile quando tale apporto abbia un contenuto patrimoniale» (cfr. in questo senso cfr. Cass. 6 maggio 1997 n. 3936, in *MGI*, 1997. Si veda anche Cass. 6 novembre 1998 n. 11222, cit., la quale, riprendendo Cass. 23 gennaio 1996 n. 503, in *GC*, 1996, 1, e Cass. 21 novembre 1985 n. 5759, in *MGI*, 1985, specifica che le parti «hanno facoltà di determinare la partecipazione alle perdite in misura diversa da quella della partecipazione agli utili ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite – cd. cointeressenza impropria – e in particolare nell'ipotesi in cui, come appunto nella specie, l'associato si limiti all'apporto della sola attività lavorativa, le parti con apposita clausola possono determinare il compenso spettante all'associato con una partecipazione ai ricavi»). Anche relativamente al secondo aspetto (legittimità di un minimo garantito) parte della giurisprudenza si è espressa positivamente affermando la legittimità della pattuizione anche di una «quota fissa – da riconoscersi in ogni caso all'associato – di entità non compensativa della prestazione lavorativa e, comunque, non adeguata rispetto ai criteri parametrici di cui all'art. 36 Cost.» (in questo senso Cass. 18 aprile 2007 n. 9264, cit.; cfr. anche Cass. 14 gennaio 1982 n. 197, in *Rivista del notariato*, 1982, 235 e Cass. 21 giugno 1988 n. 4235, in *DL*, 1988, II, 499, che specifica che tale erogazione non può però sostanzialmente corrispondere al *quantum* retributivo previsto per quella tipologia di prestazione da parte dei contratti collettivi. *Contra*: Cass. 5 gennaio 1984 n. 32, cit.).

2.2. Peraltro, la questione va valutata anche a seguito dell'introduzione, da parte dell'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, del principio di adeguatezza delle erogazioni, che, se da un lato costituisce elemento che rafforza la tutela dell'associato in partecipazione, specie nei casi di rapporto di lavoro subordinato “mascherato”, per altro verso sembra contrastare con il principio di aleatorietà del contratto, tendendo ad annullare così il rischio economico incombente sull'associato (cfr., tra gli altri, G. PELLACANI, *L'associazione in*

partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro, in *MGL*, 2003, 12, 909 ss., e E.M. BARBIERI, *Considerazioni sulla associazione in partecipazione nella "riforma Biagi"*, in *MGL*, 2006, 5, 318 ss.) e quindi proprio con le associazioni in partecipazione "genuine". Premessa l'opzione per una valutazione comunque *ex ante* e con riferimento al caso concreto dell'idoneità della partecipazione monetaria riconosciuta all'associato, il nuovo parametro normativo sembrerebbe "avallare", in qualche modo, il filone giurisprudenziale contrario alla sentenza che qui si commenta e che ritiene legittimi tanto la partecipazione ai ricavi quanto la presenza di un minimo garantito. In definitiva, si potrebbe concludere citando Cass. 22 luglio 1992 n. 8836 (in *RGL*, 1993, II, 553, con nota di N. BERGIANTI), secondo la quale occorre valutare «se il corrispettivo dell'attività lavorativa escluda o meno un apprezzabile rischio».

3. Altro aspetto interessante della sentenza che si annota e che merita di essere accennato concerne l'ulteriore elemento cardine dell'associazione in partecipazione, ossia la rendicontazione. Sebbene la giurisprudenza maggioritaria consideri decisiva la sua presenza (cfr., tra le altre, Cass. 10 agosto 1999 n. 8578, in *RIDL*, 2000, II, 445 ss.; Cass. 23 gennaio 1999 n. 655, cit.; Cass. 6 novembre 1998 n. 11222, cit.; Cass. 16 febbraio 1989 n. 927, in *RGL*, 1989, II, 261 ss.), altro filone ritiene che l'eventuale mancanza possa non risultare decisiva qualora il potere di controllo sia stato, comunque, utilmente esercitato dall'associato o, comunque, ove ciò sia conseguenza dell'inerzia dell'interessato (Cass. 6 novembre 1998 n. 11222, cit.; Cass. 13 giugno 2000 n. 8027, in *GI*, 2001, 1193; Trib. Firenze 27 dicembre 2001, in *DL*, 2001, II, 438 ss.). Sul punto, la Corte d'Appello, secondo la quale tale attività risulta correlata al «potere dell'associato di controllo sulla gestione economica dell'impresa» (cfr. in questo senso anche Cass. 12 gennaio 2000 n. 290, in *I-Prev*, 2000), coerentemente con il ragionamento con il quale ha ritenuto inidonea la mera partecipazione ai ricavi, ravvisa un ulteriore elemento di difformità rispetto alla disciplina codicistica (la quale richiede, secondo il Giudice di secondo grado, la redazione del documento secondo i canoni delle scritture contabili), posto che l'impresa assolveva all'obbligo di rendiconto, ponendo gli associati in grado di verificare esclusivamente i ricavi del locale, senza fornire indicazioni circa le spese e, in generale, relativamente alla gestione dell'impresa. A ben vedere, se il richiamo all'impossibilità di valutare le spese è strettamente connesso con il ragionamento seguito dalla Corte d'Appello circa la inidoneità della mera partecipazione ai ricavi, di rilievo appare il riferimento, invece, alla funzione della rendicontazione, volta in via generale a consentire fattivamente un controllo dell'associato della gestione dell'impresa o dell'affare, circostanza che non appare incompatibile con l'altro filone giurisprudenziale richiamato al punto 2.1., posto che, evidentemente, da una corretta gestione (e anche da un corretto utilizzo delle spese) possono scaturire effetti positivi (o negativi) anche sulla partecipazione dell'associato (anche laddove ricollegata ai ricavi). In definitiva, se è vero che le parti non partecipano alla associazione in partecipazione in posizione paritetica, quanto a gestione e responsabilità, posto che la gestione dell'impresa (o dell'affare oggetto del contratto) è diritto dell'associante, è altresì vero che tale diritto di conduzione dell'attività (nel caso di specie di ristorazione) è tutt'altro che assoluto e deve essere verificabile, anche nella propria generalità, da parte dell'associato quand'anche la partecipazione consista nei ricavi.

Gabriele Bubola

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Contrattazione collettiva

2.1. Cass. 9 maggio 2008 n. 11602 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 27).

Contrattazione collettiva - Efficacia nel tempo - Scadenza del termine finale convenuto - Ultrattività - Esclusione.

Alla scadenza prevista del contratto collettivo, regolarmente disdetto secondo quanto previsto dalle parti stipulanti, non è applicabile la disciplina di cui all'art. 2074 c.c. o comunque una regola di ultrattività del contratto medesimo e il rapporto di lavoro da questo in precedenza regolato resta disciplinato dalle norme di legge (in particolare, quanto alla retribuzione, dall'art. 36 Cost.) e da quelle convenzionali eventualmente esistenti, le quali ultime possono manifestarsi anche per facta concludentia, con la prosecuzione dell'applicazione delle norme precedenti.

Sulla insostenibilità sistematica della tesi dell'ultrattività del contratto collettivo

Un contratto collettivo opera esclusivamente entro l'ambito temporale concordato tra le parti e pertanto la sua scadenza, preceduta da formale disdetta ove tale onere sia previsto, determina l'automatica cessazione dei suoi effetti.

Di conseguenza, i lavoratori non possono pretendere di mantenere o acquistare diritti che si fondano esclusivamente sulla fonte caducata.

Formulando tale principio, la sentenza in commento, perfettamente allineata a Cass., sez. un., 30 maggio 2005 n. 11325 (in *RIDL*, 2006, II, 298 ss.) seppellisce, dunque, definitivamente la tesi dell'ultrattività del contratto collettivo di diritto comune.

L'argomento presenta, invero, una limitata rilevanza pratica, posto che la prassi sindacale tende a non lasciare privi di regolamentazione collettiva i rapporti di lavoro ed è solita prevedere pattiziamente la proroga degli effetti del contratto collettivo venuto a scadenza fino alla stipula di un nuovo accordo.

Anche in assenza di tale previsione, inoltre, si verifica spesso che le aziende continuano ad applicare spontaneamente le clausole caducate, come prassi gestionale intesa ad evitare di demotivare i dipendenti e di inasprire il conflitto sindacale.

La riflessione sul tema non è, tuttavia, inutile, perché consente proficue puntualizzazioni su alcune questioni essenziali relative al ruolo dell'autonomia collettiva nel sistema post-corporativo delle fonti del diritto del lavoro.

L'art. 2074 c.c., mai espressamente abrogato, dispone la proroga *ex lege* degli effetti del contratto collettivo scaduto e dunque potrebbe essere la norma-chiave per la risoluzione del problema.

In realtà, la norma richiamata appare perfettamente funzionale alle esigenze del sistema corporativo, in cui era destinata ad operare, ma del tutto incompatibile con l'ordinamento vigente.

Nel sistema corporativo, infatti, il contratto collettivo, con le sue disposizioni inderogabili e di efficacia generale, svolgeva una funzione pubblica di governo dell'economia, provvedendo alla standardizzazione delle condizioni di lavoro nei diversi settori produttivi (G. PERA, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1984, 136).

Era dunque necessario assicurare che i rapporti di lavoro avessero sempre una loro disciplina collettiva di categoria.

Nel sistema post-corporativo, invece, il contratto collettivo non persegue interessi generali né svolge una funzione pubblica, poiché tali scopi sono demandati alla legge.

Non esiste per tale ragione alcuna norma che imponga la regolazione collettiva dei rapporti di lavoro (così A. TURSI, *La pretesa "ultrattività" del contratto collettivo di lavoro e l'incerto statuto teorico dell'autonomia collettiva*, in *RIDL*, 2006, I, 205) e l'art. 39 Cost., affermando il principio della libertà sindacale, assicura alle parti sociali piena libertà di azione.

Spetta dunque, per disposto costituzionale, esclusivamente ai contraenti collettivi stabilire modi, tempi e contenuti del loro intervento sulla base di una valutazione insindacabile di opportunità e convenienza.

In questo quadro è evidente che l'ultrattività, disposta *ex lege* dall'art. 2074 c.c., lederebbe l'autonomia contrattuale delle parti sociali, posto che le stesse si vedrebbero negare il potere di regolare la vigenza temporale dei propri atti negoziali, sostituendosi alla loro volontà quella del legislatore.

L'evidente insostenibilità dell'applicazione dell'art. 2074 c.c. ai contratti collettivi post-corporativi ha indotto a formulare altri percorsi argomentativi a sostegno dell'ultrattività. Secondo una tesi, le disposizioni dei contratti collettivi si incorporerebbero nel contenuto dei contratti individuali, dando vita a diritti quesiti sottratti alla disponibilità delle organizzazioni sindacali.

Tali diritti continuerebbero ad essere invocabili, pur dopo la caducazione della loro fonte originaria.

La costruzione non regge perché il contratto collettivo è fonte eteronoma rispetto al rapporto di lavoro.

Lo stesso è riferibile infatti alla volontà di soggetti diversi da quelli che hanno stipulato il contratto individuale e, svolgendo una funzione normativa, si pone su un piano diverso e sovraordinato rispetto al secondo (Cass. 5 giugno 2007 n. 13092, in *GD*, 2007, n. 26, 72).

È stato notato, poi, che la scadenza di un contratto collettivo, ove si rigetti la tesi dell'ultrattività, non produce alcun effetto ablativo di diritti quesiti ma impedisce semplicemente il prodursi di nuovi diritti al verificarsi della medesima fattispecie (A. TURSI, *op. cit.*, 207. In giurisprudenza: Cass. 18 settembre 2007 n. 19351, in *NGL*, 2008, n. 1, 1, che ben chiarisce che sono intangibili da una successiva regolamentazione collettiva «solo i diritti già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore quale corrispettivo di una prestazione già resa»).

Ciò in perfetta coerenza con la volontà delle parti sociali che, sulla base di una valutazione della congiuntura sociale ed economica esistente al momento della stipula, hanno ritenuto di regolamentare i rapporti di lavoro in un certo modo per il tempo di vigenza del contratto collettivo.

D'altro canto è dato ormai pacifico che le organizzazioni sindacali abbiano la libertà di modificare anche *in pejus* i contratti collettivi nella loro successione temporale (*ex multis*: Cass. 14 giugno 2007 n. 13879, in *GD*, 2007, n. 32, 60).

Anche in questo caso, dunque, l'ultrattività sarebbe negazione dell'autonomia contrattuale delle parti sociali.

È stato, infine, sostenuto che l'ultrattività, quantomeno delle pattuizioni collettive a carattere retributivo, è imposta dal principio dell'intangibilità del livello economico raggiunto dal lavoratore, ricavato dall'art. 36 Cost. (così in particolare: Cass. 22 aprile 1995 n. 4563, con ampio commento dissenziente di R. SCOGNAMIGLIO, *Sulla controversa ultrattività dei contratti collettivi*, in *MGL*, 1995, 552 ss.).

Dall'art. 36 Cost. non è però ricavabile alcun principio di cristallizzazione della retribuzione, poiché la norma afferma solo il diritto ad una retribuzione equa e proporzionata.

Per dare attuazione al precetto costituzionale, tuttavia, il riferimento ad una determinata contrattazione collettiva non è requisito necessario, potendosi ben considerare parametro alternativo o integrativo (A. TURSI, *op. cit.*, 214).

In ogni caso, anche se ritenessimo la contrattazione collettiva strumento privilegiato per

dare attuazione al disposto costituzionale, non si può dimenticare che le stesse parti sociali che hanno concordato un certo livello retributivo sulla base di una valutazione collettiva degli interessi dei loro associati ben possono decidere che, mutata la situazione socio-economica contingente, tale livello retributivo non risponde più agli interessi dei loro associati, essendo, per esempio, preferibile un sacrificio economico a fronte di miglioramenti di natura non monetaria (così Cass. 5 giugno 2007 n. 13092, cit.).

Affermare l'ultrattività in conclusione significa negare ai contraenti collettivi la libertà di fissare la durata dei diritti che nel contratto collettivo trovano la loro fonte istitutiva.

Il che viola l'art. 39 Cost. ed introduce nel sistema l'evidente aporia di un atto negoziale i cui effetti non sono governati dalla volontà delle parti contro il principio cardine dell'art. 1322 c.c.

Stefano Bartalotta

Avvocato del Foro di Milano

Collaboratore alla Cattedra di diritto del Lavoro dell'Università degli Studi di Milano

3. Licenziamento collettivo

3.1. Cass. 6 febbraio 2008 n. 2782 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 14).

Licenziamento collettivo - Settore edilizia - Conclusione di una singola fase di lavoro - Impossibilità di ulteriore utilizzazione dei lavoratori - Applicazione della l. n. 223/1991 - Esclusione - Fase lavorativa in corso di esaurimento - Applicazione della l. n. 223/1991 - Sussistenza.

Nel settore delle costruzioni edili, l'esclusione dell'obbligo di osservare le procedure dettate per i licenziamenti collettivi dalla l. 23 luglio 1991, n. 223, per impossibilità di un'ulteriore utilizzazione dei lavoratori destinatari dei provvedimenti di recesso, opera anche nel caso di esaurimento di una singola fase di lavoro che abbia richiesto specifiche professionalità, non utilizzabili successivamente; non opera, invece, quando la fase lavorativa non sia ultimata, ma sia in corso di graduale esaurimento, atteso che in tal caso si rende necessaria una scelta tra lavoratori da licenziare e lavoratori da adibire all'ultimazione dei lavori, scelta che deve seguire le regole di cui alla l. n. 223/1991, artt. 4 e 5.

Giustificazione e presupposti di esclusione dalla disciplina dei licenziamenti collettivi in caso di fine lavoro nel settore edile

Sommario: **1.** La sentenza in esame. – **2.** Nozione di fine lavoro nelle costruzioni edili. – **3.** Breve quadro della normativa applicabile.

1. La sentenza in commento esamina una particolare fattispecie in cui rileva la distinzione tra due diverse ipotesi riconducibili alla nozione di "fine lavoro nelle costruzioni edili": l'ipotesi di esaurimento di una singola fase di lavoro e quella di «graduale esaurimento di una fase lavorativa non ancora ultimata». La distinzione consente alla Suprema Corte di pronunciarsi su una materia ancora controversa in giurisprudenza e dottrina (si veda M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, 699; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, Padova, 2006, 412; G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, Milano, II, 2006, 1521 ss.; G. FAVALLI,

F. ROTONDI, *Licenziamenti collettivi*, Ipsoa, Milano, 2000, 65 ss.) quella attinente alla esclusione della fattispecie di “fine lavoro nelle costruzioni edili” dall’ambito di operatività della disciplina sui licenziamenti collettivi. Come è noto l’art. 24, comma 4, della l. n. 223/1991 esclude l’applicazione della normativa sui licenziamenti collettivi per riduzione del personale «nei casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali e saltuarie». Il legislatore ha inteso distinguere le ipotesi “fisiologiche” di risoluzione dei rapporti di lavoro che, per la tipologia contrattuale adoperata o per la natura della prestazione dedotta nel contratto, presentano il carattere della “temporaneità” *ab origine*, da quelle legate ad eventi che si potrebbero definire “patologici” di riduzione dell’attività d’impresa, per contrazione della stessa o crisi del mercato (in tema di esclusioni si veda M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, e L. CORAZZA, *Le ipotesi di esclusione previste dalla legge*, entrambi in F. CARINCI (diretto da), *Il diritto del lavoro – Commentario*, Utet, Torino, 1998, III, 444).

Per chiarire meglio significato e portata delle distinzioni cui si è fatto riferimento, occorre richiamare brevemente la vicenda sottoposta all’attenzione della Corte.

Risulta necessario tenere presente che nel giudizio d’Appello erano stati dichiarati inefficaci i licenziamenti irrogati nei confronti dei lavoratori edili adibiti ad una fase di lavoro ancora in graduale esaurimento. Quest’ipotesi, infatti, non era stata ritenuta assimilabile a quella di “fine lavoro nelle costruzioni edili” dal giudice di seconda istanza. Si ricordi che i lavoratori licenziati erano stati assunti per l’esecuzione di opere in cemento armato che, come asserito dalla stessa parte ricorrente, si trovavano ancora in fase di realizzazione al momento del licenziamento. I giudici di legittimità, come già accennato, distinguono l’ipotesi di “esaurimento di una singola fase di lavoro” per la quale sia necessario l’intervento di lavoratori specializzati, il cui apporto non sarà più utile al termine della lavorazione o commessa cui erano adibiti, da quella di graduale esaurimento della fase lavorativa, ancora da ultimare, ipotesi che richiede comunque una scelta nella individuazione dei lavoratori da licenziare. Secondo il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, soltanto nella seconda ipotesi, permarrrebbe la necessità di apprestare le tutele previste dalla disciplina organica sui licenziamenti collettivi. L’inefficacia dei licenziamenti sarebbe dovuta, pertanto, al mancato rispetto della procedura dettata dalla l. n. 223/1991 per garantire i lavoratori da scelte arbitrarie del datore di lavoro, relative non solo alla individuazione dei dipendenti da licenziare, ma anche alla stessa decisione di ricorrere alla risoluzione dei rapporti. La Cassazione rigetta, pertanto, il ricorso non accogliendo l’interpretazione estensiva della locuzione “fine lavoro nelle costruzioni edili”, proposta dall’azienda ricorrente.

2. Per una riflessione più approfondita sulla nozione di “fine lavoro nelle costruzioni edili”, occorre indagare la *ratio* dell’esclusione dalla disciplina generale contenuta nell’art. 24, comma 4. Il sistema di tutele apprestato dalla l. n. 223/1991 è finalizzato ad offrire maggiori garanzie ai lavoratori (si veda a tale proposito M. PERSIANI, G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2003, 179 ss.; M. SQUEGLIA, *Manuale del lavoro in crisi. Licenziamenti collettivi, integrazioni salariali, indennità di disoccupazione e di mobilità*, Giappichelli, Torino, 2004, 16 ss.) che si concretizzano, per mezzo del controllo delle organizzazioni sindacali, sulle scelte datoriali e con l’avviamento di procedure di mobilità.

Il legislatore del 1991 ha inteso garantire quel carattere di “stabilità” del rapporto, anche attraverso la ricerca di accordi fra le parti che prevedano soluzioni alternative al licenziamento. Le stesse tutele non possono essere estese ad ipotesi caratterizzate sin dall’inizio dalla “temporaneità”, come quelle oggetto della deroga espressa *ex art.* 24, comma 4. Per quanto attiene più nello specifico la “fine lavoro nelle costruzioni edili”, l’esclusione si spiega tenendo presente il carattere fisiologico dell’esaurirsi delle fasi di lavorazione

nei cantieri. L'impresa edile, proprio in funzione della connaturata ciclicità della organizzazione del lavoro, richiede l'assunzione, accanto ad un numero stabile di lavoratori, di ulteriori unità specializzate in lavorazioni attinenti le singole fasi lavorative. Una volta esaurita la fase lavorativa o la commessa che aveva richiesto l'intervento del dipendente specializzato, vigendo la deroga di cui all'art. 24, comma 4, il licenziamento viene inquadrato come licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Perché la deroga sia operativa risulta necessario non solo che il licenziamento sia legato all'evento fisiologico sotto un profilo causale, non dovuto a situazioni di crisi aziendale per contrazione dell'attività (si veda a tale proposito Cass. 26 settembre 1998 n. 9657, in *RIDL*, 1999, II, 407, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Il licenziamento per fine lavoro nelle costruzioni edili*), ma anche che sia intimato nei confronti di dipendenti che non compongono in modo stabile l'organico aziendale (per una riflessione sul giustificato motivo si veda, tra gli altri, M. PAPA-LEONI, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, Cedam, Padova, 1998, II, 188 ss.; in tema di licenziamenti individuali e collettivi E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale tra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO, R. GENGHINI (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 113 ss.).

Per offrire un quadro più completo delle problematiche emerse nella sentenza annotata, è opportuno rilevare che, mentre giurisprudenza consolidata, cui si richiama la sentenza in commento, riconduce le ipotesi di ultimazione della singola fase lavorativa o dell'intera commessa alla nozione di "fine lavoro nelle costruzioni edili" (si veda in tal senso, tra le altre, Cass. 22 giugno 2000 n. 8506, in *RIDL*, 2001, II, 377, con nota di M. MARINELLI, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*, secondo la quale nel caso di licenziamento per esaurimento di una singola fase di lavoro deve intendersi applicabile «sulla base di una sua interpretazione estensiva, la medesima disposizione derogativa della disciplina sui licenziamenti collettivi»), le maggiori incertezze interpretative si sono registrate in merito all'ipotesi che a noi interessa di "graduale esaurimento della fase lavorativa". Sul punto la giurisprudenza, per lo più risalente, non ha seguito un andamento uniforme, oscillando tra un'interpretazione estensiva, tale da ricomprendere nella nozione di fine lavoro anche le ipotesi di graduale esaurimento di singole fasi lavorative (si veda per tale orientamento Cass. 14 gennaio 1987 n. 222, in *RGL*, II, 79, 1097; Cass. 22 giugno 2000 n. 8506, cit., secondo la quale alla nozione di fine lavoro nelle costruzioni edili va assimilata quella di «esaurimento di una fase dei lavori in conseguenza del quale possono essere licenziati i dipendenti che siano stati addetti solo a tale fase, qualora sia impossibile il loro impiego in altre mansioni») ed una restrittiva, accolta nella sentenza annotata, che esclude l'operatività della deroga ex art. 24, comma 4, nel caso di graduale esaurimento (in riferimento ad un'interpretazione restrittiva si veda tra le altre Cass. 26 settembre 1998 n. 9657, cit., richiamata nella sentenza in commento, secondo la quale per fine lavoro nelle costruzioni edili non si deve intendere la "cessazione dell'attività dell'impresa" o il "compimento dell'opera", ma ci si deve riferire piuttosto all'«esaurimento di una fase dei lavori in relazione all'esecuzione dei quali i lavoratori, anche per le loro peculiari professionalità, erano stati assunti», venendo meno in tale circostanza l'utilità del loro apporto all'attività dell'impresa).

3. Si è già avuto modo di sottolineare che la distinzione proposta nella sentenza in commento non ha natura solo formale, risultando determinante ai fini della qualificazione del licenziamento come collettivo o come individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo.

A seconda della disciplina applicabile, si avrà, pertanto, un diverso onere della prova per il datore di lavoro: nel caso di configurabilità di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'azienda sarà tenuta a dimostrare che la decisione di irrogare i licenziamenti sia concretamente ascrivibile a valutazioni di carattere organizzativo/produttivo (sull'am-

bito di applicazione della disciplina generale sui licenziamenti collettivi si veda G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2006, 1109). Risulterà sempre a carico del datore di lavoro l'onere della prova relativo al cosiddetto obbligo di *repêchage*, consistente nella dimostrazione di non aver potuto impiegare i lavoratori in mansioni compatibili con la loro qualifica (sull'obbligo di *repêchage* in materia edilizia si vedano Cass. 13 novembre 1999 n. 12603, in *OGL*, 2000, I, 186; Cass. 22 giugno 2000 n. 8506, cit.; sempre sull'obbligo di *repêchage* si veda C. CARDARELLO, F. D'AMORA, A. EBREO, A. PATRIZI MONTORO, *Licenziamento, trasferimento, mobbing (percorsi giurisprudenziali)*, Giuffrè, Milano, 2007, 102 ss.; F. AMATO, *Licenziamenti economici e responsabilità d'impresa: obbligo di *repechage* nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e tutela della professionalità del lavoratore*, in *D&L*, 2006, I, 7). Ulteriori differenze si riscontrano in merito al sindacato del giudice (si veda, in argomento, L. DE ANGELIS, *Licenziamenti per motivi economici e controllo giudiziario*, in *LD*, 2007, III, 465 ss.). Secondo la giurisprudenza dominante, nel caso di licenziamento collettivo il giudice può intervenire soltanto a valutare il rispetto delle procedure formali, rimanendo affidato alle organizzazioni sindacali il controllo sulle ragioni sostanziali addotte per motivare i licenziamenti. In ipotesi di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, il controllo giudiziale si può spingere, invece, sino alla verifica dell'effettività degli specifici motivi che hanno portato alla riduzione o alla trasformazione dell'attività produttiva, nonché sul nesso di causalità tra le motivazioni espresse e le scelte operate sul personale. È da registrare, tuttavia, una tendenza all'allineamento delle due discipline (si è fatto riferimento in proposito al concetto di "immedesimazione causale") dovuto anche ai principi sanciti in sede comunitaria (si rinvia in argomento alla direttiva n. 75/129/CE – ora direttiva n. 98/59 – che considera i due tipi di licenziamento caratterizzati entrambi sotto il profilo causale da motivi «non inerenti la persona del lavoratore» (si veda con riferimento al diritto comunitario e comparato: L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 407 ss.) e a molte pronunce della stessa Corte di Cassazione che ritengono superata la distinzione ontologica tra le due fattispecie (si vedano in proposito Cass. 24 marzo 2003 n. 4274, in *LG*, 2003, 1033, con nota di G. FERRAÙ; Cass. 27 aprile 1991 n. 4688, con nota di F. LUNARDON, *Sulla distinzione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale plurimo*, in *GI*, 1991, n. 8-9, pt. 1, 877) nonché sotto la spinta di autorevole dottrina (in argomento si veda C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative, unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, I, 31 ss.; P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economiche e produttive*, in *RGL*, 2006, I, 67 ss.) che ritiene necessario che il controllo giudiziale non si limiti al rispetto dei requisiti formali richiesto dalla l. n. 223/1991 anche in ipotesi di licenziamento collettivo). D'altra parte, sempre in un'ottica di allineamento delle due discipline, si possono interpretare le novità legislative introdotte dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, che prevede per le imprese con almeno 50 dipendenti obblighi d'informazione e consultazione nei confronti delle rappresentanze sindacali, anche nell'ipotesi di "rischio per i livelli occupazionali" (per un'attuale riflessione in tema di licenziamenti collettivi si veda M. RICCI, *Mercato del lavoro e licenziamenti collettivi*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro (Venezia, 25-26 maggio 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, 199 ss.). Nonostante gli sforzi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza, rivolti alla ricerca caso per caso delle soluzioni più consone ad una corretta qualificazione giuridica dei licenziamenti, permane la necessità di offrire adeguati strumenti giuridici (e non solo) che non trascurino le esigenze di libertà dell'iniziativa economica (art. 41 Cost.) e al tempo stesso

garantiscono un congruo sistema di tutele, interpretando al meglio le molteplici istanze provenienti da un mondo del lavoro in continua evoluzione.

Tiziana Fiore
Avvocato del Foro di Catanzaro

4. Mansioni

4.1. Cass. 21 dicembre 2007 n. 27113 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 2).

Mansioni - Assegnazione reiterata del lavoratore a mansioni superiori per periodi di durata inferiore al termine contrattuale o legale previsto per l'acquisizione del diritto alla qualifica corrispondente - Presunzione di preordinazione utilitaristica intesa ad evitare la promozione - Sussistenza - Assegnazioni concomitanti allo svolgimento d'una procedura concorsuale obbligatoria in base alla contrattazione collettiva - Esclusione - Condizioni - Onere della prova.

Nell'ipotesi di successive assegnazioni di un lavoratore ad un posto implicante lo svolgimento di mansioni superiori, ognuna per periodi di durata inferiore al termine contrattuale o legale previsto per l'acquisizione del diritto alla qualifica corrispondente, la presunzione di preordinazione utilitaristica intesa ad evitare la promozione non opera nel caso in cui le assegnazioni siano concomitanti allo svolgimento d'una procedura concorsuale – prevista come obbligatoria dalla contrattazione collettiva – per la copertura dello stesso posto, sempre che tale svolgimento sia effettivo, nel senso che un titolare sia – almeno genericamente – individuato mediante il bando di concorso, si da potersi escludere che quel posto debba considerarsi vacante. In tali circostanze spetta al datore di lavoro provare di aver fatto ricorso a tali modalità nella gestione delle assegnazioni provvisorie per assicurare la vacanza del posto da coprire obbligatoriamente per il tramite della procedura concorsuale o selettiva, e per il periodo necessario alla definizione di essa.

Assegnazioni temporanee reiterate nel tempo a mansioni superiori e diritto del lavoratore alla promozione

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** L'art. 2103 c.c. e lo *ius variandi in melius*. – **3.** L'obbligo contrattuale di ricorso alla procedura concorsuale.

1. Con la sentenza in esame, la Suprema Corte si è pronunciata in ordine al tema delle mansioni superiori cui può essere sistematicamente adibito un dipendente e alla sua conseguente promozione automatica di cui all'art. 2103 c.c.

In particolare, nel caso di specie, alla dipendente di una società, inquadrata nel profilo di ausiliaria, venivano inizialmente assegnate mansioni superiori per sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto e, successivamente, per sopperire al posto vacante in pianta organica, per periodi di tempo non sufficienti – per un solo giorno – a far maturare i 90 giorni continuativi di mansioni superiori con diritto alla relativa qualifica.

La lavoratrice chiedeva che, in riferimento a tali periodi, le fosse riconosciuto il diritto alla qualifica superiore e il relativo trattamento normativo e retributivo.

La società, dal suo canto, eccepeva che – in base a quanto previsto dall'art. 2103 c.c. – non poteva essere riconosciuta la qualifica superiore richiesta dalla lavoratrice, posto che l'assegnazione della stessa a mansioni superiori aveva avuto luogo per la sostituzione di

un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto. La società non indicava però né il lavoratore sostituito né il motivo dell'assenza.

La Corte d'Appello, riformando la pronuncia di primo grado, accoglieva la domanda giudiziale, con sentenza poi confermata anche dalla Corte di Cassazione. In sede di merito, era stata accertata con valutazione motivata ed insindacabile sotto il profilo della legittimità, la reiterata assegnazione a mansioni superiori e la vacanza strutturale in organico, condizioni che la Suprema Corte conferma essere necessarie e sufficienti ai fini della promozione automatica.

2. La norma di carattere sostanziale su cui poggia il ragionamento giuridico è rappresentata dall'art. 2103 c.c., come novellato dall'art. 13, l. n. 300/1970, in base al quale «nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi».

La norma, secondo l'impostazione dottrina prevalente (F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2005, 151; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 106; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 195), attribuisce al datore di lavoro uno *ius variandi in melius*, ovvero un potere unilaterale di assegnazione a mansioni superiori, in considerazione sia della salvaguardia delle esigenze tecnico-aziendali flessibili sia della salvaguardia dell'interesse del lavoratore al miglioramento della propria condizione professionale e retributiva.

La tesi minoritaria (R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 2005, 185; G. PERA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1996, 405; A. MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1978, I, 439) esclude la sussistenza di uno *ius variandi* unilaterale e richiede, invece, la necessità del consenso, talvolta e per le assegnazioni definitive e per quelle provvisorie, al fine di proteggere l'interesse del lavoratore a rifiutare le mansioni superiori e la successiva promozione, dietro le quali potrebbero celarsi maggiori responsabilità, maggiore impegno e un orario più gravoso. Tale soluzione si tradurrebbe in un'eccessiva rigidità gestionale che paralizza i poteri del datore di lavoro e non tiene conto della realtà della impresa nella quale avviene l'organizzazione del lavoro altrui.

Si segnala inoltre la posizione di altri Autori (cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, 508) secondo cui, posto che la variazione migliorativa delle mansioni rientra nello *ius variandi* del datore, il prestatore di lavoro avrebbe diritto di rifiutare lo spostamento qualora vi sia una ragionevole giustificazione.

Secondo la giurisprudenza, non recentissima, invece, il consenso sarebbe necessario solo ai fini della promozione, non anche per l'assegnazione a mansioni superiori (Cass. 6 giugno 1985 n. 3372, in *GC*, 1985, I, 3081; Cass. 13 aprile 1996 n. 3494, in *RIDL*, 1996, II, 812).

All'esercizio dello *ius variandi in melius* si accompagna, innanzitutto, un'immediata garanzia retributiva, espressione del più generale principio di cui all'art. 36 Cost. di adeguatezza del trattamento economico alla nuova attività, e, decorso il periodo previsto dalla contrattazione collettiva o comunque superato il limite di tre mesi, la speciale tutela della cosiddetta promozione automatica, ovvero il diritto del lavoratore a conseguire la stabilizzazione nelle mansioni mediante il riconoscimento della qualifica superiore. La norma prevede una sola eccezione significativa al maturare di tale diritto: la sostituzione del lavoratore con diritto alla conservazione del posto; in quest'ultimo caso, secondo la giurisprudenza, nell'impedire l'acquisizione della posizione superiore, il legislatore avrebbe attribuito, tra i vari interessi, preminente tutela a quelli del datore di lavoro, assicurando

al lavoratore solo il trattamento economico corrispondente alle mansioni esercitate. La tutela della professionalità è in tal modo sacrificata non solo, e non tanto, per la provvisoria dell'assegnazione o per evitare il conflitto tra i due lavoratori, ma per impedire che il datore di lavoro abbia dipendenti con qualifiche superiori in numero eccedente il reale fabbisogno.

La conseguenza logica necessaria è, dunque, che solo, ed in ogni caso, ove l'applicazione abbia una durata eccedente i tre mesi (o l'eventuale termine inferiore contrattualmente fissato) si verifica l'effetto di rendere definitiva la qualifica connessa con le mansioni superiori. In linea di principio, tale effetto sarebbe escluso per applicazioni, anche molteplici, ma ognuna di durata inferiore. La giurisprudenza ha, però, in più occasioni, non ultima quella in esame, interpretato in maniera estensiva il dato testuale dell'art. 2103 c.c., al fine di impedire eventuali pratiche datoriali elusive della norma: non necessariamente il periodo di espletamento di mansioni superiori deve essere continuativo; è possibile, in presenza di determinati presupposti, sommare periodi più brevi di tre mesi per l'acquisizione automatica della qualifica superiore corrispondente alle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore. Si discute però sui presupposti del cumulo.

Un primo orientamento giurisprudenziale (Cass. 11 febbraio 2004 n. 2642, in *MGC*, 2004, 2; Cass. 14 ottobre 2000 n. 13725, in *D&G*, 2000, n. 40, 70; Cass. 13 gennaio 1997 n. 271, in *RGL*, 1997, II, 169) sostiene che la frammentazione del periodo dei tre mesi rilevi ai fini dell'insorgenza del diritto alla promozione automatica, solo qualora risulti l'intento fraudolento del datore di lavoro di ostacolare il maturare di tale diritto. La frode consisterebbe nell'utilizzare un mezzo lecito (lo *ius variandi*) per il perseguimento di un fine illecito (la negazione del diritto all'inquadramento superiore).

Altro orientamento (Cass. 25 marzo 2004 n. 6018, in *MGC*, 2004, 3; Cass. 13 agosto 1996 n. 7541, in *LG*, 1997, 32; Cass. 14 giugno 1991 n. 6742, in *NGL*, 1991, 569) non fa leva sull'intento soggettivamente fraudolento, bensì considera rilevante l'oggettivo cumulo di vari periodi in cui siano emerse le prestazioni di mansioni superiori connotate dal carattere di frequenza e sistematicità, desumibile dal numero di assegnazioni e dal tempo intercorso tra un'assegnazione e l'altra. Il lavoratore, in tal caso, risulta agevolato sul piano processuale, in quanto sollevato dall'onere di provare l'intento elusivo del datore di lavoro, può limitarsi ad allegare il dato di fatto della frequenza e sistematicità delle assegnazioni.

Secondo altra opinione, su cui la giurisprudenza sembra essersi assestata (Cass. 2 settembre 2003 n. 12785, in *MGC*, 2003, 9; Cass. 10 novembre 1997 n. 11098, in *NGL*, 1998, 32; Cass. 7 gennaio 1994 n. 104, in *RGL*, 1994, II, 1012), non basta il mero fatto della ripetizione nel tempo delle assegnazioni a mansioni superiori, occorre anche un *quid pluris* meno gravoso dell'intento fraudolento, ma implicante una programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi e una predeterminazione utilitaristica di un siffatto comportamento. Oltre a dover sussistere un nesso tra le diverse assegnazioni (la "programmazione") che sveli il carattere permanente delle esigenze aziendali o per lo meno una loro regolarità e prevedibile periodicità, è necessario che vi sia un vantaggio per il datore di lavoro di utilizzare le capacità di alcuni lavoratori rispetto ad altri ugualmente utilizzabili (la "predeterminazione utilitaristica") (Cass. 2 settembre 2003 n. 12785, cit.).

La sentenza in commento si muove proprio in tale ultima direzione.

3. L'operatività del meccanismo della promozione automatica è esclusa quando la alternanza delle assegnazioni dipende però dalla necessità per il datore di lavoro di ottemperare all'obbligo, previsto dalla contrattazione collettiva, di esperire un concorso per la copertura del posto nell'organico aziendale.

In tal caso, come chiarito dalle Sezioni Unite (Cass., sez. un., 28 gennaio 1995 n. 1023, in *FI*, 1995, I, 495), la mera reiterata assegnazione a mansioni superiori per periodi inferiori ognuno a tre mesi non è significativa di alcun intento del datore di lavoro di eludere la di-

sposizione normativa, ovvero di avvantaggiarsi di prestazioni lavorative superiori senza il riconoscimento della corrispondente qualifica, bensì risponde, salvo prova contraria, alla esigenza organizzativa di coprire temporaneamente il posto al quale, successivamente e in via definitiva, dovrà essere assegnato il vincitore del concorso.

Pertanto, il datore di lavoro, nelle more di una procedura concorsuale o selettiva, può far fronte alla carenza strutturale facendo ruotare i lavoratori sulla posizione vacante, senza però che a tale meccanismo corrispondano una o più promozioni automatiche di cui all'art. 2103 c.c.; egli, però, non può dilatare a proprio piacimento i tempi della procedura concorsuale, procurandosi in tal modo un artificioso vantaggio.

Tale principio di diritto espresso dal Supremo Collegio non ha subito alcuna incrinatura nell'evoluzione giurisprudenziale e la recente pronuncia della Cassazione conferma la sua validità.

Nella fattispecie in esame, infatti, la Società non ha indicato elementi idonei ad escludere la vacanza del posto, né ha dedotto l'esistenza di una procedura concorsuale per la relativa copertura, e non ha pertanto dimostrato la reale esigenza di organizzazione della produzione, circostanza, che – ove provata – avrebbe giustificato il potere discrezionale del datore di lavoro di fare ripetute assegnazioni provvisorie a mansioni superiori.

L'affidamento sistematico e ripetuto di mansioni superiori, per periodi di tempo che sommati superano la soglia consentita, lungi dal soddisfare reali esigenze organizzative di un settore che altrimenti resterebbe scoperto, rivela, quindi, una "preordinazione utilitaristica" del datore di lavoro, ovvero un suo comportamento consistente unicamente nell'appropriarsi della professionalità del lavoratore dipendente senza la garanzia di stabili conseguenze retributive. La norma di cui all'art. 2103 c.c., quale risultato finale, viene in tale modo tradita nella sua *ratio* volta a proteggere l'interesse del lavoratore alla irreversibilità della qualifica superiore acquisita sul campo e alla certezza della propria posizione giuridica.

Anna Lisa Melillo

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

5. Previdenza

5.1. App. Torino 13 novembre 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 35).

Previdenza - Contributi - Prescrizione - Denuncia del lavoratore - Effetti.

La denuncia del lavoratore, anche se presentata dopo la data del 1° gennaio 1996, purché intervenuta entro il decennio dall'insorgenza del credito contributivo vantato dagli enti previdenziali, produce l'effetto di escludere la riduzione del termine di prescrizione da decennale a quinquennale e comporta, pertanto, a carico dell'Inps, la permanenza dell'onere di attivarsi prima del compimento del termine per la messa in mora del debitore a fini interruttivi.

Prescrizione dei contributi e denuncia del lavoratore

Sommario: **1.** Regime prescizionale dei contributi previdenziali e denuncia del lavoratore: termini problematici. – **2.** La sentenza in esame nel contesto della elaborazione giurisprudenziale sul punto.

1. Nella fattispecie oggetto della controversia, la Corte di Appello di Torino interviene in

merito al regime prescrizione da applicarsi ai contributi previdenziali maturati nel periodo antecedente la l. 8 agosto 1995, n. 335, ed al valore da riconoscere, a tal fine, alla denuncia del lavoratore.

Di fronte alla pronuncia del giudice di primo grado che aveva ritenuto di applicare il termine prescrizione di dieci anni, la società datrice di lavoro ha presentato ricorso in appello, sostenendo che, in seguito all'approvazione della l. n. 335/1995, la mancata presentazione della denuncia da parte del dipendente, prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, rendeva applicabile il nuovo termine di cinque anni.

La legge di riforma del sistema pensionistico, infatti, al comma 9, lett. a, dell'art. 3, stabilisce che le contribuzioni pensionistiche «si prescrivono e non possono essere versate» con il decorso del nuovo termine di prescrizione che, dal 1° gennaio 1996 è di cinque anni «salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti», mentre al comma successivo precisa che tale termine si applica anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti l'entrata in vigore della legge, ad eccezione dei casi in cui siano stati compiuti atti interruttivi o siano state iniziate procedure sotto la disciplina previgente (la giurisprudenza ha ritenuto validi come atti interruttivi tutte le attività di indagine o ispettive compiute dall'istituto previdenziale e non gli atti di iniziativa da parte di soggetti differenti quali l'ispettorato del lavoro: Cass. 9 febbraio 2005 n. 2589, in *MGC*, 2005, 2).

Con la riduzione del termine prescrizione, applicabile anche ai crediti maturati anteriormente all'entrata in vigore della legge (Cass. 9 aprile 2003 n. 5522, in *MGC*, 2004, 4; Cass. 27 giugno 2002 n. 9408, in *AC*, 2003, 450; Cass. 12 gennaio 2002 n. 330, in *FI*, 2002, I, 1023; Cass. 7 gennaio 2004 n. 46, in *RGL*, 2004, II, 398; Cass. 17 dicembre 2003 n. 19334, in *FI*, 2004, n. 1, 1116; *contra* Cass. 12 febbraio 2003 n. 2100, in *DG*, 2003, n. 11, 107, secondo la quale «non si tratta di disposizione retroattiva, ma di norma che spiega la sua efficacia solo per i contributi maturati dopo il dicembre 1995»), si intende garantire certezza del diritto ed evitare eccessive vessazioni per le aziende chiamate a rispondere di omissioni contributive troppo remote nonché arginare i riflessi negativi che derivavano agli enti previdenziali dal contenzioso sull'applicazione del principio di automaticità delle prestazioni, nell'ambito del termine di prescrizione (R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2004, 439).

È chiaro, però, che alle suddette esigenze dell'impresa si contrappone l'interesse del lavoratore a salvaguardare la propria posizione assicurativa e contributiva (M. SFERRAZZA, *Nota a Tribunale di Belluno, Sez. civ., sentenza 19 luglio 2006, n. 301*, in *LPO*, 2007, n. 5, 865). Di qui la necessità dei correttivi alla disciplina prescrizione, introdotti ai summenzionati commi 9 e 10.

Per alcuni, tali rimedi non sarebbero sufficienti ad attenuare la rigidità di un sistema che potrebbe abbassare «il livello di protezione del prestatore di lavoro, senza contribuire a ridurre il contenzioso o a limitare l'evasione contributiva» (L. MONTUSCHI, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *ADL*, 1996, n. 3, 35).

Il comma 9 dell'art. 3 è quello più discutibile perché non chiarisce le modalità, la forma ed i termini dell'eventuale denuncia del lavoratore (A. RONDO, *La facoltà di denuncia del lavoratore e dei suoi superstiti nel quadro della (nuova) disciplina sulla prescrizione dei contributi previdenziali*, in *LG*, 2001, 8, 724; G. RIGANÒ, *La prescrizione in materia previdenziale*, in R. PESSI (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova 1995, 315), tanto che in dottrina si è giunti a dubitare della compatibilità della norma con i criteri generali del nostro ordinamento (G. RIGANÒ, *op. cit.*, 315; L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 43; P. PARISELLA, *Termini di prescrizione dei contributi previdenziali: appunti a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *MGL*, 2003, 4, 267; C.A. NICOLINI, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la L. n. 335 del 1995*, in *RIDL*, 1996, 3, 295; A. RONDO, *op. cit.*, 727) e

si è perfino parlato di una vera e propria trappola cognitiva (P. CAPURSO, *Prescrizione dei contributi previdenziali e denuncia del lavoratore*, in *IPrev*, 2001, 960).

È noto che della prescrizione, quale modo di estinzione dell'obbligazione, il codice civile detta una disciplina dettagliata in merito alla decorrenza, alla rinunciabilità, alle interruzioni ed agli effetti.

In ambito civilistico, infatti, la prescrizione, se già maturata, può essere legittimamente oggetto di rinuncia, anche per fatti concludenti, da parte del soggetto che potrebbe avvalersene, mentre il decorso del termine prescrizionale può essere interrotto dal titolare del diritto mediante notifica di ogni atto che valga a costituire in mora il debitore, ai sensi dell'art. 2943 c.c.: l'interruzione determina il decorso di un nuovo periodo di prescrizione.

Per i contributi pensionistici, invece, la legge del 1995 ha introdotto una disciplina che differisce da quella civilistica e va a minare il basilare principio di certezza della prescrizione prevedendo un prolungamento del termine prescrizionale in caso di denuncia del lavoratore (G. RIGANÒ, *op. cit.*, 317; P. CAPURSO, *op. cit.*, 936).

In materia di omissioni contributive, infatti, il riconoscimento della possibilità per il lavoratore di incidere sul termine di prescrizione introduce una deroga alla disciplina generale e contrasta con il divieto, per le parti, di disporre della prescrizione (C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 312; Cass. 24 marzo 2005 n. 6340, in *MGL*, 2005, 7, 577; Cass. 16 agosto 2001 n. 11140, in *FI*, 2001, I, 3604; Cass. 10 dicembre 2004 n. 23116, in *MGC*, 2005, 1; Cass. 12 gennaio 2002 n. 330, in *GC*, 2003, I, 2583).

Il mancato obbligo di comunicazione al datore di lavoro della denuncia presentata dal lavoratore all'ente previdenziale contraddice la stessa finalità dell'intervento, che avrebbe voluto garantire affidamento nei rapporti giuridici e certezza sui tempi di prescrizione.

Il datore di lavoro potrebbe fare legittimo affidamento sul decorso del termine prescrizionale, ignaro che l'ente previdenziale conserva pieno diritto al recupero dell'omissione contributiva, in virtù di una denuncia presentata dal lavoratore o dai suoi superstiti.

L'azienda, quindi, rischierebbe di essere privata «di qualsiasi certezza in ordine alla permanenza o meno della sua obbligazione», subendo un trattamento deteriore rispetto ad altri soggetti o ad altri e differenti rapporti giuridici (C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 312).

La denuncia, che non determina il tipico effetto dell'atto interruttivo ex art. 2943 c.c., infatti, ha come destinatario l'ente previdenziale e non il debitore, come dovrebbe essere per produrre un effetto interruttivo della prescrizione (A. RONDO, *op. cit.*, 727; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 1999, 231; P. CAPURSO, *op. cit.*, 962, secondo cui «la denuncia è atto idoneo a spostare in avanti il termine prescrizionale, benché non sia né sospensivo né interruttivo: una sorta di *tertium genus* che realizza il diverso effetto di trasformare l'originario termine da quinquennale a decennale»; L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 47).

Per questi motivi, in dottrina si è sostenuto che occorre distinguere tra l'omissione contributiva, con termine decennale di prescrizione, e l'evasione, con prescrizione quinquennale (P. BOER, *La prescrizione quinquennale dei contributi (art. 3, comma 9 l. n. 335 del 1995)*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2000, 1220), ricostruzione, questa, che sembra andare oltre quella che è la lettera della norma.

Per altri, la denuncia non determina l'automatica trasformazione del termine prescrizionale in decennale, ma rappresenta soltanto una condizione cui deve seguire una necessaria iniziativa dell'ente creditore (A. RONDO, *op. cit.*, 727; M. SFERAZZA, *op. cit.*, 865; O. MANZI, *La scadenza del termine di prescrizione nell'obbligazione contributiva previdenziale*, in *IPrev*, 2003, 99). Si è però obiettato che in tal modo si richiederebbe all'ente di porre in essere un atto di per sé idoneo a produrre l'effetto previsto, indipendentemente da una previa denuncia del lavoratore (P. CAPURSO, *op. cit.*, 962; Cass. 25 febbraio 2005

n. 4004, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2005, n. 3, 631, con nota di E.M. MASTINU, *Note in tema di responsabilità dell'imprenditore nella disciplina della cassa integrazione guadagni, regime contributivo delle somme erogate dall'imprenditore in sostituzione dell'integrazione salariale, diritto alla regolarità della posizione assicurativa del lavoratore, prescrizione contributiva*; Cass. 6 marzo 2004 n. 4606, in *MGC*, 2004, 3). Ancora, altri ha affermato che la denuncia non intaccherebbe il rapporto contributivo, ma rilevarebbe solo all'interno di quello previdenziale, ai fini della salvaguardia dell'anzianità lavorativa, con la conseguenza che resterebbe «in capo all'ente creditore l'onere di interrompere la prescrizione dei contributi» (C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 340).

Tuttavia, deve dirsi che, pur non potendo considerarsi un atto interruttivo o sospensivo della prescrizione, il solo effetto sicuro della denuncia del lavoratore è la trasformazione del termine prescrizione da quinquennale in decennale (L. MONTUSCHI, *op. cit.*, 35; P. CAPURSO, *op. cit.*, 936).

Un altro aspetto controverso del comma 9 concerne l'eventuale termine entro cui presentare la denuncia dell'omissione contributiva all'ente previdenziale.

Sebbene il legislatore non sia intervenuto sul punto, la questione assume particolare rilevanza nell'ottica del disegno complessivo dell'intervento riformatore del 1995 e della *ratio* che l'ha ispirato.

Se si considera che la legge di riforma del sistema previdenziale aveva come obiettivo la riduzione del termine di prescrizione, non si può ritenere che la denuncia possa essere inoltrata decorso il termine di 5 anni dalla maturazione del credito, o addirittura fino a 10 anni dalla stessa, perché, altrimenti, non si produrrebbe l'effetto voluto dal legislatore (M. SFERRAZZA, *op. cit.*, 865, sostiene che «se la denuncia del lavoratore interviene nei dieci anni dalla maturazione del credito, consente di retroagire dello stesso periodo per il recupero dei crediti contributivi e produce effetto interruttivo della prescrizione per un analogo periodo di dieci anni»; P. CAPURSO, *op. cit.*, 936, ritiene doveroso consentire la denuncia nel termine decennale dall'omissione perché altrimenti si ridurrebbe la tutela accordata al lavoratore).

Allo stesso modo non sembra accettabile la tesi, sostenuta anche in giurisprudenza, che consentirebbe al lavoratore di attivarsi entro 5 anni dall'approvazione della legge perché così si finirebbe per vanificare la volontà del legislatore di ridurre i termini di prescrizione.

Sembra, dunque, più corretto ritenere che la denuncia possa essere presentata entro il termine di 5 anni dal verificarsi dell'omissione contributiva: la denuncia, infatti, non può che avere ad oggetto un diritto di credito ancora esistente e non prescritto (A.L. FRAIOLI, *La Suprema Corte torna sul problema della prescrizione dei contributi previdenziali*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2006, n. 2, 310; A. RONDO, *op. cit.*, 727).

È questa la soluzione più logica, coerente con il dettato legislativo e con l'intero ordinamento giuridico. In caso contrario, si dovrebbe concludere che la norma abbia voluto permettere ad un soggetto estraneo al rapporto di disporre di diritti non più esigibili in quanto già prescritti.

2. La giurisprudenza sul punto si è dimostrata ondivaga, assumendo posizioni differenti.

In alcune pronunce si è sostenuto che la denuncia possa intervenire entro 5 anni dalla data del 1° gennaio 1996 ed entro 10 anni dalla maturazione del credito contributivo, come evidenziato dalla Suprema Corte, secondo la quale, per le prescrizioni ancora in corso, «la denuncia assume rilevanza anche ove intervenga dopo il 1° gennaio 1996 e nel quinquennio successivo, nel limite del decennio dalla nascita del diritto» (Cass. 15 settembre 2004 n. 18540, in *MGC*, 2004, 9; Cass. 23 gennaio 2006 n. 1264, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2006, n. 2, 308).

A questo orientamento, non condivisibile seppur autorevole, se ne contrappone uno più recente che, rispecchiando una analoga posizione dottrinale, sembra conciliare meglio i

diversi interessi in causa, salvaguardare la *ratio* della norma e dimostrarsi compatibile con l'ordinamento giuridico.

Ci si riferisce alla tesi sostenuta dalla Cassazione nella sentenza 24 febbraio 2006 n. 4153, nella quale i giudici evidenziano come, sebbene il legislatore non abbia previsto un termine entro il quale il lavoratore debba presentare denuncia, per poter usufruire della applicazione del termine decennale, dal «complesso meccanismo prefigurato dalla legge» si può desumere che questa debba essere inoltrata entro il termine di 5 anni dalla scadenza dei contributi o, comunque, entro la data del 31 dicembre 1995, per i crediti in relazione ai quali il quinquennio dalla scadenza non è decorso integralmente al momento dell'entrata in vigore della legge del 1995.

Alla base della riflessione della Cassazione vi è la constatazione che il prolungamento del termine di prescrizione possa operare solo qualora esista ancora un credito contributivo perché se la denuncia venisse presentata oltre detto termine, questa avrebbe ad oggetto un diritto ormai venuto meno e il termine decennale di prescrizione applicabile in caso di denuncia del lavoratore «non avrebbe più la materia cui applicarsi» (Cass. 24 febbraio 2006 n. 4153, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2006, n. 2, 315).

Questo orientamento aveva trovato già accoglimento in precedenti pronunce di merito nelle quali si era sostenuto che la norma in oggetto dovesse essere interpretata «nel senso che, qualora la denuncia del lavoratore intervenga entro il termine di cinque anni, l'istituto può procedere alle azioni tese al recupero dei contributi non versati entro dieci anni dall'omissione» perché se così non fosse «si giungerebbe alla conclusione di rimettere all'arbitrio delle parti l'entità del termine di prescrizione» (App. Genova 4 luglio 2001 e Trib. Roma 11 gennaio 2001, entrambe in *IPrev*, 2001, 957; Trib. Milano 23 agosto 2001, in *RIDL*, 2001, II, 822).

La Corte di Appello di Torino, nel caso in esame, sembra invece privilegiare una differente interpretazione della normativa quando ricorda che la riduzione del termine di prescrizione da 10 a 5 anni, prevista dal comma 9 dell'art. 3 della l. n. 335/1995, non si applica nel caso in cui il lavoratore abbia presentato denuncia all'ente previdenziale nel termine di 10 anni dalla insorgenza del diritto, anche nel caso in cui si tratti di crediti maturati prima della approvazione della legge.

L'opinione dei giudici di Torino, però, nel tentativo di privilegiare i diritti del lavoratore e dell'ente deputato al recupero dei contributi omessi, finisce per scontrarsi con altri legittimi diritti posti a garanzia della certezza dei rapporti giuridici e dell'altro soggetto del rapporto che merita altrettanta attenzione: il datore di lavoro.

Questa lettura della Corte, tra l'altro, sembra confliggere con la stessa *ratio* della l. n. 335/1995, che aveva intenzione di unificare il termine di prescrizione, salvo particolari eccezioni, in 5 anni, reputato termine giusto per conciliare le esigenze dell'ente previdenziale a recuperare le somme con quelle del datore di lavoro interessato a rispondere di eventuali omissioni contributive non eccessivamente remote.

Riconoscere una facoltà di denuncia indiscriminata ed illimitata nel tempo, con conseguente allungamento dei termini di prescrizione, varrebbe a vanificare lo sforzo del legislatore e a negare il diritto alla certezza dei rapporti giuridici.

Giuseppe Giglio

Dottore di ricerca in Legislazione Sociale Europea – Università degli Studi di Macerata

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato (professionalizzante)

- *quadro normativo e prassi amministrativa (1.1.)*
- *durata del contratto (1.2.)*
- *trasformazione anticipata del rapporto (1.3.)*
- *formazione esclusivamente aziendale (1.4.)*
- *formazione e responsabilità del datore di lavoro (1.5.)*
- *sottoinquadramento del lavoratore e profili retributivi (1.6.)*
- *cumulabilità dei rapporti di apprendistato (1.7.)*
- *società consortili e contratto di apprendistato (1.8.)*

Contratto di inserimento (incentivi)

- *presupposti: provvedimento di individuazione delle aree territoriali di riferimento (2.1.)*
- *d.m. 13 novembre 2008: contenuti e analisi (2.2.)*

Disabili (lavoro dei)

- *utilizzo del lavoro a tempo parziale: quadro comunitario e internazionale di riferimento (3.1. – 3.2.)*
- *utilizzo del lavoro a tempo parziale: prospettive della*

conciliazione e ruolo della contrattazione collettiva (3.3.)

Produttività del lavoro (premi di risultato)

- *quadro normativo di riferimento: incentivi e ruolo della contrattazione collettiva (4.1.; 4.4.)*
- *sgravi contributivi: accesso al beneficio (4.2.)*
- *sgravi contributivi: modalità operative (4.3.)*

Sciopero

- *rilevanza della eccezione di inadempimento: presupposti e limiti (5.1. – 5.2.)*

Servizi ispettivi e attività di vigilanza (Inps)

- *quadro normativo di riferimento e prassi amministrativa (6.1.)*
- *titolari, soci e collaboratori familiari di imprese artigiane e commerciali (6.2.)*
- *lavoro parasubordinato (6.3.)*
- *il rapporto di lavoro associativo (6.4.)*
- *conseguenze dell'omessa comunicazione di variazione di attività (6.5.)*

*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. Apprendistato

I nuovi chiarimenti ministeriali sull'apprendistato professionalizzante

Sommario: **1.1.** Novità legislative in materia di disciplina dell'apprendistato professionalizzante. – **1.2.** Durata del contratto. – **1.3.** Trasformazione anticipata del rapporto. – **1.4.** Formazione esclusivamente aziendale. – **1.5.** Formazione e responsabilità del datore di lavoro. – **1.6.** Sottinquadramento del lavoratore e profili retributivi. – **1.7.** Cumulabilità dei rapporti di apprendistato. – **1.8.** Società consortili e contratto di apprendistato.

1.1. Con la circ. n. 27/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*) il Ministero del lavoro ha fornito importanti chiarimenti in materia di apprendistato professionalizzante, affrontando tematiche in parte legate a dubbi interpretativi, sollevati tramite interpello, riguardanti l'art. 9 del d.lgs. n. 124/2004 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*) ed in parte legate alle novità introdotte dal d.l. n. 112/2008 convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*), che, come noto, ha inciso sulla disciplina di tale tipologia contrattuale al fine di semplificarne l'utilizzo.

1.2. Di particolare rilievo è anzitutto l'eliminazione, da parte del d.l. n. 112/2008, del limite legale di due anni alla durata del contratto, che inevitabilmente apre la strada alla contrattazione collettiva per individuare percorsi formativi anche più brevi e, evidentemente, più aderenti alle particolari esigenze sia delle imprese che dei lavoratori.

Tale scelta è del tutto coerente con la volontà del legislatore, espressa anche altrove, di affidare alla contrattazione collettiva maggiori spazi di autonomia. Ciò è avvenuto con evidenza, ad esempio, anche per quanto concerne la disciplina del lavoro a tempo determinato, dove alle parti sociali è data la possibilità di modificare o anche di eliminare gli irrigidimenti, introdotti con la l. n. 247/2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), in tema di successione di contratti o di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato.

L'intervento sembra avere riflessi immediati sulla possibilità di utilizzare il contratto di apprendistato per le attività stagionali, sebbene tale affermazione – contenuta nella circ. n. 27/2008 – debba essere chiarita sotto alcuni profili. Ferma restando la correttezza, come esplicitato dal Ministero, delle previsioni dei contratti collettivi che hanno individuato percorsi di apprendistato «da utilizzare in cicli stagionali», va infatti ricordato che, per chi scrive, veri e propri contratti di apprendistato stagionale potranno essere attivati più opportunamente nelle forme previste dal nuovo comma 5-ter dell'art. 49 (vedi *infra*). Va infatti precisato che, pur dopo l'eliminazione della durata minima legale, qualora il contratto di apprendistato seguisse la strada dettata dal comma 5 dell'art. 49 – e quindi la disciplina introdotta dalle Regioni – sarebbe comunque necessario osservare i principi previsti dallo stesso comma 5, ivi compreso quello della durata minima di formazione formale pari a 120 ore. Ne seguirebbe che un contratto di apprendistato stagionale di durata pari a 6 mesi sarebbe comunque tenuto a “concentrare” in questo tempo l'intera formazione formale che, come noto, non è possibile riproporzionare. Ecco allora che solo seguendo la strada dell'art. 49, comma 5-ter, del d.lgs. n. 276/2003 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) – che esonera esplicitamente le parti sociali dal dover seguire i medesimi principi che invece informano la disciplina delle Regioni (vedi *infra*) – sarà possibile individuare forme di apprendistato stagionale che, oltre a prevedere una durata inferiore ai due anni, potranno individuare un numero di ore di formazione formale inferiore alle 120 ore.

1.3. Come affermato dalla circolare, alla tematica sulla durata del contratto di apprendistato professionalizzante è collegata anche la tematica in parte già affrontata dal Ministero con risposta a interpello del 4 maggio 2006 (prot. n. 25/I/0003883, in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*), della trasformazione del rapporto di apprendistato in rapporto di la-

vorò a tempo indeterminato alla scadenza prefissata nel piano formativo individuale e dalla applicabilità, in tal caso, dell'art. 21, comma 6, della l. n. 56/1987 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

Il problema, in particolare, concerne la possibilità di applicare tale disposizione – che, come noto, consente al datore di lavoro che trasforma il rapporto di apprendistato di conservare per un anno lo specifico regime contributivo nei confronti dei lavoratori interessati dalla trasformazione – a prescindere dal momento in cui la stessa sia effettuata.

Nel sottolineare che l'art. 21 citato si applica solo in casi di trasformazione del rapporto di apprendistato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il Ministero evidenzia tuttavia la possibilità da parte degli organi di vigilanza di verificare «la sussistenza di eventuali condotte fraudolente, in particolare nella ipotesi in cui, alla luce di quanto stabilito nel piano formativo individuale e in considerazione della durata del rapporto di lavoro, non sia stata effettuata alcuna attività formativa sino al momento della trasformazione del rapporto». In sostanza, quindi, l'applicazione dell'art. 21, comma 6, della l. n. 56/1987 potrà avvenire a condizione che, prima della trasformazione, sia intervenuto tra le parti un effettivo rapporto di apprendistato e quindi sia stata svolta la formazione fino a quel momento prevista dal piano formativo individuale.

1.4. La circolare interviene poi ampiamente sulla corretta interpretazione del nuovo comma 5-ter dell'art. 49, introdotto dal d.l. n. 112/2008, facendo seguito ai precedenti chiarimenti forniti con la risposta ad interpello n. 50/2008 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

Il nuovo art. 49, comma 5-ter, del d.lgs. n. 276/2003, da un lato, consente di superare le problematiche che hanno frenato l'utilizzo del nuovo contratto di apprendistato professionalizzante – problematiche legate al coordinamento della disciplina dello Stato, delle Regioni e delle parti sociali nella definizione dei profili formativi che caratterizzano tale tipologia contrattuale – e, dall'altro, funge da stimolo per le stesse Regioni ad adoperarsi per esercitare al meglio le proprie competenze (per un quadro complessivo delle risposte ad interpello in materia di apprendistato sia consentito rinviare a D. PAPA, *Apprendistato: gli interPELLI del Ministero*, in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 17).

Come noto, infatti, l'iniziale previsione del comma 5 dell'art. 49 – che ha assegnato la disciplina dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante alle Regioni e alle Province autonome di Trento e Bolzano, d'intesa con le associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale – non ha avuto un positivo riscontro da parte delle stesse Regioni, molte delle quali o non hanno legiferato o, quando lo hanno fatto, hanno adottato normative non del tutto in linea con i parametri costituzionali dell'art. 117 Cost., ben delineati con la sentenza della C. Cost. n. 50/2005 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

Va anche sottolineato l'impegno del Ministero del lavoro che, sin dall'inizio, si è adoperato per indirizzare gli interventi da parte delle Regioni e della contrattazione collettiva, attraverso l'emanazione di numerose risposte ad interpello che hanno affrontato le tematiche più diverse. Questo non è evidentemente bastato, tant'è che il d.l. n. 35/2005 (conv. da l. n. 80/2005, in  indice A-Z, voce *Apprendistato*) ha introdotto il comma 5-bis all'art. 49, secondo il quale «fino all'approvazione della legge regionale prevista dal comma 5, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La previsione rappresenta dunque un diverso canale per l'utilizzo del contratto di apprendistato professionalizzante, una opportunità che tuttavia non è stata adeguatamente coltivata dalle parti sociali che avrebbero potuto introdurre discipline – seppur transitorie, la norma trova infatti applicazione «fino all'approvazione della legge regionale» – anche non eccessivamente dettagliate. Si ricorda infatti che il Ministero del lavoro, con circ. n. 30/2005 (in  indice A-

Z, voce *Apprendistato*), aveva chiarito che la contrattazione nazionale può limitarsi ad individuare «direttamente o indirettamente, anche mediante semplice rinvio agli enti bilaterali ovvero a prassi già esistenti e codificate dall'ISFOL, gli elementi minimi di erogazione e di articolazione della formazione», addirittura prevedendo che «qualora il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato preveda la regolamentazione dell'istituto, ma non contenga una precisa disciplina dei profili formativi, le parti, in accordo tra loro, potranno determinarne il contenuto vuoi con riferimento ai profili formativi predisposti dall'ISFOL in vigore della legge n. 196 del 1997 [cfr. art. 16 della citata legge, in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*], vuoi mediante l'ausilio degli enti bilaterali e, qualora previsto dal Ccnl applicato, previo parere di conformità degli stessi, vuoi, infine, tenendo conto di quanto previsto dai provvedimenti regionali fin qui adottati in materia di disciplina sperimentale dell'apprendistato professionalizzante».

Gli interventi del legislatore e i numerosi chiarimenti interpretativi del Ministero del lavoro non hanno tuttavia portato al superamento delle difficoltà evidenziate, tant'è che un successivo intervento di carattere normativo lo si rinviene nella l. n. 247/2007, che ha dato attuazione al c.d. *Protocollo welfare* del 23 luglio dello stesso anno (in [📖](#) indice A-Z, voce *Welfare*). Le disposizioni di cui all'art. 1, commi 30 e 31, della legge hanno delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi finalizzati, tra l'altro, al riordino della normativa in materia di apprendistato. Sul punto i criteri e i principi direttivi – che al di là del cambio di Governo perseverano nell'incentivare l'istituto – sono volti a:

- rafforzare il ruolo della contrattazione collettiva nel quadro del perfezionamento della disciplina legale della materia;
- ad individuare *standard* nazionali di qualità della formazione in materia di profili professionali e percorsi formativi, certificazione delle competenze, validazione dei progetti formativi individuali e riconoscimento delle capacità formative delle imprese, anche al fine di agevolare la mobilità territoriale degli apprendisti mediante l'individuazione di requisiti minimi per l'erogazione della formazione formale;
- a individuare, con specifico riferimento all'apprendistato professionalizzante, meccanismi in grado di garantire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale della relativa disciplina;
- ad adottare misure per assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato.

La delega, come detto, appare in linea con le attuali tendenze incentivanti dell'istituto e potrebbe essere ancora coltivata, considerato che il termine previsto dal legislatore delegante scadrà solamente alla fine dell'anno in corso.

La scelta operata dal legislatore del 2008, invece, sembra cogliere al meglio alcuni aspetti della decisione n. 50/2005 della Consulta che, come noto, ha affrontato le diverse questioni di costituzionalità sollevate in riferimento al d.lgs. n. 276/2003. In materia di apprendistato professionalizzante, in particolare, la Corte ha definito i limiti delle competenze normative da parte dello Stato e delle Regioni in ordine alla formazione dell'apprendista, relazionandole alle diverse modalità attraverso le quali può essere adempiuto l'obbligo formativo. È stato infatti chiarito che «la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda la istruzione e la formazione professionale pubbliche che possono essere impartite sia negli istituti scolastici a ciò destinati, sia mediante strutture proprie che le singole Regioni possano approntare in relazione alle peculiarità delle realtà locali, sia in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi. La disciplina della istruzione e della formazione professionale che i privati datori di lavoro somministrano in ambito aziendale ai loro dipendenti [...], di per sé non è compresa nell'ambito della suindicata competenza né in altre competenze regionali. La formazione aziendale rientra invece nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile». In altre parole, la Consulta traccia una netta linea di demarcazione tra la formazione che il datore di lavoro fornisce all'ap-

prendista avvalendosi del contributo della Regione e quella somministrata «in ambito aziendale», riconducendo la prima nell'ambito delle competenze esclusive delle Regioni e la seconda nell'ambito delle competenze esclusive dello Stato.

Il principio espresso dalla Corte Costituzionale, come anticipato, sembra dunque aver ispirato la recente previsione del comma 5-ter dell'art. 49 che, attraverso una chiara semplificazione del quadro normativo, stabilisce: «in caso di formazione esclusivamente aziendale non opera quanto previsto dal comma 5. In questa ipotesi i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante sono rimessi integralmente ai contratti collettivi di lavoro di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali. I contratti collettivi e gli enti bilaterali definiscono la nozione di formazione aziendale e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo».

La norma va letta anzitutto nella parte in cui affida ai contratti collettivi e agli enti bilaterali – individuati nei «contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e negli enti bilaterali di cui all'art. 2, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 276/2003 (ossia gli «organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento») – la competenza a definire la nozione di formazione aziendale, così come del resto aveva già chiarito il Ministero del lavoro con risposta ad interpello del 24 marzo 2006 (in [📄](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*). In essa, infatti, il Dicastero ha affrontato la questione relativa alla individuazione del «soggetto legittimato a stabilire i requisiti in base ai quali un'azienda può considerarsi formativa», ricordando che già in base ai criteri ispiratori della normativa delle Regioni – in particolare il criterio che chiede il «rinvio ai contratti collettivi [...] per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni» – la valutazione della capacità formativa delle aziende spetta alla contrattazione collettiva.

Ciò detto, una volta definita la nozione di formazione aziendale, proprio in caso di «formazione esclusivamente aziendale» – secondo il dettato normativo – non opera quanto previsto dal comma 5, ossia non trovano applicazione i criteri ed i principi direttivi che devono invece informare la normativa regionale e che, ad esempio, richiedono la «previsione di un monte ore di formazione formale, interna o esterna alla azienda, di almeno centoventi ore per anno» o la «presenza di un tutore aziendale con formazione e competenze adeguate».

In caso di formazione aziendale il legislatore chiede invece alle parti sociali di individuare almeno, per ciascun profilo formativo:

- la durata e le modalità di erogazione della formazione;
- le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali;
- la registrazione nel libretto formativo.

La circ. n. 27/2008, come già aveva fatto la risposta n. 50/2008 all'interpello avanzato dalla Confcommercio, affronta dunque tali problematiche e permette di applicare correttamente il nuovo disposto dell'art. 49, comma 5-ter, del d.lgs. n. 276/2003.

Si ribadisce dunque che la previsione non modifica il quadro normativo preesistente, rappresentando un «canale parallelo» – dopo quello indicato dal comma 5, relativo alla disciplina dei profili formativi adottata dalla Regione, e dopo quello indicato dal comma 5-bis dell'art. 49, relativo alla disciplina transitoria introdotta dalla contrattazione nazionale – per poter ricorrere al contratto di apprendistato professionalizzante. La formazione interna – che, come detto, ai sensi del comma 5-ter è declinata dalla contrattazione collettiva di qualsiasi livello o dagli enti bilaterali – può inoltre essere affidata a soggetti esterni alla azienda, «purché tale formazione non implichi finanziamenti pubblici». Ciò non esclude – aggiunge la circolare – che «le singole Regioni, nell'ambito della loro autonomia, possano decidere di riservare forme di finanziamento o altre agevolazioni anche alle imprese che attuino formazione esclusivamente aziendale ai sensi di quanto previsto dal comma 5 ter».

Altro aspetto non secondario concerne l'operatività del comma 5-ter con riferimento ai contratti collettivi che hanno introdotto una nozione di formazione aziendale sulla scorta del preesistente quadro normativo. Anche in tali ipotesi, pur in presenza di una normativa regionale, sarà dunque possibile sganciarsi dalla stessa a condizione che i contratti collettivi o gli enti bilaterali abbiano determinato o determinino, per ciascun profilo formativo, «la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo».

1.5. Collegata alla formazione esclusivamente aziendale è la tematica della applicabilità dell'art. 53 del d.lgs. n. 276/2003 secondo il quale: «in caso di inadempimento nella erogazione della formazione di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro e che sia tale da impedire la realizzazione delle finalità di cui agli articoli 48, comma 2, 49, comma 1, e 50, comma 1, il datore di lavoro è tenuto a versare la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento. La maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione».

La norma sanzionatoria richiede dunque che l'inadempimento nella erogazione della formazione:

- sia da addebitarsi esclusivamente al datore di lavoro;
- sia tale da impedire la realizzazione delle finalità di cui all'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, ossia «il conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali».

Va subito osservato che tali condizioni devono entrambe verificarsi perché possa considerarsi integrata la previsione.

Quanto all'esclusiva responsabilità del datore di lavoro circa la mancata erogazione della formazione, è possibile ipotizzare che, in linea generale e salvo quanto si dirà subito dopo, lo stesso sia da considerarsi responsabile solo per quella parte della formazione che il contratto collettivo di riferimento chiede che sia svolta internamente all'azienda. Per le ore di formazione che devono eventualmente essere effettuate attraverso il ricorso alle strutture esterne individuate dalle Regioni, il datore di lavoro continuerà ad essere responsabile nei limiti in cui lo era in vigore della disciplina del “vecchio” apprendistato, pur tenendo in debito conto eventuali specifici adempimenti stabiliti dalle Regioni o dai contratti collettivi (quanto alla disciplina del “vecchio” apprendistato sull'argomento, basti ricordare che l'art. 16, comma 2, della l. n. 196/1997 stabiliva che «ai contratti di apprendistato [...] le relative agevolazioni contributive non trovano applicazione nel caso di

mancata partecipazione degli apprendisti alle iniziative di formazione esterna all'azienda previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro proposte formalmente all'impresa da parte dell'amministrazione pubblica competente»). In altre parole il datore di lavoro non sarà responsabile ai sensi dell'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 quando la mancata formazione sia addebitabile a ritardi o ad omissioni delle strutture esterne individuate dalle Regioni e lo stesso datore di lavoro fornisca prova di aver adempiuto agli obblighi di comunicazione necessari alla partecipazione dell'apprendista alle attività di formazione esterna.

La sanzione, come si diceva, è altresì subordinata alla mancata realizzazione delle finalità formative e pertanto – va anzitutto osservato – per il suo verificarsi occorre avere la certezza che il datore di lavoro non sia più in grado di recuperare eventuali omissioni nella erogazione della formazione di sua competenza. Ne consegue che tale condizione sembra potersi realizzare solo in prossimità del termine del periodo di apprendistato, in un momento cioè dove non è più possibile recuperare il debito formativo. (Le problematiche legate all'attività di vigilanza ed alla mancata realizzazione degli obiettivi formativi si presentano ancora più prepotentemente quando la formazione formale richiesta dal legislatore nazionale – e pari a 120 ore annuali – sia da intendersi come formazione mediamente erogata durante tutto il periodo di apprendistato. Sebbene la circ. Min. lav. n. 40/2004 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*) abbia sostenuto che l'inadempimento *de quo* potrà configurarsi anche in presenza di una «quantità di formazione, anche periodica, inferiore a quella stabilita nel piano formativo», introducendo pertanto il carattere della periodicità dell'obbligo formativo, tale assunto appare invece criticabile proprio per la sua inconciliabilità con la condizione del mancato raggiungimento degli obiettivi formativi. In altre parole non si ritiene di poter condividere che la sanzione di cui all'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 trovi applicazione in caso di una omissione nella erogazione «anche periodica» della formazione, giacché ciò che conta è proprio il realizzarsi degli obiettivi formativi; appare infatti difficile poter sanzionare, ad esempio, un datore di lavoro che abbia svolto 110 ore di formazione in un anno, cioè 10 ore in meno di quelle previste dal legislatore nazionale, quando tale mancanza non sia comunque in grado di vanificare l'obiettivo formativo del contratto. Al riguardo, proprio perché il legislatore subordina la previsione sanzionatoria al mancato raggiungimento degli obiettivi formativi – con conseguente impossibilità di sanzionare *sic et simpliciter* un debito formativo comunque recuperabile – è possibile sostenere che il monte ore di formazione formale pari a 120 ore annuali sia da intendersi come formazione mediamente erogata durante tutto il periodo di apprendistato).

Preso atto delle difficoltà di applicare la previsione sanzionatoria di cui all'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 (verificare l'esclusiva responsabilità del datore di lavoro, verificare l'impossibilità nel raggiungimento degli obiettivi formativi), è possibile ipotizzare il ricorso ad altri strumenti che il personale ispettivo – in particolare il personale ispettivo del Ministero del lavoro – può utilizzare per intervenire nell'ambito di un rapporto di apprendistato che presenta, anche in divenire, profili di criticità. A tal proposito è dunque possibile immaginare che, in presenza di un rapporto di apprendistato per il quale non è possibile applicare la sanzione di cui si è detto ma rispetto al quale sono comunque rinvenibili carenze formative, possa applicarsi il c.d. potere di disposizione, oggetto peraltro di rivisitazione da parte dell'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004. Tale norma consente infatti al personale ispettivo del Ministero del lavoro di impartire una disposizione ogni qual volta «nell'ambito dell'applicazione delle norme [...] sia attribuito dalle singole disposizioni di legge un apprezzamento discrezionale». In altri termini, nei confronti di un datore di lavoro che, ad esempio, il primo anno di attivazione di un contratto di apprendistato abbia effettuato solo 80 ore di formazione formale anziché 120, pur non potendo applicare la sanzione prevista dall'art. 53, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, il personale ispettivo po-

trà impartire una disposizione volta ad obbligare il datore di lavoro a realizzare, entro un determinato termine, un numero di ore di formazione tale da poter rientrare già dall'anno successivo nella media delle 120 ore. Ne deriva che così sarà possibile obbligare il datore di lavoro a svolgere, l'anno seguente, 160 ore di formazione, pena l'applicazione della previsione sanzionatoria di cui all'art. 11, comma 1, del d.P.R. n. 520/1955 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*), secondo il quale «le inosservanze delle disposizioni legittimamente impartite dagli ispettori nell'esercizio delle loro funzioni sono punite con la sanzione amministrativa da lire duecentomila [euro 103,00] a lire un milione [euro 516,00] quando per tali inosservanze non siano previste sanzioni diverse da altre leggi».

Quale ultima osservazione in tema di disposizione va detto che tale potere, se applicato con riferimento alla erogazione della formazione in apprendistato, pur essendo formalmente riconducibile all'art. 14 del d.lgs. n. 124/2004 può risultare, sotto un profilo contenutistico, una vera e propria diffida. Il contenuto della disposizione appare infatti predefinito giacché al personale ispettivo sarà sufficiente rifarsi al piano formativo per individuare l'obbligo, anche sotto il profilo della articolazione temporale, che compete al datore di lavoro.

Venendo ora ai chiarimenti della circ. n. 27/2008, fermo restando quanto detto, il Ministero evidenzia che se il percorso di apprendistato è effettuato attraverso il canale previsto dal nuovo comma 5-ter, sarà certamente più facile ritenere il datore di lavoro l'esclusivo responsabile del mancato raggiungimento degli obiettivi formativi e ciò proprio perché è esclusivamente il datore di lavoro a governare la formazione dell'apprendista quando questa è «esclusivamente aziendale».

1.6. Sulla tematica relativa al sottoinquadramento ed ai profili retributivi il Ministero si era espresso in passato assumendo posizioni certamente più rigide.

Va infatti ricordato che, con risposta ad un interpellato trasmesso dalla Fiom-Cgil, dalla Fim-Cisl e Uilm-Uil, il Ministero ha negato la possibilità di poter combinare il c.d. sottoinquadramento previsto dal d.lgs. n. 276/2003 con il sistema della percentualizzazione previsto dalla l. n. 25/1955 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*) ai fini della determinazione della retribuzione dell'apprendista. L'interpellato n. 28/2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*) infatti spiega che, se si ammettesse il cumulo tra i due meccanismi di determinazione della retribuzione, si recherebbe un danno al lavoratore al quale sarebbe dunque corrisposta una retribuzione inferiore a quella derivante dalla applicazione del solo sistema di sottoinquadramento previsto dal d.lgs. n. 276/2003 e che pertanto il rapporto tra le norme in questione «deve, invero, essere interpretato in termini non già di cumulatività bensì di alternatività».

Secondo tale impostazione, pertanto, per l'apprendistato professionalizzante la determinazione della retribuzione da corrispondere al lavoratore doveva avvenire ai sensi dell'art. 53 del d.lgs. n. 276/2003 salvo che, in forza del principio del *favor praestatoris*, dall'applicazione della procedura di percentualizzazione derivasse, in concreto, un trattamento più favorevole per il dipendente (va peraltro aggiunto che, con risposta ad interpellato del 21 giugno 2006, il Ministero aveva chiarito che, nelle ipotesi di applicazione del "vecchio" apprendistato di cui alla l. n. 25/1955, andava fatto riferimento alle previsioni del contratto collettivo riferite a tale tipologia contrattuale e che «solo con riferimento alle previsioni di carattere economico occorrerà riferirsi al rinnovato Ccnl – sebbene riferito al nuovo apprendistato professionalizzante – al fine di evitare evidenti disparità di trattamento ed in attuazione del principio del *favor praestatoris*»).

Con la circ. n. 27/2008, anche su questo specifico tema, si responsabilizza la contrattazione collettiva.

Chiarisce infatti il Ministero, con la citata circolare, che la finalità del c.d. sottoinquadramento previsto dall'art. 53 del d.lgs. n. 276/2003 «è quella di precisare e delimitare il rapporto normalmente stabilito dalla contrattazione collettiva tra la retribuzione dell'ap-

prendista e quella del lavoratore qualificato, quest'ultimo identificato con il lavoratore appartenente alla categoria di inquadramento propria della qualificazione o qualifica professionale al cui conseguimento è finalizzato il rapporto». Da ciò la circolare evidenzia che «la norma fissa un limite massimo («non potrà essere inferiore») al dislivello di classificazione e, quindi, di retribuzione tra l'apprendista e la suddetta qualificazione o qualifica finale».

La disposizione, dunque, vincola le parti sociali a «riferire il livello di classificazione (o inquadramento) finale dell'apprendista a quello corrispondente alla qualificazione o qualifica finale», ma nel far ciò non ha inteso creare un automatismo tra la retribuzione iniziale dell'apprendista e quella prevista per il lavoratore inquadrato nella qualificazione o qualifica finale, «meno due livelli».

Ecco allora che il principio di gradualità della retribuzione – previsto dall'art. 13, comma 1, della l. n. 25/1955 e tuttora in vigore – è pienamente compatibile con il sottoinquadramento. In particolare i contratti collettivi potranno utilizzare il livello del lavoratore sottoinquadrato «sia come “tetto” o livello finale sia come “soglia” o livello iniziale della progressione percentuale». In altre parole l'apprendista potrà ricevere nel corso del rapporto una retribuzione inferiore in percentuale rispetto al livello di sottoinquadramento, alla condizione che tale livello sia garantito almeno quale punto di arrivo della progressione retributiva.

1.7. Una ultima tematica, affrontata anch'essa in passato dal Ministero del lavoro, attiene alla possibilità di cumulare più periodi di apprendistato svolti presso diversi datori di lavoro. Al riguardo occorre anzitutto suddividere l'argomento a seconda che si tratti di cumulare rapporti di apprendistato facenti capo a due diverse discipline – quella ex l. n. 25/1955 e quella ex d.lgs. n. 276/2003 – o rapporti di apprendistato facenti capo entrambi alla più recente normativa del 2003.

La problematica della cumulabilità dei periodi di apprendistato non è indifferente neanche alla stessa contrattazione collettiva, che, in assenza di specifiche discipline legali, fornisce interessanti indicazioni, che in sostanza ricalcano la previsione dell'art. 8 della l. n. 25/1995.

Nel Ccnl del Commercio il periodo di apprendistato effettuato presso altre aziende va computato presso la nuova, ai fini del completamento del periodo prescritto dal contratto, purché l'addestramento si riferisca alle stesse attività e non sia intercorsa, tra un periodo e l'altro, un'interruzione superiore ad un anno; nel Ccnl dei Metalmeccanici è possibile cumulare i periodi svolti dal lavoratore in regime di apprendistato professionalizzante o di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione presso più datori di lavoro, a condizione che si riferiscano alle stesse attività e non sia intercorso un lasso di tempo superiore ad un anno; mentre nel Ccnl dell'Edilizia è possibile cumulare i periodi di servizio effettivamente prestati in qualità di apprendista presso più imprese, purché non separati da interruzioni superiori a un anno e sempre che si riferiscano alle stesse attività lavorative.

Per quel che riguarda il settore tessile-abbigliamento è possibile cumulare i periodi di apprendistato svolti nell'ambito del diritto-dovere di istruzione e formazione nonché il periodo di apprendistato professionalizzante iniziato presso altri datori di lavoro, sempre che riguardi le stesse mansioni e l'interruzione tra i due periodi non sia superiore a 12 mesi, laddove nel Ccnl dell'Industria alimentare si prevede la possibilità di cumulare i periodi di apprendistato presso più datori di lavoro o presso la medesima azienda, purché non separati da interruzioni superiori ad un anno e sempre che si riferiscano alle stesse attività e mansioni.

Con la risposta ad interpello n. 8/2008 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*), il Ministero aveva anzitutto affrontato la problematica relativa alla possibilità di assumere un lavoratore con contratto di apprendistato professionalizzante dopo lo svolgimento, da parte

dello stesso, di un periodo di apprendistato *ex l. n. 25/1955*, cumulando i due periodi. In sostanza si chiedeva se l'art. 8 della l. n. 25/1955 potesse considerarsi compatibile con il nuovo regime normativo e, soprattutto, nei rapporti tra "vecchio" e "nuovo" apprendistato. La risposta del Ministero non poteva che essere positiva; si è chiarito infatti che «in presenza delle condizioni indicate dal citato art. 8, un nuovo rapporto di lavoro, disciplinato dalla normativa e dalle disposizioni contrattuali sull'apprendistato professionalizzante, sarà instaurato tenendo conto, ai fini del computo della durata massima, del periodo di lavoro già svolto nel precedente rapporto. La durata del nuovo apprendistato potrà essere, dunque, calcolata sommando la durata del vecchio rapporto con quello nuovo».

Dalla risposta ad interpello si evince tuttavia che il meccanismo del cumulo non potrà essere applicato in via del tutto automatica, scomputando dalla durata del "nuovo" apprendistato il periodo già svolto sotto il regime del "vecchio" apprendistato. Il precedente rapporto va infatti ad incidere sul nuovo anche e soprattutto per una diversa modulazione del piano formativo che, lo si ricorda, lo stesso legislatore definisce «individuale» e quindi calibrato sulle specifiche esperienze professionali di ogni singolo lavoratore. Si sottolinea dunque la necessità che il nuovo rapporto di lavoro «individui contenuti formativi diversi ed aggiuntivi rispetto a quelli che hanno caratterizzato il primo rapporto, in modo da preservare i caratteri di diversità fra la vecchia e nuova tipologia di apprendistato, in particolare per quanto attiene ai contenuti formativi da assicurare all'apprendista secondo la nuova disciplina».

Diversa, seppur apparentemente connessa, è invece la questione relativa alla possibile trasformazione di un rapporto di apprendistato sorto *ex l. n. 25/1955* in un rapporto di apprendistato professionalizzante, rispetto alla quale il Ministero si è già espresso negativamente (vedi la risposta ad interpello n. 14/2007, in  indice A-Z, voce *Apprendistato*) evidenziando come tale operazione comporterebbe una «indebita commistione tra nuova e vecchia disciplina».

La cumulabilità dei periodi di apprendistato svolti secondo discipline diverse deve invece ritenersi ammessa in quanto giustificata da una vera e propria interruzione del rapporto; d'altronde una differente soluzione avrebbe determinato l'impossibilità, in non pochi casi, di completare l'iter formativo dell'apprendista in ragione del venir meno, nelle more dell'interruzione, della possibilità di far riferimento alla disciplina del 1955 (si veda in proposito anche D. PAPA, *Apprendistato: tariffe di cottimo e trasformazione del rapporto*, in *GLav*, 2007, n. 11).

La circ. n. 27/2008 aggiunge a quanto detto – in ragione del fatto per cui la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è «integrata con le disposizioni contenute nella L. n. 25/1955, non abrogate dal [...] D.Lgs. n. 276/2003, che continuano a trovare applicazione ai contratti di apprendistato, in quanto compatibili con il nuovo quadro normativo» – che l'art. 8 della l. n. 25/1955 è applicabile, a maggior ragione si direbbe, anche in riferimento al nuovo regime normativo, ossia al cumulo di più rapporti di apprendistato professionalizzante.

1.8. Il Ministero risponde da ultimo ad un quesito – sollevato evidentemente nelle forme dell'interpello – relativo alla possibilità che una società consortile, costituita per la esecuzione di un'opera, possa procedere a una assunzione con contratto di apprendistato professionalizzante, anche qualora sia previsto lo scioglimento della stessa società consortile in data anticipata rispetto al completamento della formazione dell'apprendista. Al riguardo, la circ. n. 27/2008 non solleva obiezioni e ciò proprio in applicazione dell'art. 8 della

l. n. 25/1955, che consentirà il completamento del percorso formativo con una nuova assunzione dello stesso lavoratore presso una delle società del consorzio.

Daniilo Papa
Responsabile area giuridica e coordinamento attività di interpellato
Direzione Generale Attività Ispettiva
Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali

2. Contratto di inserimento

Il contratto di inserimento e le lavoratrici “svantaggiate”: riflessioni a margine del decreto ministeriale 13 novembre 2008

Sommario: **2.1.** Il ruolo del decreto ministeriale ex art. 54, comma 1, lett. *e*, nella disciplina del contratto di inserimento. – **2.2.** Il contenuto del decreto ministeriale 13 novembre 2008. – **2.3.** La necessità di una analisi di contesto. – **2.3.1.** Le indicazioni derivanti dalla contrattazione collettiva. – **2.4.** Osservazioni conclusive.

2.1. Con il decreto del 13 novembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 36), il Ministero del lavoro ha provveduto a dare attuazione per l'anno in corso alle prescrizioni contenute negli artt. 54, comma 1, lett. *e*, e 59, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 sul contratto di inserimento (artt. da 54 a 59-*bis* del d.lgs. n. 276/2003, come modificati dall'art. 13 del d.lgs. n. 251/2004, in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

Più precisamente, il provvedimento normativo emanato contiene la determinazione delle aree del territorio nazionale nelle quali è possibile stipulare il contratto di inserimento con le donne ivi residenti (art. 1, d.m. 13 novembre 2008, che attua sul punto l'art. 54, comma 1, lett. *e*) e l'individuazione di quelle aree nelle quali il contratto può accedere ai benefici economici nella misura massima consentita dalla normativa vigente (artt. 2 e 3, che attuano, invece, l'art. 59, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

Con il contratto di inserimento – che *sostituisce* nel settore del lavoro privato, il contratto di formazione e lavoro (cfl) – il legislatore persegue l'obiettivo di favorire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti deboli, mediante l'attuazione di «un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo» (art. 54, comma 1, e art. 55, comma 1, d.lgs. n. 276/2003; in dottrina cfr. D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro: costituzione svolgimento*, vol. II, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, 1955, nonché M. D'ONGHIA, *I contratti a contenuto formativo: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 406).

La disciplina legislativa di tale tipo contrattuale è costruita mediante una tipizzazione tassativa della platea dei destinatari – sia datori di lavoro (indicati dall'art. 54, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) sia lavoratori (art. 54, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) – che ad esso possono fare ricorso. Con riferimento a questi ultimi, la dottrina ha segnalato che l'elenco contenuto nell'art. 54, comma 1, «attinge all'area dello svantaggio sociale» (D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, cit., 1957), codificando una serie di ipotesi che coincidono, in parte, con alcuni dei soggetti già destinatari del cfl (giovani di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni, lett. *a*); in parte (lett. *b-f*), con le ipotesi in cui si articola la nozione comunitaria di lavoratore svantaggiato (contenuta nell'art. 2 del regolamento CE n. 2204/2002, in  indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*) e, infine, con le fattispecie che il legislatore nazionale individua per delimitare il campo di applicazione delle misure di poli-

tica attiva del lavoro (d.lgs. n. 181/2000, come modificato dal d.lgs. n. 297/2002, in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

Dal lato dei lavoratori, rientrano nell'area dei destinatari anche le «donne di qualsiasi età residenti in una area geografica», individuata con decreto ministeriale, che presenti un tasso di occupazione femminile inferiore del 20% rispetto a quello maschile o, alternativamente, un tasso di disoccupazione femminile superiore del 10% sempre rispetto a quello maschile (art. 54, comma 1, lett. e). Se ne deduce che è la circostanza oggettiva di risiedere in un'area territoriale economicamente depressa a determinare automaticamente l'attribuzione della qualità di soggetto svantaggiato alle donne ivi residenti.

Secondo i chiarimenti forniti dal Ministero nella circ. n. 31/2004 (in  indice A-Z, voce *Contratto di inserimento*), «l'assunzione di donne con contratti di inserimento è subordinata alla definizione delle aree geografiche» (punto n. 4). Ne deriva, quindi, che rispetto alla norma che delimita il campo di applicazione soggettivo dell'istituto, il decreto ministeriale completa il dato legislativo e la sua emanazione rappresenta una condizione per l'operatività dell'istituto (questa impostazione è stata indirettamente confermata nella risposta ad interpellato n. 1/2007, nella quale il Ministero, affermando che il decreto, nella specie il d.m. 17 novembre 2005, in  indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*, ha natura dichiarativa e di ricognizione dei dati statistici sulla disoccupazione femminile, ha così salvato la legittimità dei contratti già stipulati nel corso dell'anno 2004).

La seconda norma che il decreto ministeriale ha il compito di attuare è, come già detto, l'art. 59, comma 3, che, nel disciplinare l'ambito di operatività degli incentivi economici rinvia al regolamento CE n. 2204/2002.

In realtà, l'art. 59 disciplina tutte le tipologie di incentivi collegate al contratto di inserimento, prevedendo, al comma 1, la possibilità di inquadrare il lavoratore assunto con tale tipologia contrattuale in una categoria inferiore, per non più di due livelli, a quella spettantegli, salvo si tratti dell'assunzione di una donna, mentre al comma 2, dispone il beneficio dell'esclusione dei lavoratori in inserimento dal computo dei dipendenti, salvo deroga del contratto collettivo nazionale.

Nonostante la disciplina degli incentivi rappresenti uno degli aspetti più problematici dell'istituto, la prospettiva di indagine adottata in questa sede consente, tuttavia, di limitare l'ambito della riflessione a quei benefici che rivestono una maggiore rilevanza nel caso in cui i destinatari del contratto di inserimento siano le donne "svantaggiate" residenti nelle aree geografiche definite dal decreto ministeriale (sul profilo degli incentivi, e sulla evoluzione della normativa nazionale alla luce delle decisioni degli organi comunitari, è necessario il rinvio, per una trattazione analitica ed esaustiva, a M. TIRABOSCHI, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato e diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002; M. DELFINO, *Gli interventi comunitari in materia di contratti di formazione e lavoro fra diritto della concorrenza e politiche sociali*, in *DLM*, 2003, 141; D. GAROFALO, *Aiuti di Stato all'occupazione e contratto di inserimento: la advantaged/disadvantaged theory*, in *LG*, 2005, 11; M. ROCCELLA, *Formazione, occupabilità e occupazione nell'Europa comunitaria*, Relazione al Congresso Nazionale dell'AIDLASS, Cagliari, 1-3 giugno 2006, in *DLRI*, 2007, 113; più recentemente, S. SCIARRA, *Aiuti di Stato e contratti a contenuto formativo*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, II, 1137).

Operata questa necessaria premessa, e fermo restando il rinvio per l'analisi dei problemi collegati all'art. 59, comma 1, va precisato che la disciplina contenuta nell'art. 59, comma 3 (come modificato dall'art. 13, d.lgs. n. 251/2004), trova la sua *ratio* nella necessità di armonizzare ai parametri comunitari l'entità e la misura degli incentivi economici alle imprese finalizzati alla creazione di occupazione.

Com'è stato ampiamente ricostruito dalla dottrina (vedi i contributi citati *supra*), tale necessità è sorta in seguito alla censura della Commissione Europea avente ad oggetto la

normativa nazionale sugli incentivi ai contratti di formazione e lavoro (decisione n. 2000/128/CE dell'11 maggio 1999, cui è seguita la sentenza della C. Giust. 7 marzo 2002, causa C-310/99, entrambe in  indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*). Con la decisione del 1999, infatti, il sistema delle agevolazioni per l'assunzione con cfl è stato ritenuto in contrasto rispetto ai limiti, qualitativi e quantitativi, codificati dallo stesso organo europeo negli Orientamenti sull'occupazione.

Pertanto, la disciplina degli aiuti economici alle imprese, specialmente quelli collegati al contratto che "eredita", almeno in parte, l'impostazione del contratto di formazione e lavoro (di tipo *b*), non poteva non osservare la disciplina comunitaria, divenuta, con la emanazione del regolamento CE n. 2204/2002, direttamente applicabile e imperativa per l'ordinamento nazionale.

La soluzione legislativa adottata nell'art. 13, d.lgs. n. 251/2004 – rinvio espresso al regolamento comunitario – rappresenta, secondo una recente valutazione della dottrina, uno dei passaggi simbolicamente rilevanti del «lungo e tortuoso processo di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai principi del diritto comunitario»: ferma restando la varietà di opinioni su questo profilo – impossibile da riassumere in questa sede – secondo tale dottrina, il riferimento esplicito al regolamento CE n. 2204/2002 avrebbe il merito di creare «un nesso più visibile – e c'è da augurarsi più convincente nei confronti degli attori economici – con l'ordinamento comunitario» (S. SCIARRA, *op. cit.*, 1144-1145).

Quanto agli effetti derivanti dal combinato disposto tra il comma 3 dell'art. 59 e il regolamento comunitario, altra parte della dottrina sostiene che esso ha creato un sistema suddiviso in tre regimi di agevolazioni (per questa classificazione, vedi D. GAROFALO, *Aiuti di Stato all'occupazione e contratto di inserimento: la advantaged/disadvantaged theory*, cit., e, da ultimo, ID., *Il contratto di inserimento*, cit., 1979). Se i contratti stipulati con i soggetti indicati nella lett. *a* dell'art. 54, comma 1 (giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni) sono esclusi da qualunque agevolazione economica (c.d. primo regime), quelli stipulati con tutte le altre categorie di destinatari accedono automaticamente alla misura standard di agevolazione, pari ad uno sgravio contributivo del 25% (c.d. secondo regime). Infine, com'è stato chiarito anche dall'intervento ministeriale (circ. Min. lav. n. 31/2004), la fruizione delle agevolazioni che superano la soglia di applicazione generalizzata (c.d. terzo regime) è condizionata dalla necessaria concorrenza tra i requisiti richiesti dalla normativa nazionale (tipologia di soggetto destinatario e settore di attività nel quale opera l'impresa beneficiaria) e quelli, qualitativi e quantitativi, imposti dalla fonte comunitaria (requisiti soggettivi, art. 2 del regolamento CE n. 2204/2002; requisiti quantitativi, art. 5, regolamento CE n. 2204/2002; requisiti qualitativi, c.d. effetto incrementale e stabilità dell'occupazione, art. 5, regolamento CE n. 2204/2002).

Ciò premesso, tornando alla questione dell'occupazione delle donne assunte con contratto di inserimento, si può osservare che il necessario rinvio da parte del decreto ministeriale al regolamento comunitario determina la conseguenza inevitabile che l'area nella quale è possibile garantire l'erogazione degli incentivi economici nella misura superiore al 25% non coincide con l'ambito di operatività dell'istituto: essa è sensibilmente ridotta, infatti, per effetto dell'applicazione della norma comunitaria (art. 2, lett. *f*, punto xi, regolamento CE n. 2204/2002), la quale, nel definire le aree in cui le lavoratrici ricadono nella categoria di soggetti "svantaggiati", utilizza dei differenziali molto più elevati tra i tassi di disoccupazione femminile e maschile di quelli presi in considerazione dall'art. 54, comma 1, lett. *e*.

Ai sensi dell'art. 2 del regolamento CE n. 2204/2002, infatti, è considerato lavoratore svantaggiato «qualsiasi donna di un'area geografica al livello NUTS II, nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di di-

soccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti».

2.2. Dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 251/2004 – che ha apportato sostanziali modifiche all'intero impianto normativo del d.lgs. n. 276/2003, intervenendo anche sulla disciplina del contratto di inserimento – si sono succeduti quattro provvedimenti ministeriali (il primo dei quali, d.m. 22 ottobre 2004, in [📖](#) indice A-Z, voce *Contratto di inserimento*, tuttavia, non è mai diventato pienamente operativo, perché ritirato dal Ministero dopo la sua predisposizione. Per la ricostruzione della vicenda, vedi, per tutti, M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 408, nota 123, nonché P. TIRABOSCHI, *L'avvio del contratto di inserimento tra contrattazione collettiva e chiarimenti ministeriali*, in *q. Rivista*, 2005, n. 1, 236) i quali, con riferimento all'ambito territoriale di operatività dell'istituto, hanno sempre confermato che esso coincide con tutto il territorio nazionale.

Riguardo, invece, al profilo degli incentivi economici, nel passaggio dal d.m. 17 novembre 2005 a quello in commento, si è verificata una progressiva riduzione del campo di applicazione delle agevolazioni determinate nella misura superiore a quella standard.

Mentre, infatti, il d.m. 17 novembre 2005 (su cui vedi L. CORAZZA, *Contratti di inserimento e disoccupazione femminile. Commento al decreto del Ministro del lavoro 17 novembre 2005*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1177) aveva ammesso al godimento i contratti stipulati in tutte le Regioni del Sud, compreso il Lazio, con il d.m. 31 luglio 2007 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2007, n. 38) quest'ultima Regione ne è stata esclusa e, con il provvedimento adottato nello scorso novembre, anche la Regione Calabria è stata estromessa dall'ambito di operatività del “terzo regime” di incentivi.

Tra l'altro, già in seguito al decreto del 2005, l'Inps aveva avuto occasione di precisare (circ. Inps n. 74/2006, in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2006, n. 28) che l'ammissione della Regione Lazio alle agevolazioni contributive superiori al 25% non comprendeva tutto il territorio della Regione, bensì soltanto quelle Province e quei Comuni che potevano essere qualificati “aree del Mezzogiorno” ai sensi del d.P.R. n. 218/1978. Questa interpretazione è stata confermata, in seguito, dallo stesso Ministero (risposte ad interpellanti n. 1/2007 e n. 20/2008, quest'ultimo in [📖](#) indice A-Z, voce *Contratto di inserimento*) e, da ultimo ribadita nella circ. Inps n. 10/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Contratto di inserimento*), nella quale sono state fornite anche le istruzioni relative al recupero delle agevolazioni indebitamente fruite dalle aziende operanti nei Comuni del Lazio, in conseguenza della sua esclusione dal novero delle aree ammesse al beneficio con il d.m. 31 luglio 2007.

Con riferimento al recente decreto, l'impossibilità di fruire nel territorio calabrese delle agevolazioni determinate nella misura massima, per i contratti stipulati nell'anno 2008, è stata considerata una “conseguenza paradossale” della rigorosa applicazione della disciplina sugli incentivi economici, perché, nel caso di specie, penalizza «una delle aree più svantaggiate non solo d'Italia ma dell'intera Europa» (M. TIRABOSCHI, *Il contratto di inserimento per l'assunzione di donne non premia la Calabria*, in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2008, n. 36).

Ferma restando questa valutazione, qui soltanto accennata, sulla quale si avrà modo di ritornare nel prosieguo, si ritiene che elementi utili a verificare la portata e le implicazioni del decreto in commento possano derivare da un esame del modo in cui sono state interpretate e applicate nella prassi le norme più significative dell'istituto, affinché si possa delineare correttamente il contesto complessivo in cui si colloca la recente normativa ministeriale.

2.3. In questa prospettiva di indagine, oltre alle conseguenze, prima ricordate, della interpretazione delle norme sugli incentivi alla luce della disciplina sugli aiuti nel Mezzogiorno, assume un rilievo interessante anche l'orientamento restrittivo adottato dall'Inps nella lettura di uno degli elementi essenziali della norma definitoria contenuta nell'art. 54, comma 1, lett. e.

Si fa riferimento al requisito della residenza nelle aree geografiche ad alto tasso di disoccupazione, in relazione al quale l'Inps, con la circ. 19 maggio 2006, n. 74, ha precisato che «il riferimento normativo alla residenza della lavoratrice debba essere integrato con quello relativo allo svolgimento dell'attività lavorativa, con la conseguenza che, ai fini della fruizione delle agevolazioni contributive in misura superiore al 25%, è necessario che le prestazioni lavorative si svolgano all'interno dei territori» ammessi al beneficio.

In definitiva, l'Inps ha ritenuto che il requisito in questione possa essere soddisfatto solo dalla necessaria coincidenza di due elementi – residenza e luogo di svolgimento della prestazione – delegittimando, in questo modo, altre letture più elastiche della norma che pure erano state prospettate in dottrina (vedi, sul punto, D. GAROFALO, *Aiuti di Stato all'occupazione e contratto di inserimento: la advantaged/disadvantaged theory*, cit., 12, che aveva ipotizzato un'interpretazione di questo dato legislativo tale da consentire fenomeni di mobilità geografica verso le aree ammesse al beneficio da quelle contigue ma non rientranti).

2.3.1. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, gli elementi di riflessione più interessanti sul contesto nel quale opera l'istituto del contratto di inserimento, derivano dall'esame del ruolo svolto dalle parti collettive nell'esercizio della propria funzione regolativa.

Già con l'Accordo interconfederale del febbraio 2004 (in  indice A-Z, voce *Contratto di inserimento*), e poi con i rinnovi dei contratti collettivi di categoria dell'ultimo biennio (sui quali vedi D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, cit., 1985 ss., e, più recentemente, AA.VV., *Assetti della contrattazione decentrata ed evoluzione degli istituti contrattuali in Italia*, in CNEL, *Le relazioni sindacali in Italia e in Europa. Rapporto*, Roma, in corso di pubblicazione) la contrattazione collettiva ha dimostrato un particolare interesse per questa tipologia contrattuale, che si è “tradotta”, innanzitutto, in una importante operazione di recupero degli aspetti formativi dell'istituto, meramente eventuali nell'impianto normativo legale: l'obbligo di un monte ore minimo di formazione teorica (pari a 16 ore), introdotto nell'Accordo interconfederale del 2004, è stato consolidato e irrobustito (vedi il Rapporto Cnel 2008 citato, sez. III, 56) nei principali contratti di categoria, nei quali si è generalmente incrementato l'ammontare delle ore di impegno formativo (vedi, sul punto, i Ccnl citati da D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, 1987, e quelli esaminati nel citato Rapporto Cnel 2008, 57-58).

Parimenti, le parti collettive hanno interpretato con il medesimo rigore la regolamentazione dei profili riguardanti la durata, rispetto alla quale si è registrata una tendenza ad elevare il limite minimo (pari a 9 mesi *ex art. 57*, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) e, al contempo, a modulare l'entità di quella massima in ragione di diversi criteri qualitativi, che attengono al rapporto tra il livello della professionalità già posseduta dal lavoratore e il percorso di inserimento oggetto del contratto.

Anche per quel che attiene alla disciplina del sottoinquadramento va data una connotazione esclusivamente salariale; è possibile, infatti, rilevare una volontà contrattuale di mitigare l'automaticità nella applicazione del beneficio disciplinato dalla fonte legislativa.

Sebbene in questa sede non sia possibile approfondire tutte le questioni interpretative sorte sulla portata e sulla natura di questo beneficio, è necessario quanto meno sottolineare che le posizioni della dottrina oscillano tra chi ha ritenuto illegittima la misura per contrasto con l'art. 36 Cost. – dal momento che il sottoinquadramento non troverebbe più la sua *ratio* nel corrispondente obbligo formativo imposto dalla legge al datore di lavoro come elemento specializzante dello schema contrattuale (L. ZOPPOLI, *La riforma dei contratti con finalità formative: troppa burrasca per giungere in porto?*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, 545) – e chi, invece, adottando una soluzione intermedia, ha ritenuto che questo beneficio sia giustificabile alla luce del minor rendimento che il lavoratore in reinserimento, impegnato a recuperare appieno la propria professionalità mediante il piano

individuale di adattamento delle competenze, può garantire al datore di lavoro (D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, cit., 1976).

Ebbene, anche su questo profilo, l'Accordo interconfederale, prima, e i contratti collettivi, successivamente, hanno di fatto irrigidito il dato legislativo: in alcuni casi, introducendo criteri diretti a vincolare l'operazione di sottoinquadramento a parametri qualitativi (in particolare, il Ccnl Chimica Confapi 2006, in [☞](#) indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca dati)* dispone che per determinare il livello di inquadramento del lavoratore in reinserimento vadano utilizzati tutti i parametri disciplinati dal sistema di classificazione del personale adottato nel Ccnl. Sempre l'Accordo interconfederale, inoltre, dispone che l'aver svolto nei precedenti 12 mesi le medesime mansioni oggetto del contratto di inserimento comporta la riduzione dell'inquadramento di un solo livello retributivo), mentre, in altre ipotesi, articola la regola legislativa in due fasce temporali distinte (cioè prevedendo che il sottoinquadramento sia pari a due livelli nella prima parte del contratto, e si riduca progressivamente nella seconda parte del periodo concordato. Vedi, sul punto, Ccnl Cartai Confapi 2006, in [☞](#) indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca dati)*). Per altri Ccnl, vedi il Rapporto Cnel 2008 citato, 59, nonché D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, cit., 1985 ss.).

Come rilevato dallo stesso rapporto biennale sulla contrattazione collettiva (vedi il Rapporto Cnel 2008, 60) di assoluto rilievo è la soluzione adottata su questo aspetto dal Ccnl Ceramica Confindustria del 28 marzo 2007 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca dati)*) nel quale il principio del sottoinquadramento è stato limitato alla previsione della mancata corresponsione dell'indennità di posizione organizzativa, non consentendosi, quindi, alcuna diminuzione del livello retributivo per tutti i lavoratori assunti con contratto di inserimento.

Per completare l'analisi del quadro legale e contrattuale, va ricordato che il beneficio del sottoinquadramento non opera nel caso di assunzione delle donne con contratto di inserimento, ciò per effetto del divieto che il legislatore ha introdotto, nel testo dell'art. 59, comma 1, con il d.l. n. 35/2005, convertito nella l. n. 80/2005 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*).

Con quest'ultima modifica, il legislatore ha perseguito un duplice obiettivo: da un lato, ha posto rimedio alla situazione di potenziale contrasto dell'art. 59, comma 1, con la disciplina antidiscriminatoria di derivazione comunitaria (d.lgs. n. 215 e 216 del 2003, di attuazione della direttiva n. 2000/78/CE, entrambi in [☞](#) indice A-Z, voce *Parità di trattamento*). Su questi profili, e, più in generale, sul rapporto tra formazione, incentivi alla occupazione e diritto antidiscriminatorio, è necessario il rinvio alla ampia e analitica trattazione effettuata da M. ROCCELLA, *op. cit.*); dall'altro, consentendo alla contrattazione collettiva di derogare allo stesso divieto, ha dimostrato di non voler eliminare del tutto la possibilità che, a fini di espansione della base occupazionale femminile nei territori depressi si possano ammettere trattamenti economici differenziati *in pejus*, rimettendone in pieno la responsabilità nelle mani delle parti sociali.

Rispetto a questa opzione legislativa, è interessante rilevare che, nei rinnovi contrattuali seguiti all'introduzione della l. n. 80/2005, tale potere derogatorio non è stato mai utilizzato, se non nel caso – che si può ritenere, allo stato, isolato – del Ccnl delle imprese di Panificazione del 19 luglio 2005 (citato da D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento*, cit., 1987. Il testo del Ccnl è in [☞](#) indice A-Z, voce *Apprendistato*).

Tuttavia, salvo l'intervento di altri contratti collettivi che, in futuro, possano decidere di avvalersi della regola del sottoinquadramento anche in relazione alla assunzione delle donne, la scelta "astensionista" della contrattazione collettiva sembra, quanto meno, in sintonia con il rigore dimostrato – finora – dalle parti collettive nella disciplina generale del medesimo istituto.

2.4. Gli elementi sin qui raccolti dimostrano che nessuno degli attori, istituzionali (Inps) e sociali (parti collettive), chiamati ad interpretare oppure a integrare la disciplina legislativa, ha utilizzato gli spazi consentiti dal dato legale, al fine di rendere più vantaggioso e appetibile per le imprese il contratto di inserimento, anche quale strumento di occupazione femminile.

In particolare, la contrattazione collettiva, oltre a non aver utilizzato, come si è appena visto, uno dei poteri più rilevanti di de-regolazione del contratto, ha “rivitalizzato” alcuni obblighi (questo è il caso della formazione) che costituivano la parte più debole dell’intero assetto normativo del contratto di inserimento.

Rispetto a questo contesto generale, non si può non condividere l’osservazione di chi afferma che l’esclusione della Regione Calabria dalla possibilità di accedere all’area delle agevolazioni superiori al 25% – realizzatasi con il citato d.m. del novembre 2008 – rappresenti un risultato oggettivamente penalizzante per le donne del territorio, così come, nel passaggio dal d.m. 17 novembre 2005 al d.m. 31 luglio 2007, una medesima osservazione sarebbe valsa per i Comuni della Regione Lazio fino a quel momento compresi nell’area di operatività degli incentivi. Peraltro, si tratta di un effetto non direttamente attribuibile al decreto, che, su questo aspetto, applica senza margini di discrezionalità le prescrizioni imperative di natura comunitaria (così M. TIRABOSCHI, *Il contratto di inserimento per l’assunzione di donne non premia la Calabria*, cit.).

Continuando nella propria analisi, tale dottrina osserva che, al fine di rimuovere in modo effettivo le barriere che ostacolano il rilancio dell’occupazione femminile, «il vero problema non è l’applicazione o meno di politiche di mera incentivazione economica. L’ambito su cui intervenire rimane, infatti, il superamento di quei penetranti disincentivi normativi, ambientali e di contesto che [...] finiscono per ritorcersi contro i gruppi più deboli, come i giovani e, appunto, le donne» (M. TIRABOSCHI, *Il contratto di inserimento per l’assunzione di donne non premia la Calabria*, cit., ma, su questo medesimo profilo, si vedano le osservazioni più analitiche espresse dallo stesso autore in *Donne e lavoro: la sottile linea tra discriminazioni e pari opportunità*, in *Bollettino AREL*, dicembre 2004).

Nella medesima prospettiva, altra dottrina, nel commentare il d.m. 17 novembre 2005, ha affermato che «lo snodo problematico che la vicenda del decreto lascia scoperto è quello dell’opportunità e dell’efficacia di utilizzare, quali strumenti di incentivo alla occupazione, meccanismi derogatori rispetto ai più elementari standard di tutela del lavoro, come quello dell’inquadramento e del corrispondente trattamento economico, rispetto al quale, al di là delle diverse prospettive di politica del diritto, sarebbe più opportuno avviare un dibattito non solo tra giuristi, ma anche tra giuristi ed economisti» (L. CORAZZA, *op. cit.*, 1180).

Una prima osservazione che si può muovere a queste argomentazioni deriva proprio dalla precedente analisi del dato contrattuale; rimettere al centro della discussione il problema dei disincentivi normativi al lavoro femminile, impone, almeno nella prospettiva del contratto di inserimento, di confrontarsi con i risultati della contrattazione collettiva, dai quali emerge una tendenza a voler presidiare di garanzie sostanziali la regolamentazione del contratto.

Qualora, invece, queste opinioni vogliano sottolineare la necessità di un intervento articolato, e di ampio respiro, sul rapporto tra incentivazione del lavoro femminile (o dei gruppi deboli, in generale) e tutela della lavoratrice/lavoratore nel contratto (su questo tema, la trattazione più organica ed analitica è quella di M. ROCCELLA, *op. cit.*), una preziosa occasione in questo senso può essere l’attuazione della delega contenuta nell’art. 1, commi 30, lett. b, 32 e 81, della l. n. 247/2007 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*), nella quale il legislatore ha manifestato la necessità di un intervento che interessi tanto la materia del contratto di inserimento (art. 1, comma 32, lett. c), quanto quella, più ampia, del rapporto tra tutela ed incentivazione del lavoro femminile. Difatti, a dimostra-

zione della rilevante importanza del tema oggetto di analisi, le deleghe della l. n. 247/2007 sono state mantenute e prorogate all'interno del testo del d.d.l. n. 1441-*quater* (in *Boll. Adapt*, 2008, n. 43), collegato alla manovra finanziaria per il 2009, che è stato approvato alla Camera in via definitiva il 28 ottobre 2008 ed è ora in corso di approvazione al Senato.

Annalisa Grieco

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3. Disabili (lavoro dei)

Disabilità e part-time. Quali disposizioni legislative e contrattuali?

Sommario: **3.1.** Una recente sentenza della Corte di Giustizia CE. – **3.2.** Il principio di non discriminazione: il rapporto ILO e i nuovi fenomeni di discriminazione. – **3.2.1.** Unione Europea: orario di lavoro flessibile e l'“accomodamento ragionevole”. – **3.3.** Il part-time come strumento per conciliare i tempi di lavoro e di cura: alcuni dati. – **3.3.1.** Diritto al part-time e priorità della trasformazione del rapporto. – **3.3.2.** Le disposizioni contrattuali collettive. – **3.3.3.** Le difficoltà in fase di applicazione ed interpretazione della contrattazione collettiva.

3.1. La Corte di Giustizia delle comunità europee si è pronunciata recentemente (con la sentenza del 17 luglio 2008, causa C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 27: per un commento si veda D. VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 849 e ss.) in relazione alla definizione di discriminazione diretta, di cui all'art. 2 della direttiva quadro n. 2000/78/CE (in *indice A-Z*, voce *Parità di trattamento*), recante *Norme sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*: «sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga» (sul principio di non discriminazione in ambito comunitario si veda Z. APOSTOLOPOULOU, *Equal Treatment of People with Disabilities in the EC: what does Equal mean?*, in *NYU School of law, Jean Monet Working Paper*, 2004, n. 9. Per dettagli circa la normativa inglese in tema di disabilità si veda DISABILITY RIGHTS COMMISSION, *The Duty to Promote Disability Equality – Statutory Code of Practice – England and Wales*, The Stationery Office, Londra, 2005). Nella singola fattispecie una lavoratrice con figlio disabile era stata costretta a rassegnare le dimissioni poiché al rientro dal congedo per maternità, nello studio legale londinese presso cui era impiegata, le avevano negato la possibilità di riprendere le mansioni precedenti; l'avevano tacciata di pigrizia quando aveva chiesto permessi per prendersi cura del figlio; le avevano negato la stessa flessibilità di orario concessa ai colleghi con figli non disabili.

Nel Regno Unito la discriminazione fondata sulla disabilità è regolamentata dal *Disability Discrimination Act* (DDA), integrato nel 2005 con l'estensione di tutela per le persone con patologie progressive (cancro, HIV, sclerosi multipla), dal momento stesso della diagnosi. La normativa prevede, fra l'altro, il dovere di adottare i c.d. “accorgimenti ragionevoli”, in relazione alla disabilità del dipendente: fra essi sono compresi orari di lavoro più flessibili.

La questione di diritto posta dall'*Employment Tribunal* di Londra riguarda l'ambito di applicazione della direttiva: secondo la Corte essa deve applicarsi sulla base della natura della discriminazione, sia essa indirizzata alle persone disabili o ai loro familiari. Una interpretazione che ne limitasse l'applicazione rischierebbe di eliminare una parte impor-

tante del suo effetto utile e di ridurre le tutele che essa deve garantire (sulla rilevanza delle sentenze della Corte di Giustizia: R. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro negli Stati membri*, in *Rivista di diritto europeo*, 1989, 9, 28).

La sentenza è di importanza fondamentale in quanto i giudici comunitari hanno enunciato due principi rilevanti, riconoscendo il divieto di discriminazione diretta e quello di molestia:

1) quando un datore di lavoro tratta 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, vi è violazione del divieto di discriminazione diretta di cui all'art. 2, n. 2, lett. A), della direttiva;

2) gli artt. 1 e 2, n. 1 e n. 3, devono essere interpretati nel senso che il divieto di molestie ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili. Qualora sia accertato che il comportamento indesiderato integrante le molestie del quale è vittima un lavoratore, che non sia esso stesso disabile, è connesso alla disabilità del figlio, al quale presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno, vi è la violazione del divieto di molestie al detto art. 2, n. 2, della direttiva.

È questo un esempio di contributo all'armonizzazione del diritto del lavoro reso dalla Corte di Giustizia e dagli stessi giudici nazionali, che, con la procedura pregiudiziale ex art. 234 del Trattato, verificano la conformità della legislazione di recepimento al contenuto delle direttive. La Corte Costituzionale italiana ne ha frequentemente ribadito il carattere «di sentenze dichiarative della *ratio* posta a fondamento della disposizione comunitaria», con cui si precisa – in modo autoritativo – il significato del diritto comunitario, determinandone definitivamente la portata e il contenuto.

L'interpretazione datane dalla Corte europea rileverà per il giudice nazionale nella adozione del canone ermeneutico dell'interpretazione conforme.

La sentenza citata è importante anche perché riporta alla cronaca il problema della conciliazione dei tempi di lavoro e di cura, quando sussistono situazioni di disabilità. Si tratta di una delle sfide più complesse in considerazione degli attuali mutamenti sociali, culturali ed economici, che chiamano in causa il sistema del welfare pubblico, i servizi, la flessibilità del lavoro. Da tempo, infatti, è stato evidenziato il nesso esistente (e la necessità di potenziamento dello stesso) fra le politiche per l'occupazione e le politiche sociali, considerando la rilevante interconnessione fra sviluppo economico, qualità della vita, pari opportunità e inclusione sociale.

3.2. Nel 2007 l'ILO ha pubblicato il Secondo Rapporto sulla discriminazione dal titolo *Uguaglianza nel lavoro. Affrontare le sfide (Equality at work: Tackling the challenges, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Conference, 96th Session 2007, Rapporto I (B), Ginevra, in  indice A-Z, voce *Discriminazioni*) con cui ha fornito indicazioni circa i problemi emergenti nel mondo del lavoro, le risposte specifiche, i risultati raggiunti e le sfide da fronteggiare. L'obiettivo centrale dei modelli e delle politiche di sviluppo – per combattere efficacemente la discriminazione – deve essere la creazione di società più eque.

Circa 650 milioni di persone nel mondo (pari al 10% della popolazione mondiale) vivono con una disabilità fisica o mentale: uno su cinque ha una disabilità congenita, gli altri l'hanno acquisita durante la vita (per patologie, per infortuni sul lavoro, per incidenti stradali, ecc.).

Dal rapporto emerge che i fenomeni discriminatori, nei casi in cui vi sia la disabilità, destano una preoccupazione crescente: nel 2005, il tasso di occupazione delle persone disabili a livello mondiale era del 38%, contro il 78% della media generale. L'ILO ha stimato

che oltre il 60% delle persone disabili sia in età lavorativa, ma il tasso di disoccupazione sia dell'80-100% più alto del dato medio (per un'analisi comparativa dei diversi modi di raccogliere dati significativi sulla disabilità vedi *Statistics on the employment situation of people with disabilities: A compendium of national methodologies*, Policy integration Department, Bureau of Statistics, Ginevra, 2004, Working Paper n. 40; ILO, *Trade unions and disabilities: Promoting decent work, combating discrimination*, Labour Education, 2004, vol. 4, n. 137).

Anche se la mancanza di definizioni e metodologie comuni impedisce di fare comparazioni statisticamente valide tra i dati dei vari Stati, per l'ILO, l'esclusione o lo svantaggio delle persone disabili nella ricerca di occupazione e sul posto di lavoro sono determinati dal pregiudizio ancora molto diffuso riguardo alla loro presunta improduttività, alla incapacità di svolgere un lavoro o di avvicinarsi ad un'attività lavorativa. Sono convinzioni che, da parte dei datori di lavoro, sono più forti all'aumentare del grado di disabilità.

Nonostante i progressi compiuti grazie all'adozione di legislazioni sempre più complete ed efficaci, la discriminazione sul lavoro persiste e assume nuove forme, rischiando di aprire nuovi fronti di instabilità sociale. Accanto alle tradizionali forme di discriminazione legate al sesso, all'appartenenza etnica e religiosa, si diffondono infatti nuovi fenomeni discriminatori che fanno riferimento sempre più alla sfera privata degli individui: rileva sempre più lo stato di salute "potenziale". L'ILO denuncia la diffusione di nuove pratiche che penalizzano persone con «una predisposizione genetica a sviluppare determinate malattie o coloro che hanno uno stile di vita considerato non sano».

I rapidi sviluppi nel campo della genetica e delle nuove tecnologie hanno reso più facile ottenere informazioni sulla condizione genetica delle persone e alcune aziende hanno cominciato a raccogliere i dati sui loro dipendenti. Si tratta di veri e propri test genetici che hanno importanti implicazioni sul posto di lavoro, dal momento che le aziende possono voler escludere candidati che presentano una predisposizione genetica a sviluppare in futuro determinate malattie. Un fenomeno contro cui gli USA e alcuni Stati in Europa hanno già adottato specifici provvedimenti: Francia, Svezia, Finlandia e Danimarca (sulla prassi danese riguardante l'avviamento e il mantenimento al lavoro di persone con disabilità si vedano THE DANISH MULTIPLE SCLEROSIS SOCIETY, *Living with Multiple Sclerosis in Denmark 2002*, A member survey – Main results, april 2002; THE DANISH DISABILITY COUNCIL, *Danish disability policy – Equal opportunities through dialogue*, aprile 2002, in www.clh.dk/pjecer/danskhandicappolitik/; R. BENTE, *Legal protection of Disabled Employees by National Legislation*, Danish Disability Council, The Equal Opportunities Centre for Disabled Persons, Praga, 2004) hanno introdotto nella legislazione il divieto alla discriminazione genetica, mentre altri Stati hanno proibito o ristretto la raccolta dei dati genetici dei lavoratori senza il loro esplicito consenso (è il caso di Austria, Olanda, Lussemburgo, Grecia e anche Italia).

La discriminazione, violazione della dignità e del valore connaturati alla persona umana, è vietata anche dalla convenzione ONU sui Diritti delle persone con disabilità del 30 marzo del 2007 (in  indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*, non ancora ratificata dal nostro Paese), la quale obbliga i Paesi firmatari a garantire uguaglianza e dignità, a migliorare l'accesso a edifici pubblici e privati, ai trasporti, all'informazione: «per discriminazione fondata sulla disabilità si intende qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole» (circa la convenzione ONU sui Diritti delle persone con disabilità del 30 marzo del 2007 si veda anche, ONU (a cura di), *Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its*

Optional Protocol: From Exclusion to Equality, Realizing the Rights of Persons with Disabilities, Ginevra, 2007, in  indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*).

3.2.1. Secondo il rapporto ILO sopra citato, in Europa, una persona fra i 16 e i 64 anni ha il 66% delle probabilità di trovare un lavoro, la percentuale scende al 47% per le persone disabili, al 25% se la disabilità è grave.

Il Congresso Europeo sulla disabilità del 2002, adottando la Dichiarazione di Madrid (*La non discriminazione e l'azione positiva producono l'inclusione sociale*, 2002, in www.disabili.unina.it/files/Dichiarazione_Madrid.pdf), ha ricordato che le persone con disabilità non sono pazienti da trattare in maniera paternalistica, ma cittadini indipendenti nella società e per garantire la loro piena integrazione «tutte le comunità devono celebrare le diversità, e assicurarsi che le persone disabili possano godere di tutti i tipi di diritti umani: civili, sociali, politici, economici e culturali riconosciuti dalle varie Convenzioni internazionali, dal Trattato dell'Unione Europea e dalle Costituzioni nazionali».

Il rispetto dei diritti umani e l'accesso ai diritti socio-economici sono i due presupposti indispensabili per lo sviluppo, la coesione sociale, il rinnovamento democratico, la non discriminazione, le pari opportunità: il mancato accesso ad uno di essi può costituire un ostacolo per far valere gli altri. Solo una strategia integrata – basata su più misure associate che si completino e si rafforzino vicendevolmente nei settori dell'occupazione, dell'educazione, della sanità, della previdenza sociale, ecc. – può offrire una garanzia di riduzione reale delle forme di discriminazione e di disuguaglianza sociale.

È fuori dubbio che un mercato del lavoro inclusivo sia una pre-condizione di inclusione sociale, perché l'occupazione è fonte di reddito e canale di partecipazione attiva alla vita sociale ed economica, anche per le persone con disabilità. Da più parti viene considerata necessaria una maggiore disponibilità di risorse economiche e, soprattutto, un loro miglior utilizzo.

In tutti i documenti delle istituzioni comunitarie è posta in evidenza, nel quadro di una politica globale coerente, l'attenzione per la parità nelle opportunità di lavoro per le persone con disabilità: tale parità sarebbe maggiore se si prestasse una reale attenzione alla tutela di questi soggetti in relazione all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro, alla promozione, alla formazione, all'apprendimento e allo sviluppo permanente, alla protezione da licenziamenti non giustificati.

Numerose disposizioni normative, soprattutto nell'ultimo decennio, hanno reso più stretto il legame fra diritti sociali e diritti politici, economici e civili: la Carta sociale europea (art. 15, § 2), la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in particolare gli artt. 21 e 26), ma soprattutto l'art. 13 del Trattato CE che rappresenta la base legale per lottare contro ogni forma di discriminazione.

La direttiva n. 2000/78/CE, in particolare, mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (sia del settore pubblico che di quello privato) al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento. Essa riguarda tutti gli aspetti legati al rapporto di lavoro: inserimento nel mondo del lavoro (compresi i criteri di selezione e condizioni di assunzione), promozione, accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione, perfezionamento e riqualificazione professionale, occupazione e condizioni di lavoro, retribuzione, condizioni di licenziamento, affiliazione all'attività di una organizzazione dei lavoratori o dei datori di lavoro, organizzazione professionale.

La direttiva presenta due profili di rilievo. Il primo è il principio dell'inversione dell'onere della prova in capo al datore di lavoro il quale deve dimostrare di non aver posto in essere pratiche discriminatorie che rappresentano l'elemento fondamentale per garantire un esame corretto degli episodi di discriminazione. L'Italia, al pari di Estonia, Lituania e Polonia non ha ancora recepito correttamente tale disposizione (così COMMIS-

SIONE EUROPEA, *Uguaglianza e non discriminazione*, Rapporto annuale 2006 sullo stato di trasposizione delle direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE, settembre 2006, tutti i documenti sono disponibili in  indice A-Z, voce *Discriminazioni*.

Secondo aspetto importante è l'indicazione delle c.d. soluzioni ragionevoli (art. 5) secondo cui: il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire alle persone disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.

Il lavoro flessibile è richiamato nel Codice di buone prassi per l'occupazione (decisione dell'Ufficio di Presidenza del Parlamento Europeo del 22 giugno 2005, in  indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*) quale "ragionevole adeguamento", in rapporto con le funzioni essenziali di un impiego: «misure adeguate, se del caso, per consentire alla persona con disabilità di accedere, partecipare o avanzare nell'impiego, ovvero di seguire azioni di formazione, senza che ciò comporti un onere sproporzionato per l'Istituzione» (sugli aspetti di integrazione della persona disabile oltre al richiamato rapporto della COMMISSIONE EUROPEA, *Uguaglianza e non discriminazione*, cit., si vedano F. GATTI, *Integrazione della persona diversamente abile*, Armando Ed., Roma, 2006; GRUPPO SOLIDARIETÀ (a cura di), *Disabilità. Dalla scuola al lavoro*, Gruppo solidarietà, Castelplanio, 2006; V. BORGHI (a cura di), *Vulnerabilità, inclusione sociale e lavoro*, F. Angeli, Milano, 2002; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – INT, 2006, n. 46 e da ultimo G. GRIFFO, *Passare dalle politiche di protezione sociale all'inclusione vera*, 2008, in www.superando.it).

Come soluzioni ragionevoli sono indicati: 1) orari di lavoro flessibili per tenere conto delle difficoltà che alcune persone hanno per recarsi al lavoro (trasporti, distanze casa-lavoro, ore di terapia riabilitativa, ecc.); 2) brevi pause regolari per coloro che hanno bisogno di prendere medicine o di riposare; 3) lavoro a orario ridotto, telelavoro.

Alcuni Stati membri hanno inserito il concetto di "soluzione ragionevole" nel proprio ordinamento nazionale, ma in modo insufficiente (per esempio la Germania e l'Ungheria, limitando l'obbligo di trovare una soluzione appropriata ai lavoratori che avevano già un contratto o alle persone gravemente disabili); altri prevedono un obbligo in via di principio, senza dare dettagli su come attuarlo. Nel d.lgs. n. 216/2003 (in  indice A-Z, voce *Parità di trattamento*) con cui è stata recepita, in Italia, la direttiva quadro n. 78/2000/CE, non vi è riferimento alcuno (si veda la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'applicazione della direttiva n. 2000/78/CE, 19 giugno 2008, COM(2008)225 def.).

A giudizio della Commissione Europea, migliorare l'accessibilità al mercato del lavoro significa essenzialmente agire sui due versanti:

- adottare strategie che associno programmi di occupazione flessibili, inclusione attiva e misure positive, in un quadro che completi la legislazione europea vigente in materia di lotta contro la discriminazione;
- assumere come punto di riferimento l'approccio della *flexicurity* per consentire alle persone disabili di trovare e conservare più facilmente un impiego attraverso modalità contrattuali flessibili e affidabili, formule di lavoro temporaneo o a tempo parziale, politiche attive del mercato del lavoro, strategie integrate di apprendimento lungo tutto l'arco della vita e sistemi moderni di sicurezza sociale che garantiscano un adeguato supporto al reddito durante i periodi di disoccupazione (più ampiamente, su flessibilità e orario di la-

voro si veda F.M. PUTATURO DONATI, *Flessibilità oraria e lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2005).

La distribuzione flessibile delle ore di lavoro in un quadro prestabilito, l'orario flessibile, i dispositivi di recupero delle ore di lavoro e la possibilità di passare dal tempo pieno al part-time, sono tutti ottimi meccanismi per poter conciliare il proprio lavoro con altre responsabilità o impegni diversi dall'attività retribuita (prima fra tutte l'attività di cura dei familiari).

3.3. In molti Paesi europei, il part-time ha dimostrato di fornire occasione di lavoro di qualità per fasce di persone altrimenti escluse dal mercato del lavoro (per approfondimenti si veda EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Approaches to flexicurity: EU models*, 2007, in [□](#) indice A-Z, voce *Flexicurity*; S.K. ANDERSEN, M. MAILAND, *The Danish Flexicurity Model. The role of the Collective Bargaining System*, FAOS, 2005; B. AMOROSO, *Luci e ombre del modello danese*, in www.cgil.it/GIURIDICO). Anche in Italia i dati appaiono positivi: nella IV Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione della l. 12 marzo 1999, n. 68 (in [□](#) indice A-Z, voce *Collocamento*), per gli anni 2006-2007, risulta un'incidenza del part-time sui contratti di lavoro indeterminati pari al 26% (sui contratti di lavoro determinati il valore è aumentato dal 34,1% al 36,6%). In relazione alla distribuzione nelle varie Regioni, l'utilizzo prevalente di questa tipologia contrattuale si registra nelle Regioni del Nord (30%) rispetto a quelle del Sud (25%).

Il d.lgs. n. 61/2000 (in [□](#) indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*), in tema di contratto di lavoro a tempo parziale, è stato più volte modificato ed integrato per favorirne l'utilizzo. Tali modifiche sono state attuate principalmente mediante una nuova regolamentazione degli strumenti di flessibilità del rapporto a tempo parziale, attraverso la valorizzazione del ruolo della autonomia collettiva e, in mancanza di questa, della autonomia individuale. Lo stesso legislatore ha posto in evidenza le possibilità che tale tipologia contrattuale offre per «contemperare impegni lavorativi e responsabilità familiari, oltre a rappresentare un canale di accesso al mercato del lavoro regolare» (così circ. Min. lav. 18 marzo 2004, n. 9, in [□](#) indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*).

Tutte le indagini compiute negli anni hanno posto in evidenza come la disabilità crei enormi problemi di carico assistenziale e di revisione dell'approccio dell'assistenza, sempre e comunque, ma soprattutto quando colpisce fasce di popolazione in età attiva.

In base alle stime Istat (*Le condizioni di salute della popolazione. Indagine multiscopo sulle famiglie "Condizioni di salute e ricorso ai servizi sanitari". Anni 1999-2000, 2002*) ottenute dall'indagine sulla salute e il ricorso ai servizi sanitari, emerge che in Italia le persone con disabilità sono 2 milioni 609 mila, pari al 4,8% circa della popolazione di età superiore ai 6 anni. La stima si basa su un criterio molto restrittivo di disabilità, quello secondo cui vengono considerate persone con disabilità unicamente quelle che nel corso dell'intervista hanno riferito una totale mancanza di autonomia per almeno una funzione essenziale della vita quotidiana. Se consideriamo in generale le persone che hanno manifestato una apprezzabile difficoltà nello svolgimento di queste funzioni la stima allora sale a 6 milioni 606 mila persone, pari al 12% della popolazione di età superiore ai 6 anni, che vive in famiglia. Tale dato è in linea con quello rilevato nei principali Paesi industrializzati. Sfuggono tuttavia all'indagine le persone che, pur soffrendo di una qualche forma di disabilità mentale, sono in grado di svolgere tali attività essenziali: uno dei costi indiretti è sicuramente quello del reddito che viene a mancare, o perché la persona disabile perde il lavoro o perché il familiare che l'assiste deve rinunciare a tempi propri di lavoro e ai relativi redditi.

Spesso il part-time è diffuso in settori non qualificati e per mansioni escluse dalle prospettive di carriera. Per non essere discriminatorio, "non inclusivo", questa tipologia di contratto dovrebbe essere volontaria e reversibile una volta che le esigenze di cura o di

assistenza siano terminate, con orari programmabili, quando non è possibile “flessibilizzare” l’orario di lavoro.

3.3.1. In dottrina è stato recentemente ricordato che «la crisi del modello sociale italiano è, prima di ogni altra cosa, una crisi culturale e di valori aggravata dalla assenza di una visione strategica complessiva e d’insieme» (sui tempi di lavoro e di cura si vedano V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008; M. TIRABOSCHI, *La riforma del Welfare si gioca tutta sui valori*, in S. SPATTINI (a cura di), *La vita buona nella società attiva. Il libro Verde sul futuro del nostro welfare*,  Dossier Adapt, 2008, n. 7; P. PASSALACQUA, *Lavoro, “ciclo della vita” e inclusione sociale: dinamiche e prospettive dell’azione sindacale*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2007, n. 50; L. BALBO, *Tempi di vita. Studi e proposte per cambiarli*, Feltrinelli, Milano, 1991; L. BALBO, *Politiche del tempo e diritti quotidiani*, F. Angeli, Milano, 1987).

Se è vero che le previsioni legali promozionali influiscono sulle modifiche della contrattazione collettiva relativamente allo spazio riservato alle disposizioni sul ciclo della vita, è altrettanto vero che l’attuale normativa sul part-time non è certo un esempio di risposta unitaria ad una urgente necessità di ridefinire il complesso delle tutele e delle opportunità per le persone disabili nella loro totalità e per i loro familiari.

In generale la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale è ammessa su accordo delle parti. In considerazione del periodo di tempo variabile necessario alla cura delle patologie oncologiche, e al fine di facilitare la organizzazione del rapporto di lavoro in modo flessibile ed efficace per il temperamento delle rispettive esigenze, l’art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) ha introdotto una regolamentazione di miglior favore nella disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 12-bis, d.lgs. n. 61/2000) che persegue una maggiore e più efficace valorizzazione del contratto *de quo* quale strumento efficace per adeguare le esigenze di competitività delle imprese con le istanze di tutela dei lavoratori con patologie oncologiche.

Il Ministero del lavoro (con circ. 22 dicembre 2005, n. 40, in  indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*) è intervenuto fornendo precisazioni in merito: «Il diritto del lavoratore o della lavoratrice a richiedere la trasformazione del contratto è un diritto soggettivo che mira a tutelarne, unitamente alla salute, la professionalità e la partecipazione al lavoro come importante strumento di integrazione sociale e di permanenza nella vita attiva.

Per tali ragioni, nonché in considerazione del rango primario dell’interesse alla tutela della salute cui è principalmente finalizzata la norma, il legislatore configura tale diritto come una potestà il cui esercizio non può essere negato sulla base di contrastanti esigenze aziendali. A tali esigenze, e all’accordo tra le parti, è invece rimessa la quantificazione dell’orario ridotto nonché la scelta tra modalità orizzontali oppure verticali di organizzazione dello stesso. In considerazione della *ratio* dell’istituto, nonché del carattere soggettivo del diritto, l’organizzazione del tempo di lavoro dovrà in ogni caso essere pianificata tenendo prioritariamente in considerazione le esigenze individuali specifiche del lavoratore o della lavoratrice.

Il rapporto di lavoro a tempo parziale dovrà poi essere trasformato nuovamente in rapporto di lavoro a tempo pieno a richiesta del lavoratore, quando lo stato di salute lo renderà possibile.

Restano in ogni caso salve disposizioni più favorevoli per il prestatore di lavoro».

La l. 24 dicembre 2007, n. 247 (recante *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività*, in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 1) ha modificato nuovamente la normativa sul diritto alla trasformazione del rapporto per i malati oncologici, introducendo altresì una nuova tipologia di diritti di precedenza.

L’art. 12-bis, nel testo vigente, prevede in capo ai lavoratori affetti da patologie oncolo-

giche, per i quali residua una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti delle terapie salvavita, il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in lavoro a tempo parziale verticale o orizzontale.

Il diritto riconosciuto ai malati oncologici è stato motivato da ragioni di tutela della salute, della professionalità e della partecipazione al lavoro come importante strumento di integrazione sociale e di permanenza nella vita attiva.

Le stesse ragioni appaiono fondamentali anche per lavoratori affetti da patologie altrettanto gravi, che mantengono una capacità lavorativa e che spesso devono seguire terapie importanti ed impegnative.

L'art. 12-*bis*, nei restanti due commi, amplia la possibilità di avere la priorità nella richiesta di trasformazione solo per taluni familiari (escludendo sistematicamente i conviventi *more uxorio*, come avviene già – purtroppo – per tutte le altre agevolazioni in favore dei parenti ed affini che assistono persone con disabilità).

È riconosciuta (comma 2), altresì, la priorità della trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale:

- per il lavoratore/la lavoratrice che ha un coniuge, un figlio o un genitore affetto da patologie oncologiche;

- per il lavoratore o la lavoratrice che assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l. 5 febbraio 1992, n. 104 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*), alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100%, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, ai sensi di quanto previsto dalla tabella di cui al decreto del Ministro della sanità 5 febbraio 1992 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*).

Nel comma 3 è prevista la priorità alla trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale su richiesta del dipendente, nel caso in cui abbia un figlio convivente di età non superiore ai 13 anni o un figlio convivente “portatore di handicap” ai sensi dell'art. 3 della l. n. 104/1992.

L'intento del legislatore è chiaro anche se l'approccio dovrebbe essere ben diverso: non limitare le tutele per chi presta realmente assistenza a persone con disabilità, ma contrastare – con misure efficaci e sistematiche – il fenomeno dei falsi invalidi (in relazione all'esperienza italiana si vedano M. DELFINO, *La volontarietà nel part-time come essenza della flexicurity*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona” – INT, 2007, n. 57, 49 ss.).

3.3.2. «Il riferimento ai documenti comunitari non è molto diffuso in sede sindacale, anche perché l'intervento della contrattazione collettiva, pur chiamata in causa direttamente da questi documenti, resta sempre legato o meglio derivato da quello del legislatore nazionale, che per primo interfaccia, [...], gli indirizzi comunitari. Pertanto resta ancora il legislatore interno che detiene, e viene in larga misura a determinare o meno, lo sviluppo anche dell'azione sindacale sul versante dell'inclusione sociale, proprio quanto all'identificazione degli ambiti di intervento di una contrattazione collettiva da tempo debole a proporre di nuovi *ex se*» (P. PASSALACQUA, *op. cit.*).

Le citate disposizioni legislative in tema di diritto al part-time per i malati oncologici non offrono la possibilità di uno sviluppo positivo dell'azione sindacale sul versante della tutela più ampia ed uniforme della disabilità, per il quale servirebbe una rappresentanza specializzata (sulle esigenze di rappresentanza specializzata non coincidente con quella del sindacalismo classico si veda B. CARUSO, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2005, n. 28, 22 ss.)

La frammentazione delle tutele esistenti a livello legislativo e la poca chiarezza terminologica che caratterizza le disposizioni normative si risente a livello contrattuale.

Il problema principale riguarda la ricerca di un identikit più preciso.

Nella contrattazione collettiva privata, più che in quella del settore pubblico, è evidente la determinazione di trattamenti differenziati in relazione al part-time, tanto per il lavoratore disabile, quanto per chi gli presta assistenza.

Alcuni contratti prevedono, «per i dipendenti per i quali sia stata attestata, da una struttura sanitaria accreditata, la condizione di soggetto affetto da tossicodipendenza, alcolismo cronico e grave debilitazione psicofisica, e che si impegnino ad un progetto terapeutico di recupero e riabilitazione predisposto dalle strutture medesime» talune misure di sostegno, fra cui la «riduzione dell'orario di lavoro con l'applicazione degli istituti normativi e retributivi previsti per il rapporto a tempo parziale, limitatamente alla durata del progetto» (Ccnl Avis 31 luglio 2004, art. 9).

In altri si fa riferimento a «patologie gravi»: l'art. 75 del Ccnl Commercio Cisl (da 15 a 50 dipendenti) del 1° agosto 2005 stabilisce che «per i lavoratori dipendenti o per i soci lavoratori affetti da patologie gravi riconosciuti dalla ASL, possono esercitare il diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale e la possibilità di passare nuovamente a tempo pieno».

Restano numerose le disposizioni contrattuali in cui si aggiunge il vincolo quantitativo della percentuale di accoglimento delle richieste di trasformazioni nel caso in cui vi siano «gravi problemi di salute»: ad esempio, l'art. 24 Ccnl dei lavoratori addetti all'industria delle calzature (18 maggio 2004) obbliga le aziende ad accogliere, entro il limite complessivo dell'8%, «le domande di trasformazione del rapporto di lavoro, da tempo pieno a tempo parziale, motivate da gravi e comprovati problemi di salute del richiedente [...]».

Altre clausole (es. Ccnl Case di cura private AIOP – Personale non medico, 19 gennaio 2005, art. 33) fanno riferimento genericamente ad un'ideale articolazione dell'orario di lavoro nei confronti dei soggetti interessati, per agevolare il soddisfacimento di particolari esigenze collegate a terapie o visite specialistiche, «in caso di patologie gravi che richiedono terapie salvavita ed altre ad esse assimilabili secondo le indicazioni dell'ufficio medico legale dell'ASL competente per territorio, come ad esempio l'emodialisi, la chemioterapia, il trattamento per l'infezione da HIV-AIDS, nelle fasi a basso indice di disabilità specifica (attualmente indice di Karnosky) [...]».

La contrattazione collettiva non va neppure a colmare la lacuna esistente per i familiari che assistono un disabile, almeno sul piano del riconoscimento di un diritto, non condizionato, di accesso al part-time. L'accoglimento della richiesta di trasformazione del tempo pieno in tempo parziale è un argomento che mostra disposizioni contrattuali di ineguale tenore, con diversi presupposti causali.

La maggior parte delle disposizioni contrattuali dirette a recepire, almeno in parte, le esigenze dei lavoratori di riduzione dell'orario di lavoro, in effetti, subordinano l'accoglimento della richiesta di passaggio al part-time alla presenza di una serie di elementi, tra cui, *in primis*, il consenso del datore di lavoro. Tale esigenza si manifesta attraverso varie espressioni: il richiamo al principio di «volontarietà», «l'instaurazione deve avvenire con il consenso dell'azienda e del lavoratore», «l'azienda valuterà l'accoglimento delle richieste per la trasformazione di rapporti di lavoro a tempo parziale», «l'azienda può accogliere domande».

Molti contratti, a fronte di varie circostanze di carattere personale (figli di giovane età, soggetto con handicap in famiglia, ecc.), stabiliscono una «mera presa in considerazione» delle richieste da parte delle aziende. Così, ad esempio, l'art. 41 Ccnl dei lavoratori del settore tessile-abbigliamento (24 aprile 2004) obbliga le aziende, entro il limite complessivo dell'8%, ad accogliere le domande di trasformazione del rapporto di lavoro, da tempo pieno a tempo parziale nei casi in cui siano motivate da gravi e comprovati problemi di salute del richiedente, ovvero da necessità di assistenza del coniuge o dei parenti di 1° grado per malattia che richieda assistenza continua, nonché, ove non osti l'infungibilità

delle mansioni svolte, per favorire la frequenza di corsi di formazione continua, correlati all'attività aziendale e per la durata degli stessi.

L'art. 9 Ccnl per i dipendenti della piccola e media industria alimentare del 6 maggio 2004 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva (banca dati)*) dispone che in caso di assunzione di personale a tempo parziale il datore di lavoro è tenuto a prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione a tempo parziale del rapporto dei dipendenti impiegati a tempo pieno, nei limiti del 2% del personale in forza a tempo pieno, per le aziende fino a 100 dipendenti e 3% del personale in forza a tempo pieno, per le aziende oltre 100 dipendenti, qualora le domande siano motivate, fra l'altro, da documentate necessità di assistere genitori, coniuge o convivente, figli e altri familiari conviventi senza alcuna possibilità alternativa di assistenza nell'ambito familiare e tutti coloro che, sempre in tale ambito, siano affetti da gravi malattie o portatori di handicap o che accedano a programmi terapeutici e di riabilitazione per tossicodipendenti.

3.3.3. Le problematiche applicative che la genericità delle disposizioni contrattuali attualmente esistenti possono originare, in tema di diritto al part-time o di precedenza nella trasformazione del rapporto, ma in termini più seri per quanto concerne il comportamento per malattia, emergono ben chiare in una vicenda giunta recentemente al vaglio della Corte di Cassazione – con sentenza n. 6366/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro a tempo parziale*) – e rinviata ad altra Corte di Appello.

La fattispecie riguarda un dipendente di Poste Italiane S.p.A. licenziato per superamento del periodo di comporto, ai sensi dell'art. 40 Ccnl del settore Comunicazioni.

In esso sono indicate solo alcune patologie di particolare gravità, in relazione alle quali è previsto uno specifico trattamento di comporto di 24 mesi: malattia oncologica, sclerosi multipla, distrofia muscolare, sindrome da immuno-deficienza acquisita, trapianto di organi vitali, trattamenti dialitici per insufficienza renale cronica, cirrosi epatica in fase di scompenso.

Con ricorso al Tribunale di La Spezia, il dipendente ha chiesto la reintegra nel posto di lavoro esponendo di essere affetto da insufficienza renale cronica con ritenzione cronica di urina da verosimile stenosi uretrale, patologia paragonabile per gravità a quelle elencate nell'articolo citato.

Con il primo motivo di ricorso in Cassazione, l'azienda Poste Italiane S.p.A. ha dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia, dolendosi che la Corte territoriale, pur avendo rilevato che nell'art. 40 del Ccnl 26 novembre 1994 manca una definizione generale di «malattia di particolare gravità» e benché abbia riconosciuto l'impossibilità di estrapolare tale definizione dall'esame delle caratteristiche cliniche delle malattie ivi specificamente elencate, si sia limitata ad invocare la presunta «atecnicità» delle parti collettive (attuando così un approccio palesemente metagiuridico, sprovvisto del benché minimo corredo probatorio e irragionevole), omettendo al contempo di valutare gli indicatori rilevanti per l'interpretazione della reale volontà delle parti ai sensi dell'art. 1362, comma 2, c.c. (condotta della parte datoriale applicativa del Ccnl nel senso della tassatività dell'elencazione delle malattie indicate nell'art. 40, senza opposizione o doglianze da parte dell'organizzazione sindacale; pattuizioni intervenute successivamente alla stipula del Ccnl 26 novembre 1994, da cui poteva desumersi la tassatività di tale elencazione).

In secondo luogo le Poste Italiane S.p.A. lamentavano l'atteggiamento della Corte territoriale che aveva lasciato priva di contenuto la nozione di «particolare gravità» della malattia, violando con ciò le stesse previsioni del comma 1 dell'art. 1362 c.c., poiché il termine utilizzato «particolare» voleva certamente alludere ad un *quid pluris* rispetto alla semplice «gravità» della patologia. L'affermazione della sentenza impugnata, secondo cui «la non tassatività dell'elencazione lascia spazio alla considerazione, ai fini del comporto, di pa-

tologie forse meno diffuse, ma non meno gravi», non teneva conto dell'insussistenza, in ambito giuslavoristico, di un principio di parità di trattamento, dovendo altresì considerarsi che, se la clausola contrattuale all'esame fosse stata da considerarsi nulla perché discriminatoria, non avrebbe potuto comunque essere salvata ampliandone l'ambito di applicabilità.

La Corte territoriale ha giudicato non utile il criterio differenziatore – invocato dalla difesa di Poste Italiane – della curabilità ed incurabilità, poiché appartiene ormai alle comuni cognizioni di scienza medica che, ad esempio, la malattia oncologica può – in molteplici casi – essere curata con risultati favorevoli, mentre altre gravi patologie elencate dall'art. 40 del Ccnl possono, al più, essere trattate in modo da impedirne l'aggravamento. Ha, altresì, evidenziato come la stesura dei Ccnl sia opera di parti atecniche, tanto più in materie quali la medicina, e ha quindi deciso che le parti stipulanti abbiano voluto predisporre un elenco non tassativo, facendo riferimento alle patologie più ricorrenti e conosciute come gravi dalla molteplicità delle persone, certamente non potendosi spingere alla individuazione di ulteriori e diverse patologie, spesso sconosciute ma altrettanto gravi.

Nella fattispecie la Cassazione ha ritenuto che le argomentazioni della Corte territoriale fossero prive di consequenzialità logica, infatti, non è stato spiegato perché, dalla apodittica premessa della atecnicità delle parti collettive e dal «riferimento alle patologie più ricorrenti e conosciute come gravi dalla molteplicità delle persone», si dovrebbe desumere che l'elencazione effettuata fosse priva delle caratteristiche della tassatività, essendo di piena evidenza che la volontà di indicare in via tassativa – o, al contrario, in via solo esemplificativa – alcune malattie può essere manifestata tanto da soggetti privi di particolari conoscenze mediche quanto da soggetti dotati di particolari competenze al riguardo.

La Corte, nel cassare la sentenza con rinvio, ha deciso che il significato letterale delle espressioni usate nella clausola all'esame non era sufficiente a dirimere la questione interpretativa, così da rendere necessario il ricorso agli ulteriori criteri ermeneutici indicati dall'art. 1362 c.c. e dai successivi articoli. È stato in particolare disatteso – secondo i giudici di legittimità – il disposto dell'art. 1362, comma 2, c.c., in base al quale per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto: nel caso la condotta tenuta dalla parte datoriale (asseritamente senza opposizione o doglianze da parte delle OO.SS.) nella applicazione della norma in parola, la determinazione del premio di produttività 1999 e la integrazione alla normativa sul comparto introdotta con il Ccnl del 2003.

Tornando ad ambiti più generali occorre considerare che, nel nostro Paese, il complesso normativo su cui si fonda l'accertamento dello stato di persona con disabilità – sviluppatosi in momenti storici diversi e in risposta a concezioni, presupposti ed esigenze modificatesi nel tempo – ha determinato un disorganico assetto di riferimento contraddistinto da elementi di frammentazione, sovrapposizione di disposizioni, condizioni e procedure diversificate, situazioni disomogenee.

L'invalidità civile, valutata in misura percentuale, rimanda «a minorazioni congenite o acquisite, anche a carattere progressivo, che abbiano causato una riduzione permanente della capacità lavorativa non inferiore a un terzo» (l. n. 118/1971, l. n. 295/1990; d.m. Sanità 5 febbraio 1992, tutti i documenti sono consultabili in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*).

L'accertamento di persona in situazione di handicap, invece, deve basarsi sul grado di svantaggio sociale (sulla complessità del tema dell'accertamento della disabilità si veda AA.VV., *Valutazione della disabilità. Confronto fra gli Stati europei*, SAPERE 2000 Edizioni multimediali, 2004; AA.VV., *La valutazione delle disabilità*, Erip editrice, Pordenone, 2003, vol. II). L'handicap, nell'art. 3 della l. n. 104/1992, viene definito come «una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un

processo di svantaggio sociale o di emarginazione». L'handicap è considerato in situazione di gravità (art. 3, comma 3) «quando la minorazione [...] abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo tale da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione».

La valutazione delle condizioni di disabilità rileva ai fini del diritto di accedere al sistema per l'inserimento lavorativo ex l. n. 68/1999 (con d.P.C.M. 13 gennaio 2000).

Per l'indennità di accompagnamento (l. n. 18/1980, l. n. 508/1988, in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*) la terminologia utilizzata fa riferimento alla persona «convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che assuma connotazione di gravità ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, alla quale è stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100 per cento, con necessità di assistenza continua in quanto non in grado di compiere gli atti quotidiani della vita».

Anche l'ampia varietà di disposizioni contrattuali che fanno riferimento a diversi e generici termini quali “gravi patologie”, “patologie oncologiche”, “utilizzo di terapie salvavita e assimilabili”, “effetti invalidanti temporanei o permanenti”, comportano difformità di applicazione da parte delle singole ASL che, attraverso l'ufficio di medicina legale, sono chiamate a certificare le situazioni rientranti nelle diciture previste dai contratti stessi, avvalendosi delle relazioni specialistiche in cui devono essere espressamente dichiarati il tipo di patologia e la terapia adottata.

In ambito legislativo, al momento, vi sono solo taluni interventi parziali: il d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915 (*Testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra*, in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*) con tabelle annesse e l'elenco delle malattie considerate croniche ed invalidanti ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. a, del d.lgs. 29 aprile 1998, n. 124 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*). Altre indicazioni sono contenute nell'art. 2 del d.m. n. 278/2000 (*Regolamento recante Disposizioni di attuazione dell'articolo 4 della L. 8 marzo 2000, n. 53, concernente congedi per eventi e cause particolari*, in [📖](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*) secondo cui per gravi motivi si intendono anche le seguenti patologie:

- 1) patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell'autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche;
- 2) patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali;
- 3) patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario;
- 4) patologie dell'infanzia e dell'età evolutiva aventi le caratteristiche di cui ai precedenti numeri 1, 2, e 3 o per le quali il programma terapeutico e riabilitativo richiede il coinvolgimento dei genitori o del soggetto che esercita la potestà.

Uno sforzo legislativo più ampio e sistematico è necessario ed urgente per tutti: per le parti sociali in sede di contrattazione collettiva, per i medici legali in fase di accertamento, per i giudici in sede giudicante. Nessuna riforma del modello sociale, caldeggiata anche dal Libro Verde, può prescindere se realmente si vogliono porre in essere azioni concrete a favore dell'uguaglianza formale e sostanziale di tutte le persone.

Un buon punto di partenza è rappresentato dalla nuova *Classificazione internazionale del funzionamento, della salute e disabilità* (ICF) con cui, nel maggio 2001, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) ha sostituito la vecchia *Classificazione internazionale della disabilità e degli handicap* (ICIDH) (sull'ICF M. LEONARDI, *Salute, Disabilità, ICF e Politiche Sociosanitarie*, in *Sociologia e Politiche Sociali*, 2005, n. 3, 85 ss.).

L'ICF segna il passaggio da un accertamento della disabilità basato sul modello medico

(ovvero incentrato sulla diagnosi) ad un modello sociale, il quale fa emergere che le discriminazioni e gli svantaggi a cui le persone con disabilità vanno incontro sono spesso prodotti dalla società: ogni persona si trova in una determinata condizione di salute ma, di fronte ad un contesto ambientale sfavorevole, chiunque può andare incontro ad una condizione di disabilità.

Con la nuova classificazione tutte le patologie sono poste sullo stesso piano, indipendentemente dalla loro causa. Se una persona ha difficoltà a lavorare per motivi di salute, poco importa che la causa sia fisica, psichica o sensoriale: occorre invece intervenire sul contesto sociale, costituendo una rete di servizi di qualità che consentano di fatto di ridurre la disabilità.

Il 29 e il 30 ottobre 2008, il Consiglio d'Europa ha organizzato la conferenza *Proteggere e promuovere i diritti delle persone con disabilità in Europa: verso la piena partecipazione, l'inclusione e l'empowerment*. L'iniziativa nasce dalla nuova strategia sulla disabilità del Consiglio d'Europa – contenuta nella raccomandazione Rec(2006)5 – che si pone l'obiettivo di definire in ogni Paese membro un Piano d'Azione sulla Disabilità.

L'Italia è in ritardo sulla sua definizione, nonostante da più parti se ne sia sottolineata l'importanza, soprattutto per la possibilità di avere politiche complessive sul tema – e non azioni frammentarie, spesso contraddittorie tra loro – verificabili nel tempo e nei risultati (sull'attuale normativa in tema di invalidità, handicap, inserimento lavorativo si veda AA.VV., *Invalidità e handicap – Per gestire le problematiche di invalidi civili, ciechi e sordi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006).

Silvia Bruzzone

Avvocato del Foro di Genova – Consulente legale Associazione italiana sclerosi multipla*

4. Produttività del lavoro

Sgravio contributivo per incentivare la produttività di secondo livello: nuovo regime dal 1° gennaio 2008

Sommario: **4.1.** Sgravio contributivo per l'incentivazione dei contratti collettivi di secondo livello. – **4.2.** Le nuove regole per l'accesso al beneficio. – **4.3.** Modalità operative: procedure di acquisizione e trasmissione delle domande. – **4.4.** Considerazioni conclusive.

4.1. Il d.m. 7 maggio 2008 (in  indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*), in attuazione dell'art.1, comma 67, della l. 24 dicembre 2007, n. 247 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 1), ha introdotto – in via sperimentale per il triennio 2008-2010, a domanda delle aziende – una specifica ipotesi di sgravio contributivo finalizzata ad incentivare la produttività del lavoro.

Lo sgravio, la cui gestione è affidata all'Inps, anche con riferimento ai lavoratori iscritti ad altri enti previdenziali, potrà essere concesso nei limiti delle risorse stabilite dalla legge e pari a complessivi 650 milioni di euro annui.

Il decreto interministeriale in oggetto prevede la concessione, a decorrere dal 1° gennaio 2008, di uno sgravio contributivo sugli importi previsti dalla contrattazione collettiva aziendale e territoriale, ovvero di secondo livello, entro il limite del 3% della retribuzione contrattuale annua dei lavoratori. Così è ribadito anche dalla circ. Inps n. 82 del 6 agosto 2008 (in  indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*), che ha fornito i primi chiarimenti interpretativi sulla disciplina.

Il provvedimento, che inizialmente aveva carattere sperimentale, è stato prorogato, anche

* Le considerazioni esposte sono il frutto esclusivo del pensiero dell'Autore.

per il periodo 1° gennaio-31 dicembre 2009, dal decreto “anti-crisi” approvato dal Governo il 28 novembre 2008 (in *📖 Boll. Adapt*, 2008, n. 38) e contenente un pacchetto di interventi, per famiglie e imprese, diretti a riattivare i consumi nonché a potenziare le misure volte ad incentivare la produttività del lavoro. Il decreto in questione, oltre a prevedere, nell’ambito del mercato del lavoro, il rafforzamento e l’estensione delle risorse in materia di ammortizzatori sociali e la riassegnazione di risorse per formazione e occupazione, dispone la proroga della detassazione degli straordinari e dei premi di produttività, proprio al fine di incentivare la contrattazione di secondo livello. In particolare è raddoppiata la parte di reddito su cui applicare gli sgravi, che passa da 3 mila a 6 mila euro lordi l’anno con esclusivo riferimento al settore privato e per i titolari di reddito di lavoro dipendente non superiore, nell’anno 2008, a 35 mila euro, al lordo delle somme assoggettate nel 2008 all’imposta sostitutiva.

La nuova previsione legislativa introdotta con il d.m. 7 maggio 2008 ha segnato il passaggio da un sistema in cui l’agevolazione mirava alla riduzione dei costi contributivi su quegli elementi economici ulteriori – rispetto a quelli contrattuali che fossero previsti da una contrattazione integrativa e scaturiti da incrementi di produttività, redditività e competitività – ad un nuovo sistema in base al quale l’incentivo è attuato mediante una contribuzione ordinaria in misura ridotta rispetto al precedente contributo di solidarietà (sul provvedimento di detassazione di prestazioni aggiuntive e premi si veda per approfondimenti M. TIRABOSCHI, *Le misure sperimentali per l’incremento della produttività del lavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009).

L’intento del legislatore muove da esigenze della realtà economico-giuridica italiana e dai segnali di inadeguatezza della regolamentazione pattizia introdotta dal Protocollo del 23 luglio 1993. La necessità di una maggiore valorizzazione della contrattazione di secondo livello, ancorata altresì alla previsione di altri importanti interventi in materia di misure sperimentali per l’incremento della produttività del lavoro quali la detassazione dei premi di risultato (sul punto vedi ancora M. TIRABOSCHI, *op. cit.*), rimanda al problema degli effetti di una riarticolazione dei livelli della contrattazione sul radicamento sindacale e/o, viceversa, attiene alla capacità del “livello” aziendale di contrattazione di attribuire al sindacato un rinnovato ruolo nelle scelte di politica dei redditi (per i fondamenti teorici e per alcune ipotesi di ricaduta operativa di tale assunto si rinvia ai contributi di M. NAPOLI, *La riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in *q. Rivista*, 2003, n. 3, 353-361, P. SESTITO, *Perché e come decentrare la struttura della contrattazione in Italia*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 941-949, e P. ICHINO, *Che cosa non funziona nella centralizzazione del nostro sistema della contrattazione collettiva*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 950-956, tutti i contributi sono consultabili anche in I. SENATORI (a cura di), *Teoria e prassi delle relazioni industriali. Letture di diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè, Milano, 2008, Parte III, Sez. A, 391-416).

In particolare, ai sensi delle disposizioni contenute nel citato d.m. 7 maggio 2008, come chiarite nella circ. interpretativa dell’Inps n. 82/2008, per la determinazione del limite entro il quale è possibile fruire del nuovo sgravio contributivo assume rilevanza la «retribuzione contrattuale». Al riguardo, il termine “contrattuale” va ricondotto al significato onnicomprensivo, fornito dalla disciplina pattizia, della retribuzione quale obbligazione fondamentale del datore di lavoro e comprende quanto stabilito sia dai contratti individuali sia dai contratti e dagli accordi collettivi di lavoro (anche aziendali e territoriali, ovvero di secondo livello).

Per quel che attiene alla individuazione degli elementi che concorrono a determinare il limite massimo della retribuzione, il decreto precisa che tali componenti sono quelli imponibili ai sensi dell’art. 12 della l. n. 153/1969 (in *📖 indice A-Z*, voce *Retribuzione*), come modificato dal d.lgs. n. 314/1997 (in *📖 indice A-Z*, voce *Pari opportunità*) e suc-

cessive modifiche e integrazioni, pertanto per «retribuzione contrattuale» si deve intendere quella imponibile annua ai fini previdenziali.

Entro il tetto della retribuzione del lavoratore, come sopra individuato, la norma prevede la concessione di uno sgravio contributivo articolato entro il limite massimo di 25 punti dell'aliquota a carico del datore di lavoro (ove l'aliquota deve essere considerata al netto delle riduzioni contributive per assunzioni agevolate, mentre in agricoltura l'aliquota deve essere al netto delle agevolazioni per territori montani e svantaggiati) e totale sulla quota del lavoratore.

4.2. Per accedere allo sgravio contributivo, i contratti collettivi aziendali e territoriali, ovvero di secondo livello, devono essere stati sottoscritti dai datori di lavoro e depositati, a cura dei medesimi o dalle associazioni a cui aderiscono, presso le Direzioni provinciali del lavoro entro 30 giorni dalla data della loro stipulazione ovvero, per i contratti stipulati nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2008 e la data di entrata in vigore del decreto – e non già depositati – entro 30 giorni da quest'ultima data. Tali contratti devono prevedere, inoltre, erogazioni incerte nella corresponsione o nel loro ammontare e correlate a parametri atti a misurare gli aumenti di produttività, qualità ed altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati. Ai fini dell'accesso al beneficio, il decreto precisa che è sufficiente la sussistenza anche di uno solo dei predetti parametri (aumenti di produttività, qualità ed altri elementi).

Nel caso di contratti territoriali, qualora non risulti possibile la rilevazione di indicatori a livello aziendale, i criteri di erogazione da assumere saranno legati agli andamenti delle imprese del settore sul territorio.

Lo sgravio è, altresì, subordinato ad alcune condizioni quali il possesso, da parte del datore di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva (DURC, di cui all'art. 1, comma 1175, della l. n. 296/2006, in [☞](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*) nonché il rispetto, nell'anno solare di riferimento, dei trattamenti economici e normativi previsti dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 338/1989, convertito con modificazioni dalla l. n. 389/1989 (entrambi in [☞](#) indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*).

Sono escluse dal beneficio le pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), relativamente ai dipendenti pubblici per i quali la contrattazione collettiva nazionale è demandata all'ARAN.

L'accesso allo sgravio è possibile anche alle imprese di somministrazione per i lavoratori somministrati. In tale ipotesi occorre fare riferimento alla contrattazione collettiva di secondo livello sottoscritta dall'impresa utilizzatrice o dalle organizzazioni cui essa aderisce. Si risolve, così, la questione relativa all'applicabilità, a tali agenzie, dei benefici contributivi previsti per i premi di risultato stabiliti nei contratti collettivi aziendali, territoriali ovvero di secondo livello.

Dal complesso dell'impianto legislativo emerge che, per l'accesso al beneficio, è vincolante il deposito – presso la Direzione provinciale del lavoro competente – degli accordi sottoscritti dai datori di lavoro. In assenza di tale deposito, i contratti collettivi aziendali e territoriali, ovvero di secondo livello, non possono essere ammessi allo sgravio contributivo. Vi è di più. Se il contratto di secondo livello prevede anche alcune clausole che stabiliscono l'esclusione (ovvero l'onnicomprensività, ove possibile) di alcuni emolumenti retributivi dalle incidenze sulle retribuzioni indirette e/o differite, il deposito del contratto deve essere effettuato presso gli enti previdenziali, assistenziali e assicurativi.

4.3. Ai fini dell'ammissione allo sgravio, i datori di lavoro, anche per il tramite dei consulenti del lavoro e degli altri soggetti abilitati di cui all'art. 1 della l. n. 12/1979 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Libro unico del lavoro*), a decorrere dal 31 luglio 2008, devono inoltrare, esclusivamente in via telematica, apposita domanda all'Inps, anche con riferimento ai lavoratori iscritti ad altri enti previdenziali, secondo le modalità determinate dallo stesso istituto.

La domanda deve contenere i dati identificativi dell'azienda nonché le date di sottoscrizione e deposito del contratto di secondo livello. A tale proposito l'Inps nella circ. n. 82/2008 ha precisato che per i contratti territoriali sottoscritti e depositati entro il 31 dicembre 2007 può essere indicata, convenzionalmente, tale data. Nella guida operativa allegata alla citata circolare viene precisato, altresì, che occorre fornire anche altre informazioni quali la dichiarazione di sottoscrizione di un contratto collettivo aziendale o di secondo livello ovvero adesione a un contratto territoriale. Ulteriori elementi riguardano l'indicazione della validità temporale del contratto collettivo, il luogo di deposito del contratto, l'ammontare annuo (massimo per 2008, 2009 e 2010) delle erogazioni variabili (entro il limite massimo del 3% della retribuzione contributiva dei lavoratori interessati) che si prevede possano essere ammesse allo sgravio, il numero dei lavoratori interessati, l'ammontare dello sgravio spettante al datore di lavoro (massimo 25% dei contributi previdenziali e assistenziali a suo carico) distinto da quello a favore del lavoratore e indicazione dell'ente previdenziale al quale sono versati i contributi pensionistici.

L'ammissione al beneficio avverrà con cadenza periodica e nel rispetto dei seguenti criteri di priorità:

- prima verranno vagliate le istanze relative ai contratti aziendali o territoriali stipulati e depositati alla data del 31 dicembre 2007, seguendo l'ordine cronologico di inoltro della domanda;
- successivamente, verranno esaminate le istanze relative ai contratti aziendali e territoriali stipulati e depositati dal 1° gennaio 2008, seguendo l'ordine cronologico di inoltro della domanda;
- nel caso di domanda plurima, contenente più contratti aziendali, e qualora essa non dovesse trovare interamente capienza nelle risorse finanziarie disponibili, l'Inps procederà ad ammettere le istanze il cui contratto aziendale risulti stipulato e depositato in epoca più remota.

Al momento si è in attesa della graduatoria dell'Inps relativa all'applicazione del beneficio previa verifica da parte dell'Istituto del possesso dei requisiti di regolarità contributiva che saranno accertati (d'ufficio) secondo la procedura contenuta nella circ. Inps n. 51/2008 e nel messaggio Inps n. 14521/2008 (DURC interno e dichiarazione di responsabilità, entrambi i documenti sono reperibili in [☞](#) indice A-Z, voce *Durc*).

A tutte le domande trasmesse, sia singolarmente che tramite flusso, è assegnato dalla procedura un numero di protocollo informatico che reca la stessa data ed ora di trasmissione. Per le aziende che, nonostante l'abrogazione dell'art. 2, d.l. 67/1997 (l. n. 135/1997, in [☞](#) indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*), hanno continuato ad applicare la decontribuzione, il d.m. 7 maggio 2008 prevede (come anticipato dall'Inps con messaggio 9 aprile 2008, n. 8312, in [☞](#) indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*) che le stesse possono regolarizzare la propria posizione contributiva senza oneri aggiuntivi mediante compensazione con le somme eventualmente spettanti in base alle nuove regole.

4.4. I provvedimenti adottati negli ultimi mesi dal Governo, nonché le recenti misure contenute nel citato decreto "anti-crisi" si collocano nel segno dell'economia sociale di mercato, sulla base di un'idea di decontribuzione quale leva strategica che permette di facilitare il processo di decentramento della contrattazione la quale – seppur da più parti auspicato – è ancora in fase di attuazione ed è lungi dalla piena realizzazione nel nostro Paese, posto che la contrattazione centralizzata in Italia comprime la struttura salariale, impedendo al salario di riflettere differenziali di produttività e condizioni del mercato del lavoro fra diverse regioni (cfr. per tutti D. BLANCHFLOWER, A. OSWALD, *The Wage Curve*, MIT Press, 1994). In Italia, infatti, solo un terzo delle imprese di piccole e medie dimensioni attua una contrattazione cosiddetta di "secondo livello" (per un quadro più dettagliato in termini percentuali della situazione italiana e della tendenza che sembra indicare una perdita di importanza della contrattazione di secondo livello si veda G.

D'ALOIA, *Italia-Europa: salari, prezzi, produttività e l'effetto dimensione d'impresa*, I-res-Cgil, 2007. Per ulteriori dati e tabelle comparate cfr. M. TIRABOSCHI, *Relazioni industriali decentrate*, in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2008, n. 19).

Rilevanti per il tema in esame sono anche le disposizioni contenute nel d.l. n. 93/2008 convertito nella l. n. 126/2008 e relative ad alcune ulteriori misure sperimentali per incentivare la produttività. In particolare, la circolare della Agenzia delle Entrate di concerto con il Ministero del lavoro del 22 ottobre 2008 n. 59/E ha fornito ulteriori chiarimenti e precisazioni sull'applicazione della normativa introdotta dal citato decreto, ampliandone il campo di applicazione e introducendo concessioni che la precedente circ. n. 49/E della stessa Agenzia delle Entrate, almeno dal punto di vista interpretativo, aveva inizialmente escluso (la documentazione è consultabile in [📖](#) indice A-Z, voce *Produttività del lavoro*). La precisazione più importante riguarda il fatto che rientrano nella misura agevolativa dell'imposta sostitutiva del 10% anche tutte le somme complessivamente erogate per prestazioni di lavoro straordinario, supplementare, rese in funzione di clausole elastiche o flessibili nell'ambito del part-time, purché abbiano come obiettivo incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa e altri elementi di produttività e redditività legati all'andamento dell'impresa.

In realtà il mondo imprenditoriale, se da un lato accoglie con favore i provvedimenti fiscali per incrementare la produttività, dall'altro chiede al Governo che tali misure di decontribuzione e detassazione divengano strutturali e siano aumentate per favorire davvero, dal punto di vista concreto, una "significativa" agevolazione economica che possa permettere maggiori investimenti e condurre ad una maggiore competitività delle nostre aziende sui mercati mondiali.

In ogni caso, la previsione del nuovo sgravio contributivo dovrebbe avere l'effetto, per le ipotesi in cui sarà applicato, di abbassare il costo del lavoro e determinare parallelamente un aumento del salario netto dei dipendenti. La misura permetterebbe, inoltre, di riportare in superficie il sommerso, che oggi è in larga misura lavoro a bassa produttività; almeno una parte di questo, la più efficiente, potrebbe essere indotta ad emergere da significative riduzioni del cuneo fiscale.

Tali provvedimenti, che trovano d'accordo Governo e parti sociali, viaggiano nella direzione di una diversa visione del nostro sistema di relazioni industriali e verso una nuova stagione della struttura della contrattazione collettiva che trova i suoi prodromi nel recente documento unitario (*Linee di riforma della struttura della contrattazione*) elaborato in materia dalle tre principali confederazioni sindacali dei lavoratori Cgil, Cisl e Uil il 7 maggio 2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Contrattazione collettiva*) e nel documento dal titolo *La riforma della struttura della contrattazione: il documento sulle linee di riforma della struttura della contrattazione* del 10 ottobre 2008 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2008, n. 31). La logica di base, confermando l'opportunità che vengano incrementate e rese strutturali le scelte operate con il Protocollo sul Welfare del 23 luglio 2007 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Welfare*), attuate con il d.m. 7 maggio 2008, e gli interventi normativi di cui all'art. 2 del d.l. n. 93/2008, convertito nella l. n. 126/2008, sopra richiamati, è sviluppare un sistema di relazioni industriali che attribuisca un ruolo fondamentale alla contrattazione decentrata, al fine di superare la logica di contrapposizione meramente conflittuale per giungere ad un coinvolgimento nella gestione delle relazioni sindacali e contrattuali. L'obiettivo è avere un sistema di relazioni industriali che, da un lato, rappresenti un fattore di competitività e non uno strumento di vincolo all'iniziativa economica e, dall'altro, realizzi un sistema "regolato" di relazioni fra le parti.

Roberta Caragnano

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

5. Sciopero

Diritto di sciopero ed eccezione di inadempimento

Sommario: **5.1.** Posizione del problema. – **5.2.** Spazi e limiti per il ricorso alla eccezione di inadempimento.

5.1. In relazione ai casi, sempre più numerosi, di astensione collettiva dal lavoro a seguito del ritardato pagamento delle retribuzioni dovute ai lavoratori, la Commissione di Garanzia ha sin qui ritenuto applicabile, senza alcuna eccezione, la l. n. 146/1990 e successive modifiche e integrazioni (in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*). In almeno due delibere (n. 342/1998 e n. 10 del 12 gennaio 2005, in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*) la Commissione ha infatti precisato che «il ritardo nel pagamento degli stipendi, o di altri emolumenti, non è, di per sé, una motivazione tale da esimere le organizzazioni sindacali ed i lavoratori dal rispetto della legge n. 146/1990». Della gravità dell'inadempimento datoriale potrà semmai «essere tenuto conto, da parte della Commissione, nella valutazione del comportamento delle parti ai sensi dell'articolo 4, comma 4-*quater* della legge n. 146/1990».

Questa impostazione è stata recentemente contestata da alcuni gruppi di lavoratori (vedi le delibere di apertura di procedimento di valutazione n. 08/266 e n. 08/267 del 2008, in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*), che, a fronte di un ritardo nella corresponsione delle retribuzioni, hanno *espressamente* inteso qualificare il loro comportamento in termini di eccezione di inadempimento, in applicazione di quanto disposto e previsto dall'art. 1460 c.c. Ciò sul presupposto che il richiamo al principio civilistico della eccezione di inadempimento non comporterebbe, a parere dei lavoratori, la perdita della retribuzione al contrario di quanto si verifica nel caso di azione di sciopero.

Invero, nell'unico precedente che risulta, la Corte di Cassazione, pur avendo ammesso la legittimità del ricorso allo strumento civilistico di cui all'art. 1460, ha parificato le conseguenze pratiche del ricorso alla eccezione di inadempimento allo sciopero, disponendo anche in questo caso per la perdita della retribuzione nel periodo di astensione dal lavoro: «il rifiuto, da parte del lavoratore, della prestazione lavorativa in caso di inadempimento o di ritardo del datore di lavoro nell'adempimento retributivo, visto nell'ambito della eccezione di inadempimento, costituisce una forma di tutela volontariamente scelta dal contraente adempiente in sostituzione della normale tutela giurisdizionale che, mentre non fa venir meno il diritto al risarcimento del danno subito per il ritardo nella corresponsione della retribuzione, esclude che il lavoratore abbia diritto ad alcunché, sia pure a titolo di risarcimento del danno, per la perdita della retribuzione nel periodo di astensione lavorativa» (Cass. 9 novembre 1981, n. 5940).

L'unico precedente della Corte di Cassazione in materia è tuttavia assai risalente nel tempo per poter trarre delle solide conclusioni in una materia che tocca, indubbiamente, i diritti della persona, costituzionalmente tutelati, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990 e successive modifiche e integrazioni, ma anche, e in posizione certo non subordinata, il diritto costituzionale del prestatore di lavoro a una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.). Per un verso, infatti, il precedente della Corte di Cassazione, che legittima l'autotutela individuale del prestatore di lavoro alla stregua del principio civilistico della eccezione di inadempimento, è antecedente all'intervento del legislatore in materia di esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. Così come è però vero, per altro verso, che nulla esclude, sul piano pratico, un (futuro) diverso indirizzo della Corte di Cassazione in punto di perdita della retribuzione in caso di astensione dal lavoro qualificata non come sciopero quanto, appunto, come eccezione di inadempimento.

Per impostare correttamente il problema, che involge rilevanti interessi e diritti di rango costituzionale, occorre allora rifuggire dall'impiego *a contrario*, da parte della Commissione, di una «tecnica definitoria», volta a porre limiti interni alla nozione di sciopero, da tempo superata tanto in dottrina che in giurisprudenza.

Invero, a quanti qualificano meccanicamente l'astensione dal lavoro a seguito del ritardato pagamento della retribuzione come «sciopero», in quanto azione concertata dal lavoro per la tutela di un interesse professionale collettivo (secondo la nota definizione di Francesco Santoro Passarelli), si potrebbe replicare (sempre utilizzando la nota elaborazione di Francesco Santoro Passarelli) che le controversie giuridiche, a differenza di quelle economiche, non possono essere sottratte alla potestà giurisdizionale dello Stato, cui sono naturalmente soggette. Seguendo questa linea di ragionamento, trattandosi di un diritto retributivo già maturato e per di più di rilevanza costituzionale, sarebbe pertanto da escludere la legittimità (o quantomeno l'obbligatorietà) della «azione diretta» (leggasi sciopero), sen non «dentro i limiti del principio di diritto comune *inadimplenti non est adimplendum*», ammissibile invece per la sola modificazione della vigente disciplina di lavoro ovvero per la formulazione di una nuova disciplina collettiva (F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1973, qui 54).

Così ragionando, tuttavia, si finirebbe, in un senso o nell'altro, per riproporre l'impiego di una classica «tecnica definitoria», presentando cioè come mera operazione qualificatoria (si applica/non si applica la l. n. 146) una vera e propria operazione normativa: si dice ciò che lo sciopero è, ma, in realtà, si dice ciò che deve essere (G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2006, 238). Eppure, come chiaramente statuito dalla Corte di Cassazione (nella nota sentenza 30 gennaio 1980, n. 711) sia l'art. 40 sia gli artt. 15 e 28 Stat. lav. – e ora anche la l. n. 146/1990 – «non definiscono direttamente lo sciopero, il cui significato, anche agli effetti giuridici, è quindi quello che la parola, ed il concetto ad essa sotteso hanno nel comune linguaggio adottato nell'ambiente sociale».

L'analisi comparata conferma quanto sin qui rilevato posto che, in un numero rilevante di ordinamenti, la sospensione della attività lavorativa per mancata corresponsione delle retribuzioni non rientra (necessariamente) nella nozione legale o giurisprudenziale di sciopero.

Così è per esempio, in assenza di una espressa disposizione di legge, in Svezia. In Germania, per contro, il § 273 del BGB legittima espressamente il ricorso alla eccezione di inadempimento sia in caso di mancato pagamento delle retribuzioni sia, più in generale, quale risposta all'inadempimento da parte del datore di lavoro di altri obblighi nascenti dal contratto (esempio l'obbligo di sicurezza), salvo che non si tratti di questioni di ordine puramente secondario. Diversa è la situazione presente in Francia, dove però la giurisprudenza non esita a riconoscere che, in caso di sciopero per mancato pagamento della retribuzione, il prestatore di lavoro non perde il diritto alla remunerazione per il giorno (o i giorni) di astensione dal lavoro (si veda, al riguardo, la rassegna in V. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2004, qui 256-257).

5.2. Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate non si può pertanto aprioristicamente escludere, in assenza di un intervento sindacale diretto o di una proclamazione di sciopero, che un gruppo di lavoratori possa qualificare deliberatamente la propria astensione dal lavoro richiamandosi non al diritto (e alla correlativa tutela) costituzionale di sciopero, ma, più semplicemente, e anche in vista di una (possibile) posizione giuridica più favorevole (leggasi mancata perdita della retribuzione), ai principi civilistici della eccezione di inadempimento per ottenere la tutela di un diritto costituzionale già pienamente maturato senza alcuna intenzione di muoversi, sul piano tradizionale delle relazioni industriali, per la modifica o il miglioramento delle condizioni normative e retributive di lavoro.

Sarebbe del resto paradossale, nel bilanciamento dei diversi interessi in gioco, che, per tutelare i diritti di terzi, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 146/1990, venisse compresso unicamente il diritto costituzionale del prestatore di lavoro, lasciato così privo (talvolta per un numero rilevante di mesi) del necessario sostentamento vitale, a fronte di un comportamento palesemente inadempiente del soggetto erogatore del servizio pubblico essenziale.

Ciò è del resto quanto riconosce, pur entro limiti ben definiti, lo stesso legislatore italiano con riferimento alla legittimità del ricorso alla autotutela in caso di pericolo grave e immediato per la tutela della salute e la sicurezza sul lavoro.

È pur vero, infatti, che il comma 7 dell'art. 2 della l. n. 146/1990 dispone un regime agevolato, in punto di preavviso minimo e indicazione della durata, per azioni collettive di «protesta per gravi eventi lesivi dell'incolumità e della sicurezza dei lavoratori». Ma ciò vale solo nella ipotesi in cui i lavoratori intendano ricorrere all'esercizio del diritto di sciopero per «protesta» rispetto a un interesse collettivo alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, fermo restando che, sul piano civilistico della eccezione di inadempimento, resta pur sempre valido il diritto dei prestatori di lavoro – ora sancito nel d.lgs. n. 81/2008, ma già espressamente contemplato nell'art. 14 del d.lgs. n. 626/1994 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro*) – di rifiutare l'adempimento della prestazione lavorativa in caso di «pericolo grave e immediato» con ciò superando in radice l'impostazione della l. n. 146/1990 e, segnatamente, l'obbligo, implicito nel comma 7 dell'art. 2, delle prestazioni indispensabili. L'art. 44 del d.lgs. n. 81/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro*), rubricato *Diritti dei lavoratori in caso di pericolo grave e immediato*, dispone infatti che il lavoratore, come singolo o come gruppo organizzato, «che in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato, si allontana dal posto di lavoro o da una zona pericolosa, non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa» (cfr. A. CORVINO, *Diritti del lavoratore in caso di pericolo grave e immediato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 473 ss.).

Tale facoltà di astensione dalla esecuzione di prestazioni che possano rivelarsi rischiose per la tutela della salute e sicurezza del lavoratore comporta, inevitabilmente, un giudizio prognostico circa la pericolosità delle prestazioni stesse e quindi sull'inadempimento datoriale dell'obbligo di garanzia.

La giurisprudenza intervenuta in materia ha peraltro più volte evidenziato come occorra valutare la situazione di pericolo non dal mero punto di vista oggettivo, rilevando anche l'elemento soggettivo, che potrebbe indurre il lavoratore in errore, colpevole o meno, circa la effettiva sussistenza di una situazione di fatto idonea a giustificare il comportamento tenuto. Altra giurisprudenza, nel bilanciamento degli interessi in gioco, ha peraltro anche precisato che «atteso che la sicurezza del lavoratore costituisce un bene di rilevanza costituzionale (art. 41 comma 2 che espressamente impone limiti all'iniziativa privata per la sicurezza) che impone – a chi si avvalga di una prestazione lavorativa eseguita in stato di subordinazione anteporre al proprio (legittimo) profitto – la sicurezza di chi tale prestazione esegua, adottando ogni cautela che lo specifico contesto lavorativo richieda» (Cass. 30 agosto 2004 n. 17314).

Ed è in questa direzione che si propone ora di ricercare la soluzione del problema della qualificazione della astensione dal lavoro in caso di mancato adempimento della prestazione retributiva da parte del datore di lavoro, ammettendo cioè, pur entro precisi limiti, anche il ricorso al principio della eccezione di inadempimento, ciò almeno nei casi in cui siano gli stessi lavoratori a segnalare di volersi sottrarre dal diverso percorso di autotutela di cui all'art. 40 Cost.

Esclusa una aprioristica e meccanica qualificazione del comportamento di autotutela, compito della Commissione dovrebbe pertanto essere, nei casi in esame, quello di pervenire a un equo bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco. Utile, in questa prospettiva, è la giurisprudenza che si è sviluppata proprio sul ricorso alla eccezione di inadempimento in caso di pericolo grave e immediato per la salute e sicurezza delle persone.

Significativa, tra le altre, è la sentenza della Corte di Cassazione 7 novembre 2005, n. 21479, secondo cui: «nei contratti a prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento con l'inadempimento dell'altra, occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti non soltanto in riferimento all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma anche in relazione ai rapporti di causalità e di proporzionalità di tali inadempienze rispetto alla funzione economico-sociale del contratto al fine di stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenendo presente che va, in primo luogo, accertata la sussistenza della gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore perché quando questo non è grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede e, quindi, non è giustificativo». Secondo questa sentenza della Corte di Cassazione va inoltre aggiunto che «il requisito della buona fede previsto dall'art. 1460 c.c. per la proposizione dell'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*" sussiste quando nella comparazione tra inadempimento cronologicamente anteriore e prestazione corrispettiva rifiutata, il rifiuto sia stato determinato non solo da un inadempimento grave, ma anche da motivi corrispondenti agli obblighi di correttezza che l'art. 1175 c.c. impone alle parti in relazione alla natura del contratto e alle finalità da questo perseguite. In particolare con riferimento al contratto di lavoro l'ipotesi del sopravvenuto venir meno in modo totale o parziale della prestazione lavorativa tale da giustificare il licenziamento ex art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300 [in [📖](#) indice A-Z, voce *Fonti*] per giusta causa o per giustificato motivo ai sensi dell'art. 3 legge 15 luglio 1966 n. 604 [in [📖](#) indice A-Z, voce *Licenziamento individuale*] non è ravvisabile se il mancato o non completo adempimento del lavoratore trova giustificazione nella mancata adozione da parte del datore di lavoro delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore di lavoro è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità fisica o psichica del prestatore di lavoro e se quest'ultimo prima dell'inadempimento secondo gli obblighi di correttezza informa il datore di lavoro circa le misure necessarie da adottare a tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, sempre che tale necessità sia evidente o comunque accertabile o accertata».

La legittimità del comportamento dei lavoratori, e dunque la validità del richiamo al principio civilistico della eccezione di inadempimento, potrebbe pertanto essere valutata in funzione della gravità e/o sistematicità del ritardo nella corresponsione delle retribuzione, anche in considerazione dello specifico settore di riferimento e della entità dei trattamenti retributivi, scaricando semmai sul datore di lavoro (e non sul prestatore di lavoro) eventuali responsabilità per il danno causato agli utenti dei servizi essenziali.

Un siffatto orientamento risponde a molteplici esigenze legate non solo alla opportunità di evitare di fare ricadere – in modo invero assai poco equo – sui prestatori di lavoratori, a cui viene negato il diritto al sostentamento vitale, le conseguenze del comportamento del soggetto erogatore del servizio pubblico essenziale. Trattandosi, di regola, di appalti di servizi a favore di soggetti pubblici (specie nel settore dell'igiene ambientale), la mancata erogazione del servizio potrebbe del resto operare come strumento di coazione psicologica sul responsabile della erogazione del servizio stesso che diventerebbe responsabile del disservizio di fronte alla opinione pubblica.

Ciò, invero, potrebbe anche consentire di superare quella finzione, che ha dato luogo a non poche incertezze interpretative e a repentini mutamenti di indirizzo in seno alla Commissione, che impone di aprire il procedimento di valutazione per poi giungere ine-

vitabilmente a chiuderlo, stante le motivazioni del conflitto, senza delibera di valutazione negativa.

È sufficiente ricordare, al riguardo, che la Commissione era inizialmente orientata a qualificare la «particolare gravità» dell'inadempimento a fronte di periodi assai considerevoli di ritardo nella corresponsione delle retribuzioni (i sedici mesi di cui alla delibera n. 98/342 del 18 giugno 1998) per poi giungere, più recentemente, alla decisione di astenersi dalla valutazione negativa a fronte di ritardi anche di pochissimi mesi.

Non si spiegherebbe del resto la coerenza di un diverso orientamento con quanto già deliberato dalla Commissione in materia di rifiuto da parte dei prestatori di lavoro, intesi collettivamente, di prestazioni di lavoro straordinario. Si vedano, al riguardo, le *Linee guida per le valutazioni di comportamento (deliberate dalla Commissione e inserite nella Relazione sul periodo 1996-1997)*. Al punto 4.2.4. si legge infatti: «la Commissione ritiene che nei servizi pubblici essenziali l'astensione dallo straordinario legittimamente richiesto costituisca sciopero e, quindi, ad essa si applichino le regole sul preavviso, sulla indicazione della durata massima dello sciopero e sulla garanzia delle prestazioni indispensabili. La Commissione ritiene che la dedotta illegittimità della richiesta possa determinare la sottrazione dell'astensione collettiva dal lavoro straordinario dall'area di applicabilità della l. n. 146/1990 soltanto nel caso in cui l'astensione sia specificatamente motivata quale reazione alla richiesta dello stesso lavoro straordinario, configurandosi in tal caso non una forma di sciopero, *ma un rifiuto collettivo di prestazioni giudicate non dovute*» (in questo senso vedi anche, tra le altre, la delibera n. 97/136 del 6 febbraio 1997, in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*).

E ancora recentemente, con delibera n. 03/107 del 19 giugno 2003 (in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*), la Commissione ha ammesso astensioni collettive dal lavoro non riconducibili al diritto di sciopero e ai relativi limiti. In questa delibera si legge infatti: «la Commissione di garanzia ha costantemente considerato sciopero l'astensione dal lavoro straordinario quando esso è "legittimamente richiesto", reputando altresì dirimente la qualificazione del rifiuto di prestazioni straordinarie come forma di astensione ovvero come somma di rifiuti individuali di prestazioni lavorative ritenute non dovute» (cfr. delibera n. 97/136; delibera n. 02/34; delibera n. 02/76, tutte).

Non si vede pertanto come la Commissione possa consentire l'autoqualificazione del rifiuto di prestazioni straordinarie e non invece l'autoqualificazione della astensione dalla prestazione di lavoro a fronte della mancata corresponsione del diritto, di rilevanza costituzionale, alla retribuzione. Ciò ovviamente a condizione che il rifiuto della prestazione sia effettivo e cioè non intermittente, a discrezione dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte (vedi ora, in questo senso, la delibera n. 08/518 del 20 ottobre 2008 della Commissione, in [☞](#) indice A-Z, voce *Sciopero*, secondo cui, «per integrare la fattispecie della eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., il rifiuto della prestazione non potrebbe essere intermittente e a scelta dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte e nel caso in esame è stata constatata una continuità sino al pagamento delle retribuzioni»).

Michele Tiraboschi

Professore ordinario di diritto del lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

6. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

La vigilanza ispettiva dell'Inps

Sommario: **6.1.** Quadro generale sul nuovo ruolo degli ispettori Inps. – **6.2.** Titolari, soci e collaboratori familiari di imprese artigiane e commerciali. – **6.3.** Lavoro parasubordinato. – **6.4.** Il rapporto di lavoro associativo. – **6.5.** Conseguenze dell'omessa comunicazione di variazione di attività.

6.1. Il principio ispiratore alla base delle nuove norme in materia di servizi ispettivi, come sottolineato dalla direttiva del Ministro Sacconi del 18 settembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2008, n. 27) è quello di orientare l'attività degli ispettori prevalentemente sulle violazioni sostanziali e non su quelle puramente formali.

Senza ombra di dubbio l'attività deve focalizzarsi in primo luogo sul lavoro sommerso, e su altri numerosi e complessi fenomeni di rilevante gravità come, ad esempio, la sicurezza sui luoghi di lavoro, la somministrazione e l'appalto illecito, il lavoro extracomunitario, il rispetto delle norme in materia di collocamento obbligatorio. Tuttavia, per quanto concerne le attività specifiche degli Ispettori Inps l'indagine deve tener conto anche dell'elusione contributiva che di fatto ha un campo d'azione molto vasto. Basti pensare, a titolo esemplificativo, al fenomeno delle false prestazioni in agricoltura, ai rapporti di lavoro in edilizia dove si annidano rapporti part-time solo formali, alle ipotesi di lavoro straordinario non dichiarato oppure alla corretta qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro come per le collaborazioni a progetto (sempre più spesso fittizie nelle cooperative di produzione e lavoro) o per gli associati in partecipazione che beneficiano della applicazione di un'aliquota contributiva più favorevole rispetto a quella applicata per i lavoratori dipendenti. E ancora, le ispezioni possono coinvolgere soci di imprese commerciali ed artigiane nonché eventuali collaboratori familiari, che pur avendo i requisiti richiesti dalla legge, non si iscrivono alle apposite Gestioni Speciali. Le verifiche Inps possono poi riguardare il corretto inquadramento aziendale non in linea con le disposizioni di legge e dell'Istituto previdenziale, gli appalti, con le gravi ricadute contributive in tema di obbligazione solidale, ovvero ancora le prestazioni indebitamente percepite (ad esempio indennità di malattia ed assegni familiari). Si ritiene, poi, che anche gli Ispettori Inps dovrebbero porre particolare attenzione alla "bontà" dei contratti a contenuto formativo (apprendistato e contratto di inserimento) nonché a quei rapporti legati ad agevolazioni contributive derivanti dalla applicazione degli ammortizzatori sociali. Stesso discorso va fatto anche nel caso di lavoratori che percepiscono trattamenti assistenziali, assicurativi o previdenziali si lascino occupare "in nero" presso datori di lavoro conniventi. Su queste basi e tenendo conto del nuovo spirito che deve accompagnare l'indagine ispettiva secondo le indicazioni ministeriali, appare di seguito opportuno ripercorrere, alla luce anche degli orientamenti giurisprudenziali ad essi legati, alcuni dei numerosi campi di indagine affrontati dagli Ispettori dell'Istituto previdenziale.

6.2. L'obbligo assicurativo, per le imprese artigiane è in capo ai soggetti che esercitano la loro attività con carattere di professionalità, svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo inteso nel suo complesso, quale insieme unitario di fasi organizzate, dirette e gestite dai soci stessi. Devono, ad esempio, considerarsi estrinsecazioni del processo produttivo la trasformazione e l'utilizzo di materie prime e semilavorati, l'approvvigionamento, l'acquisizione di commesse, la direzione commerciale, i rapporti con il mercato, le attività di commercializzazione, l'attività per il funzionamento di macchinari, impianti e sistemi, le analisi di fattibilità, la progettazione, l'ideazione, ecc. Tutte queste attività sono tra loro coordinate dall'attività di organizzazione, direzione, pianificazione e gestione dell'imprenditore artigiano mentre il requisito

della manualità va valutato in relazione alla natura dell'attività svolta e può esplicarsi in senso materiale e tradizionale ovvero come partecipazione tecnica ed operativa. Sono obbligati all'iscrizione nella Gestione Speciale anche i familiari coadiuvanti che prestino la loro opera nell'impresa in maniera abituale e prevalente, e che non siano assicurabili come lavoratori dipendenti o apprendisti. Per quanto concerne, invece, l'attività terziaria, sono tenuti ad iscriversi alla Gestione Commercianti presso l'Inps quei soggetti che sono titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero i familiari coadiutori preposti al punto di vendita, a condizione che per tale attività non siano soggetti all'assicurazione generale come i lavoratori dipendenti. La l. 23 dicembre 1996, n. 662 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Pubblico impiego*), come è noto, realizza una estensione dell'obbligo assicurativo presso la Gestione Commercianti Inps ai soci delle società a responsabilità limitata di imprese commerciali. Nel dettaglio trattasi di società che sono organizzate o/e dirette prevalentemente con il lavoro dei soci e dei loro familiari i quali partecipano al lavoro aziendale (in cui rientrano sia l'attività esecutiva, ad esempio vendita dei prodotti, sia quella di organizzazione e di direzione) con carattere di abitualità e prevalenza. Di conseguenza, tali soggetti sono obbligati a versare sui redditi di impresa (prodotti quali soci lavoratori delle società) la contribuzione prevista per gli esercenti attività commerciali.

6.3. Non sono pochi i rapporti fittizi in materia di lavoro parasubordinato nonostante gli sforzi della Riforma Biagi e le numerose verifiche ispettive effettuate. In diversi casi i progetti si sono rivelati esclusivamente formali e le attività lavorative sono risultate caratterizzate dall'assenza di autonomia in quanto il coordinamento è quasi sempre sfociato in un vero potere direttivo e gerarchico. Il d.lgs. n. 276/2003 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Riforma Biagi*) stabilisce, come è noto, che il progetto deve consistere in un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente legata ad un risultato determinato e tangibile a cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione (in tal senso i segmenti dell'attività organizzata del committente devono essere ben identificati e definiti tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello temporale a cui inerisce un chiaro risultato finale).

Ma come fanno gli ispettori ed i giudici a decidere se un rapporto di lavoro è autonomo o subordinato? È possibile prendere come guida la sentenza n. 9812/2008 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) della Corte Cassazione, che dichiara la natura subordinata di un certo numero di rapporti di lavoro sorti, *ab origine*, come autonomi. Un'impresa, avente ad oggetto la fornitura di servizi al settore pubblicitario, si avvale della collaborazione di un certo numero di telefoniste e segretarie, titolari di un rapporto di collaborazione. L'accertamento ispettivo fa emergere al contrario la natura, di fatto, subordinata del rapporto di lavoro e così l'impresa è tenuta al pagamento dei contributi evasi, delle sanzioni e degli accessori. Il ricorso dell'impresa al Tribunale è vincente, ma il successivo giudizio in Corte di Appello riconosce per la gran parte del personale coinvolto il carattere subordinato delle prestazioni lavorative. Le conclusioni della citata sentenza della Cassazione appaiono utili in due direzioni in quanto da un lato aiutano a comprendere come si articola il ragionamento giurisprudenziale e dall'altro consentono due richiami, uno implicito e l'altro esplicito, utili per la identificazione della natura subordinata del rapporto di lavoro. La sentenza chiarisce, inoltre, anche il valore, in sede processuale, delle testimonianze rese al personale ispettivo. Il richiamo implicito – che la sentenza sottintende – è che i giudici non si lascino ingannare dalla definizione del contratto data dalle parti. Il *nomen juris* dato al contratto, autonomo o subordinato, è soltanto indicativo, ma non determinante, della vera natura del rapporto. Quest'idea è espressa molto chiaramente nel codice civile all'art. 1362, in cui si afferma che «Nell'interpretare il contratto

si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto». È significativo il richiamo del codice al comportamento delle parti successivo alla stipula del contratto. Se ad esempio il personale ispettivo si imbatte in un contratto a progetto che riporta – come richiede la legge – la specifica descrizione di un valido progetto, ma poi risulta che il collaboratore esegue prestazioni differenti da quelle previste, allora il contratto può essere immediatamente convertito in rapporto subordinato, così come impone il d.lgs. n. 276/2003 all'art. 69. Il richiamo esplicito della sentenza in esame è illuminante circa la maniera, che si potrebbe definire logico-deduttiva, con la quale i giudici arrivano a determinare la natura autonoma o subordinata di un rapporto di lavoro. Dalla sentenza si evince come la Suprema Corte elabori le sue motivazioni prendendo le mosse da un'affermazione di principio, in base alla quale gli elementi che definiscono la natura subordinata di un rapporto di lavoro sono: «l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale». Si tratta di elementi in un certo qual modo astratti, ai quali non è possibile associare specifiche e concrete circostanze. Pertanto è compito del giudice valutare i sintomi dell'assoggettamento del lavoratore e del suo inserimento in azienda; se ad esempio il collaboratore osserva lo stesso orario di lavoro di tutto il restante personale, certo questo non prova da solo la natura subordinata del rapporto, ma se, oltre a ciò, risulta che tale collaboratore non è neanche libero di assentarsi senza il consenso del committente, allora vi sono due circostanze concorrenti dalle quali è ravvisabile una ipotesi di subordinazione. Ulteriori elementi indicativi circa l'esistenza di un rapporto subordinato individuati nella sentenza sono: l'assenza del rischio di impresa (ed infatti il collaboratore è tenuto ad un risultato produttivo, mentre il dipendente è tenuto all'impegno lavorativo), le modalità di erogazione della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore del lavoro. Per quanto, infine, concerne la prova testimoniale resa dal lavoratore al personale ispettivo, questa conserva la sua validità anche se non viene confermata in giudizio e a nulla vale sostenere che il dipendente potrebbe aver cambiato idea. L'accertamento ispettivo infatti si basa su elementi tra loro coerenti e che mirano congiuntamente ad una rappresentazione dei rapporti tra le parti immune da contraddizioni.

Vale la pena ricordare anche la sentenza n. 21031 del 1° agosto 2008 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*), con cui la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto la natura subordinata della prestazione lavorativa affermando il principio secondo il quale la messa a disposizione da parte dei lavoratori delle proprie energie lavorative e l'obbligo di sottostare alle disposizioni impartite loro dal superiore gerarchico implicano l'inserimento nell'organizzazione aziendale, indipendentemente dal fatto che la prestazione non sia continuativa ma saltuaria. Per i giudici della Corte sono sufficienti pochi giorni di lavoro per far scattare l'obbligo di pagare i contributi previdenziali in quanto, se presenti i requisiti, la natura subordinata del rapporto di lavoro può essere riconosciuta anche in caso di prestazioni di carattere discontinuo.

6.4. Un'altra tipologia contrattuale che può essere utilizzata per eludere le norme che tutelano il lavoro subordinato è il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro. In genere, la giurisprudenza ritiene che al fine di stabilire se lo svolgimento della prestazione lavorativa sia riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato o ad un contratto di associazione in partecipazione, è necessario compiere un'approfondita indagine, in quanto il rapporto di associazione in partecipazione implica una serie di obblighi.

Le pronunce più recenti emanate fra il 2006 e il 2008 non fanno altro che confermare gli orientamenti già consolidati:

- l'obbligo del rendiconto periodico da parte dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio d'impresa; diversamente, nel lavoro subordinato l'elemento fondamentale è dato dal vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni all'associato all'impresa (Cass. 4 aprile 2007 n. 8465, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).
- se risulta complessa la valutazione della partecipazione al rischio economico, così come l'individuazione degli altri elementi appena detti, un aiuto, secondo la giurisprudenza potrebbe arrivare dal regolamento pattizio voluto dalle parti e concretamente posto in essere (sul punto si legga Cass. 22 novembre 2006 n. 24781, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*);
- la linea di demarcazione tra l'associazione in partecipazione ed il lavoro subordinato nella presenza, in seno al secondo, di un vincolo personale di maggiore intensità tra le parti rispetto a quello derivante dal generico potere dell'associante di impartire istruzioni all'associato (Cass. 28 maggio 2007 n. 12357, in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

In particolare la sentenza della Cassazione del 18 aprile 2007 n. 9264 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) afferma tra l'altro la possibilità che le parti, pur volendo attuare un rapporto di lavoro subordinato, abbiano simulatamente dichiarato di volere un diverso rapporto lavorativo al fine di eludere la disciplina legale inderogabile in materia, sia nel caso in cui l'espressione verbale abbia tradito la vera intenzione delle parti, sia nell'ipotesi in cui, dopo avere voluto realmente il contratto di lavoro autonomo, durante lo svolgimento del rapporto le parti stesse, attraverso fatti concludenti, mostrino di aver mutato intenzione e di essere passate ad un effettivo assetto di interessi corrispondente a quello della subordinazione.

Infine, rileva anche in questo caso il dato dell'orientamento giurisprudenziale costante secondo cui elemento decisivo che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato dal lavoro autonomo è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale.

6.5. L'inquadramento nei diversi settori di attività viene effettuato dall'Inps avendo riguardo dell'attività effettivamente prestata, pertanto, in sede di indagine ispettiva, gli ispettori potrebbero rilevare delle incongruenze fra l'attività svolta e l'inquadramento denunciato. Va richiamata la fonte principale per gli inquadramenti, la l. n. 88/1989 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), la quale, all'art. 49, prevede che la classificazione dei datori di lavoro disposta dall'Inps ha effetti a tutti i fini previdenziali ed assistenziali. In base all'art. 3, comma 8, l. n. 335/1995 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Previdenza*), i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, con il conseguente trasferimento nel settore economico corrispondente alla effettiva attività svolta, se adottati d'ufficio dall'Istituto producono effetto dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento, tranne nei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da dichiarazioni inesatte del datore di lavoro. In caso di variazione disposta, invece, a seguito di richiesta dell'azienda, gli effetti del provvedimento decorrono dal periodo di paga in corso alla data della richiesta stessa. Le variazioni di inquadramento adottate con provvedimenti aventi efficacia per intere categorie di datori di lavoro producono effetti dalla data stabilita dall'Istituto nel rispetto del principio della non retroattività.

La citata legge del 1995, innovando rispetto alla pregressa disciplina dell'efficacia *ex tunc* delle variazioni di inquadramento, ha previsto, per tali variazioni, decorrenze diverse differenziando i provvedimenti adottati d'ufficio da quelli adottati a seguito di richiesta dell'azienda e, nell'ambito dei primi, a seconda che riguardino singole situazioni azienda-

li ovvero interi settori di datori di lavoro.

Infatti, la norma disciplina la decorrenza degli effetti delle variazioni di inquadramento disposte a seguito di riesame o verifica di singole situazioni aziendali, qualora si rilevi che il settore economico assegnato deve essere modificato in quanto non conforme ai criteri di classificazione vigenti ovvero in quanto attribuito su errata valutazione della effettiva attività svolta.

In tale ipotesi, gli effetti di tali variazioni decorreranno: 1) dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento per le variazioni disposte d'ufficio; 2) dal periodo di paga in corso alla data della richiesta per le variazioni disposte su espressa richiesta dell'azienda.

Il provvedimento di variazione produrrà, al contrario, i suoi effetti sin dalla data dell'inquadramento iniziale nell'ipotesi in cui tale inquadramento sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro: tali sono le notizie, relative all'effettiva attività svolta, fornite dal datore di lavoro all'atto della domanda di iscrizione e sulla cui base l'Istituto emana il provvedimento di classificazione.

La decorrenza da attribuire alle variazioni di inquadramento disposte con provvedimenti di carattere generale (quelle ad esempio conseguenti a pronunce della Suprema Corte di Cassazione) che, modificando la disciplina in vigore, stabiliscono nuovi criteri di inquadramento riguardanti interi settori o categorie di datori di lavoro. In tale ipotesi gli effetti delle variazioni decorreranno dalla data che viene stabilita dall'Istituto, nel rispetto dell'irretroattività introdotta dalla legge.

La sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 2008 n. 13383 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*) ha introdotto una importante innovazione in materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali: l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta dall'azienda è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte di cui al comma 8 dell'art. 3 della l. n. 335/1995, essendo comune alle due ipotesi la *ratio* di assicurare la corrispondenza della classificazione alla effettiva attività dei datori di lavoro.

La pronuncia in esame, accogliendo la tesi difensiva dell'Inps ha statuito il seguente principio di diritto: «In materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali e ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, comma ottavo, della legge n. 335 del 1995 – che fissa la regola che gli effetti della variazione della classificazione si producono dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento, con la sola eccezione, con conseguente retroattività degli effetti della variazione, dell'ipotesi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni dal datore di lavoro – l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta dall'azienda, la quale, per effetto delle scelte operate dall'imprenditore, assume caratteristiche tali da comportare una diversa classificazione ai fini previdenziali, è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte [...]». Pertanto, con l'espressione «inesatte dichiarazioni del datore di lavoro» si vuole indicare qualsivoglia comportamento del datore di lavoro, sia commissivo (affermare qualcosa che non è vero), sia omissivo (omettere di dire qualcosa che è reale), che sia rilevante ai fini dell'inquadramento dell'attività concretamente svolta. Ed è questo il principio accolto dalla sentenza della Cassazione. Concretamente, quindi, la deroga della retroattività degli effetti della variazione in discorso, prevista dall'art. 3, comma 8, della l. n. 335/1995, viene ad esistere, in virtù della pronuncia in esame, sia in caso di inesatte dichiarazioni che di omessa comunicazione ad opera del datore di lavoro.

Temistocle Bussino
Funzionario Ispettivo – Inps

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Distacco

- *nozione di ordine pubblico (1.1.)*

Parità di trattamento

- *ambito di applicazione della*

tutela e prospettive di estensione (2.1. – 2.3.)

Telelavoro

- *attuazione a livello statale (3.1. – 3.2.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.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. Distacco

1.1. C. Giust. 19 giugno 2008, causa C-319/06, Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 24).

Distacco di lavoratori - Libera prestazione dei servizi - Direttiva n. 96/71/CE - Disposizioni di ordine pubblico - Riposo settimanale - Obbligo di presentare i documenti relativi a un distacco su semplice richiesta delle autorità nazionali - Obbligo di designare un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo che conservi tutti i documenti necessari ai fini dei controlli.

*Il concetto di "ordine pubblico" di cui all'art. 3, n. 10, direttiva n. 96/71/CE, deve essere inteso restrittivamente e deve pertanto ritenersi preclusa agli Stati membri l'unilaterale determinazione dei contenuti del medesimo, poiché la relativa eccezione costituisce una deroga rispetto al principio fondamentale di libera prestazione dei servizi. Viola gli obblighi comunitari derivanti dall'art. 3, n. 1, della direttiva n. 96/71, letto in combinato disposto con il § 10 del medesimo articolo, nonché degli artt. 49 CE e 50 CE, lo Stato membro che enunci le condizioni per l'accesso indispensabili ai fini del controllo da parte delle competenti autorità nazionali, in modo privo della chiarezza necessaria a garantire la certezza del diritto alle imprese che intendano distaccare lavoratori nel suo ambito geografico, e che imponga la conservazione, sul proprio territorio, e nelle mani di un mandatario *ad hoc* ivi residente i documenti necessari per il controllo.*

L'ordine pubblico e la disciplina dei controlli di vigilanza nello Stato ospitante: limiti ed effetti sulla libera circolazione dei servizi

Sommario: **1.** La causa C-319/06, *Commissione delle Comunità Europee c. Granducato del Lussemburgo*. – **2.** Il principio dell'ordine pubblico nell'art. 3, comma 10, della direttiva n. 96/71/CE. – **3.** L'illegittimità della normativa nazionale del Lussemburgo in materia di controlli da parte dell'ispettorato del lavoro. – **4.** La necessità di designare un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo.

1. Con la sentenza del 19 giugno 2008, in epigrafe, che conclude il giudizio per inadempimento ai sensi dell'art. 226 del Trattato promosso dalla Commissione delle Comunità Europee contro il Granducato di Lussemburgo (causa C-319/06), la Corte di Giustizia compie un nuovo importante passo nella definizione del suo iter interpretativo dell'istituto del distacco intracomunitario, disciplinato dalla direttiva n. 96/71/CE (in  indice A-Z, voce *Distacco*).

Oggetto principale della pronuncia della Corte è infatti l'inquadramento e la definizione dell'ambito operativo del potere dello Stato ospitante di imporre disposizioni normative rientranti nel concetto di ordine pubblico nazionale, ai sensi dell'art. 3, n. 10, primo trattino, della direttiva n. 96/71/CE, la cui efficacia si estenda legittimamente anche nei confronti delle imprese comunitarie che distaccano lavoratori nel proprio territorio.

Il caso in esame nasce da un ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 226 del Trattato da parte della Commissione delle Comunità Europee contro il Granducato di Lussemburgo per inadempimento da parte di quest'ultimo della direttiva n. 96/71/CE. La Corte ha accertato l'illegittimità, ai sensi del diritto comunitario, della normativa lussemburghese di trasposizione della direttiva in questione. La decisione in esame riveste particolare interesse in quanto le osservazioni della Corte gettano luce su alcuni importanti problemi relativi all'applicazione della direttiva e più in generale sulla portata del principio fonda-

mentale di libera circolazione dei servizi in ambito comunitario ai sensi degli artt. 49 e 50 del Trattato.

Con la condanna del Granducato di Lussemburgo per un utilizzo eccessivamente ampio dell'istituto dell'ordine pubblico, la Corte continua nella sua interpretazione "minimalista" della direttiva, che secondo alcuni commentatori risulta eccessivamente sbilanciata a vantaggio del principio di libera circolazione dei servizi, ma a svantaggio della tutela dei diritti dei lavoratori e dell'effettività delle pratiche nazionali di contrasto alle azioni di *dumping* sociale (così G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *DLRI*, 2008, n. 118, 125-153). In realtà, osservano altri commentatori, il fatto che l'Europa persegua una finalità economica, ma anche una finalità sociale, comporta necessariamente una progressiva trasformazione dei modelli sociali nazionali, che in qualche caso può non essere indolore rispetto a valori nazionali ormai consolidati (per una visione più europeista e meno conservatrice rispetto agli assetti nazionali, si veda M. COLUCCI, *L'unione Europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *q. Rivista*, 2008, n. 1, 239-246).

2. La questione di fondo, affrontata dalla Corte in relazione alla prima censura formulata dalla Commissione delle Comunità Europee, riguarda i limiti di operatività del principio di "ordine pubblico" che lo Stato ospitante può invocare a giustificazione dell'estensione, nei confronti delle imprese comunitarie che vi distaccano i propri lavoratori, di norme di diritto interno che riguardano materie diverse ed ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste per l'applicazione del diritto nazionale del Paese ospitante, ai sensi dell'art. 3, § 1, comma 1, della direttiva n. 96/71/CE. Quest'ultimo infatti fornisce l'elenco tassativo delle materie giuslavoristiche per cui vale la piena applicazione della *lex loci laboris*, cioè del diritto dello Stato ospitante, e non di quello dello Stato di provenienza. Come eccezione a questa regola generale, il § 10 del medesimo art. 3 della direttiva n. 96/71/CE consente allo Stato ospitante di imporre ulteriori obblighi, fondati sul principio dell'ordine pubblico, a tutte le imprese che operano nel proprio Paese, sia quelle nazionali che quelle stabilite in un altro Stato membro ma che temporaneamente operano nel suo territorio.

La questione preliminare da cui la Corte parte è l'affermazione della necessità di costruire a livello comunitario una cornice che, sul piano definitorio e di delimitazione dell'ambito di operatività, possa uniformare per tutti i Paesi membri il concetto di ordine pubblico richiamato dalla direttiva. Infatti, secondo la Corte, senza una interpretazione univoca del concetto di ordine pubblico, la divergente interpretazione dell'operatività di questo principio rischia concretamente di contribuire a creare barriere giuridiche di diritto interno in grado di restringere la libera circolazione dei servizi. D'altra parte, la Corte di Giustizia già in passato aveva stabilito la necessità di delimitare l'ambito di operatività del principio di ordine pubblico entro una cornice europea (C. Giust. 14 ottobre 2004, causa C-35/02).

Il punto centrale dell'argomentazione della Corte riguarda il fatto che, poiché il ricorso da parte dello Stato ospitante all'ordine pubblico si pone come deroga alla tassatività dell'elenco delle materie di cui all'art. 3, § 1, della direttiva n. 96/71/CE, esso riveste il carattere dell'eccezione. Quindi il principio di ordine pubblico, in quanto eccezione rispetto alla regola generale, deve essere inteso in senso restrittivo (sul carattere di eccezionalità dell'applicazione della *lex loci laboris* sulla base del principio di ordine pubblico "sociale", rispetto al principio generale di libera circolazione dei servizi in ambito comunitario, si veda P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità Europea*, in *LD*, 2008, n. 1, 119-121).

Inoltre, nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Verica Trstenjak ha proposto un im-

portante criterio definitorio ed interpretativo del principio di ordine pubblico ai sensi della direttiva n. 96/71/CE, poi ripreso nella sentenza della Corte, che consiste nella lettura del principio di ordine pubblico previsto dal § 10 dell'art. 3 della direttiva alla luce della "dichiarazione 10" ad essa allegata, secondo cui col termine "disposizioni di ordine pubblico" si ricomprendono «le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico». Sebbene la "dichiarazione 10", allegata alla direttiva al momento della sua sottoscrizione, non sia stata pubblicata in calce alla stessa nella *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, tuttavia è stata successivamente inserita dalla Commissione nell'ambito della comunicazione COM(2003)458 def.

Alla luce dei criteri interpretativi fin qui esposti, dunque, secondo la Corte il concetto di ordine pubblico ai fini della direttiva n. 96/71/CE, oltre ad essere una eccezione alla regola generale della tassatività dell'elencazione delle norme del Paese ospitante, ed oltre a dover essere di conseguenza interpretato in senso restrittivo, deve anche riguardare principi essenziali dell'ordinamento giuridico interno, che rispondono appunto ad «esigenze imperative dell'interesse pubblico» del Paese ospitante.

Sulla base di questi principi interpretativi, che sono diretti a delimitare l'ambito di operatività del principio dell'ordine pubblico ai sensi della direttiva n. 96/71/CE, la Corte sottopone quindi la norma interna di ordine pubblico al vaglio dei tradizionali principi di necessità e di proporzionalità, al fine di valutarne la legittimità.

Il principio di proporzionalità si riferisce in primo luogo alla proporzionalità tra lo strumento normativo interno prescelto dallo Stato ospitante ed il bene giuridico tutelato: quest'ultimo deve essere della massima rilevanza per l'ordinamento interno e deve rispondere «alle esigenze imperative dell'interesse pubblico». In secondo luogo questo principio riguarda la proporzionalità tra la norma interna di ordine pubblico e l'ambito di effettiva restrizione alla libera circolazione che l'impresa comunitaria deve subire nel prestare servizi in un altro Paese membro.

Quanto al principio di necessità, la Corte aveva già espresso più volte, come nel caso della celebre sentenza *Scientology* (C. Giust. 14 marzo 2000, causa C-54/99, si vedano in particolare i punti 17 e 18), l'interpretazione per la quale la norma interna di ordine pubblico restrittiva della libera circolazione deve essere l'unico mezzo possibile per fronteggiare «una minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività» dello Stato membro. Quando infatti è possibile ottenere lo stesso risultato sul piano dell'ordine pubblico interno attraverso disposizioni meno vincolanti per l'impresa comunitaria, non risulta rispettato il principio di necessità.

Proprio i test di necessità e di proporzionalità sono insomma i criteri ormai consolidati che vengono richiamati dalla Corte di Giustizia per il vaglio della legittimità delle norme nazionali che possono incidere sui principi fondamentali del Trattato riguardanti la libera circolazione di merci e servizi.

Al riguardo, per quanto indubbiamente ci si trovi di fronte ad un'importante cessione di sovranità da parte degli Stati nazionali a favore del diritto comunitario, in questa azione di vaglio da parte della Corte di Giustizia sulla legittimità del potere nazionale di disporre misure normative di ordine pubblico interno non vi è nulla di sorprendente, in particolare se si considera che al medesimo vaglio di necessità e di proporzionalità la Corte ha recentemente sottoposto addirittura l'azione sindacale diretta a limitare la libera circolazione di servizi all'interno della Comunità (si veda al riguardo C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, caso *Viking*, e C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, caso *Laval*). Per un esame approfondito delle due sentenze si veda M. COLUCCI, *op. cit.* Per una argomentata visione critica delle posizioni del giudice comunitario si veda G. ORLANDINI, *op. cit.*; sempre con una interessante posizione critica nei confronti della posizione del giudice comunitario, si veda U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di*

Giustizia nei casi Laval e Viking, in *DLRI*, 2008, n. 117, 147-167).

La nozione ampia di ordine pubblico erroneamente sostenuta dal Granducato di Lussemburgo, che si fonda su un generico riferimento all'iter di approvazione della direttiva n. 2006/123/CE nota come "direttiva servizi", viene contrastata dalla Corte la quale non solo nega la supposizione che la direttiva n. 2006/123/CE in qualche misura intenda sostituire in tutto o in parte la direttiva n. 96/71/CE, ma afferma categoricamente il primato della direttiva n. 96/71/CE su qualsiasi disposizione della direttiva n. 2006/123/CE che, anche potenzialmente, possa contrastare con essa. La Corte insomma si limita ad invocare il principio dell'impossibilità di contraddizione tra le disposizioni contenute nella direttiva n. 2006/123/CE e quelle della direttiva n. 96/71/CE, in quanto espressamente la direttiva n. 2006/123/CE, all'art. 3, comma 1, lett. a, prevede in caso di conflitto tra le disposizioni delle due direttive la prevalenza della direttiva n. 96/71/CE. In realtà, la argomentazione del Lussemburgo con riferimento all'iter di approvazione della direttiva n. 2006/123/CE appare, oltre che generica, anche del tutto inconsistente ed inconferente rispetto all'oggetto della causa, come ha correttamente rilevato l'avvocato generale al punto 51 delle proprie conclusioni.

3. Con la terza censura la Commissione ha rilevato che la legge lussemburghese di attuazione della direttiva n. 96/71/CE, la quale prevede l'obbligo per le imprese di rendere accessibile all'ispettorato del lavoro, prima dell'inizio dei lavori e previa semplice richiesta, le informazioni ed i documenti necessari per il controllo dell'organo di vigilanza, finisce per risultare assimilabile ad «un onere di denuncia preventiva incompatibile con l'art. 49 CE». Al riguardo, la Corte di Giustizia condivide la censura, formulata dalla Commissione e ripresa dall'avvocato generale, secondo cui la legge lussemburghese è sul punto talmente oscura da prevedere nei fatti un obbligo in capo all'impresa comunitaria di denuncia preliminare della propria attività presso l'ispettorato del lavoro, in quanto l'obbligo di informazione risulta essere operante «prima di iniziare i lavori», indipendentemente dalla richiesta dell'ispettorato del lavoro che necessariamente avviene a lavori iniziati. Osserva al riguardo l'avvocato generale nelle sue conclusioni, che: «poiché in mancanza di una simile "richiesta" un'impresa non può in definitiva godere della libera prestazione di servizi senza esporsi a sanzioni amministrative e penali, questa restrizione produce gli effetti di un divieto assoluto, che, vista la possibilità di adottare mezzi meno restrittivi, non può essere ritenuto necessario per garantire la tutela dei lavoratori».

In effetti, la Corte osserva che, poiché la "richiesta" deve essere effettuata dall'ispettorato del lavoro e poiché fino all'esercizio di questo potere pubblico l'azienda non può operare nel Lussemburgo a pena di sanzioni amministrative e penali, la normativa lussemburghese in questione è assimilabile ad un regime autorizzatorio, già in precedenza dichiarato illegittimo in quanto contrario alla libera circolazione dei servizi (C. Giust. 19 gennaio 2006, causa C-244/04, *Commissione c. Germania*).

Questo passaggio della sentenza in esame risulta assai importante perché ribadisce che, sebbene debba essere garantito allo Stato membro l'esercizio del potere di vigilanza da parte dell'ispettorato del lavoro, tuttavia la normativa interna che regola l'azione dell'organo di vigilanza deve essere sottoposta ad un vaglio di necessità e di proporzionalità. Ciò al fine di impedire che, per il tramite dell'esercizio dei poteri pubblici di controllo, lo Stato ospitante finisca per imporre ingiustificate restrizioni al principio di libera circolazione dei servizi di cui agli artt. 49 e 50 del Trattato (sulla questione dei limiti dei poteri di vigilanza nella prestazione transnazionale di servizi, si veda D. VENTURI, *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper Adapt, 2008, n. 49, 8-10; ed anche, F. PULVIRENTI, *L'obbligo di tenuta dei documenti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria*, Working Paper Adapt, 2008, n. 50).

4. La quarta ed ultima censura della Commissione riguarda l'obbligo, previsto dalla nor-

mativa lussemburghese, che l'impresa comunitaria che opera in regime di distacco transnazionale deposita presso un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo tutta la documentazione necessaria per i controlli prima dell'inizio dei lavori e per un tempo indeterminato dopo la conclusione dei lavori stessi. Secondo la Commissione questa disposizione di fatto costituisce un'illegittima restrizione al diritto di libera circolazione dei servizi. La Corte al riguardo rileva che la finalità della disposizione nazionale di consentire i controlli da parte dell'organo di vigilanza non è di per sé sufficiente per rendere legittima questa disposizione, qualora sulla base dell'applicazione del principio di proporzionalità sia possibile ottenere lo stesso risultato, vale a dire consentire i controlli da parte dell'organo di vigilanza, utilizzando uno strumento meno restrittivo per la libertà di circolazione dei servizi. Infatti, il criterio individuato dalla norma nazionale, che risulta di fatto assai oneroso e restrittivo per l'azienda comunitaria, è quello della "residenza stabile" nel territorio del Granducato del Lussemburgo da parte del mandatario *ad hoc*. Su questo punto, condividendo nella sostanza il tenore della censura della Commissione, la Corte di Giustizia fornisce essa stessa la soluzione da ritenersi più idonea per contemperare l'esigenza di consentire i controlli ispettivi da parte dello Stato ospitante col principio di libera circolazione dei servizi, che consiste nell'obbligare l'impresa comunitaria alla specifica «designazione di un lavoratore presente sul luogo della prestazione di servizi affinché i documenti necessari per il controllo siano messi a disposizione delle competenti autorità nazionali». In questo modo, infatti, la misura normativa risulta certamente meno restrittiva e meno onerosa per l'impresa che opera il distacco intracomunitario.

Davide Venturi

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
 Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Parità di trattamento

2.1. COMMISSIONE EUROPEA, *Implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation*, Proposal for a Council Directive, 2 luglio 2008 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 24).

2.2. COMMISSIONE EUROPEA, *Non-discrimination and equal opportunities. A renewed commitment*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)420/3, 2 luglio 2008 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 24).

2.3. COMMISSIONE EUROPEA, *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2008)412 def., 2 luglio 2008 (in [Inclusione sociale](#)).

(2.1. – 2.3.) Non discriminazione e pari opportunità: un impegno rinnovato a livello comunitario

Nel quadro della Agenda sociale rinnovata – strategia quadro per il rilancio delle politiche sociali in Europa – la Commissione Europea ha presentato due significativi documenti volti ad estendere la protezione contro le discriminazioni. Trattasi della proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le per-

sone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale e della comunicazione sull'impegno rinnovato per la non discriminazione e le pari opportunità (entrambi in epigrafe).

Tali documenti si pongono in linea di continuità con le azioni realizzate dalla Comunità nel quadro dell'art.13 del TCE che, introdotto dal Trattato di Amsterdam, attribuisce alla Comunità il potere di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o gli orientamenti sessuali. In particolare, il testo normativo statuisce che in linea generale il Consiglio delibera all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo. Tuttavia, nel caso in cui si intendano adottare misure di incentivazione comunitarie destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri (ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali), il Consiglio può deliberare secondo la procedura di co-decisione.

Grazie ai poteri che le sono stati conferiti da tale articolo, nel corso degli anni la Comunità ha avviato la sua strategia di lotta alle discriminazioni attraverso l'adozione di una serie di rilevanti atti legislativi. Innanzitutto, vi sono la direttiva n. 2000/43/CE del Consiglio, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e la direttiva n. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (entrambe in [EU](#) indice A-Z, voce *Discriminazioni*). Successivamente, nel 2004, la direttiva n. 2004/113/CE ha attuato il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (in [EU](#) indice A-Z, voce *Parità di trattamento*). Tali direttive vietano qualunque discriminazione basata sull'età, le convinzioni personali, l'orientamento sessuale, la disabilità e la religione esclusivamente nella sfera lavorativa e della formazione professionale. Tuttavia, la protezione contro le discriminazioni basate sulla razza o sul sesso è ampliata al di là del settore lavorativo, in modo tale da includere la protezione sociale e l'accesso ai beni ed ai servizi.

Partendo dalla convinzione che il quadro giuridico europeo di lotta alla discriminazione sia ancora incompleto, specialmente per quanto riguarda la protezione al di fuori del mercato del lavoro, la comunicazione e la proposta di direttiva in epigrafe mirano ad ampliare la portata della protezione contro le discriminazioni per motivi di religione o convinzioni personali, di disabilità, di età ed orientamento sessuale e aprono dunque la via al completamento del processo di applicazione dell'art. 13 TCE.

Effettivamente, la nuova direttiva, una volta entrata in vigore, stabilirà un livello minimo uniforme di tutela all'interno della Unione Europea e garantirà che in tutti gli Stati membri tutte le forme di discriminazione – comprese le molestie – basate sui suddetti motivi siano proibite in tutti gli ambiti e che alle vittime sia garantito un risarcimento effettivo.

Esplicitato all'art. 1 lo scopo, il Capo I, intitolato *Disposizioni generali*, definisce poi il concetto di discriminazione, che coincide con quello già contenuto nelle altre direttive adottate in virtù dell'art. 13 TCE. Il testo chiarisce infatti che per "principio di parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta. Sussiste discriminazione diretta quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra in una situazione analoga; sussiste invece discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possano in realtà generare una situazione di svantaggio rispetto ad altre persone. Inoltre, anche le molestie sono da considerarsi discriminazione in caso di comportamento indesiderato avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio ed ostile. Relativamente al campo di applicazione, la discriminazione è vietata a livello pubblico e privato nei seguenti settori: 1) protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria; 2) prestazioni sociali; 3) istruzione; 4) accesso a beni e servizi e loro fornitura, inclusi gli alloggi. Tuttavia, in termini di accesso a beni e

servizi, sono incluse solo le attività professionali o commerciali. Di conseguenza, le operazioni tra individui che agiscono a livello privato non sono considerate: ad esempio, l'affitto di una stanza in una casa privata non deve essere trattato nello stesso modo dell'affitto di stanze in un albergo. Inoltre, i settori sono coperti nella misura in cui rientrano nelle competenze della Comunità. Questo significa, ad esempio, che la organizzazione del sistema scolastico, le attività e il contenuto dei corsi compete agli Stati membri. Il testo esplicita inoltre che le questioni inerenti allo stato coniugale o di famiglia (inclusa l'adozione) e ai diritti di riproduzione competono agli Stati membri e non rientrano quindi nel campo di applicazione della direttiva. Analogamente, la direttiva non pregiudica le disposizioni nazionali che garantiscono la laicità dello Stato e delle sue istituzioni e che definiscono lo *status* delle organizzazioni religiose.

L'art. 4 si concentra sulla parità di trattamento delle persone affette da disabilità. Esso precisa che, per garantire a tali soggetti l'accesso effettivo e non discriminatorio ai settori e servizi precedentemente esplicitati, le misure necessarie devono essere adottate preventivamente, ma non devono costituire un onere sproporzionato per gli organismi coinvolti. In particolare, per valutare se le misure necessarie costituiscono un onere sproporzionato, si deve tenere conto delle caratteristiche dell'organizzazione (dimensione e risorse), della natura e del costo previsto della misura e dei possibili benefici per i soggetti disabili. Segue poi una serie di disposizioni comuni a tutte le direttive basate sull'art. 13 del TCE. È il caso, ad esempio, dell'art. 5, che prevede per gli Stati membri la possibilità di ricorrere ad azioni positive, vale a dire a misure specifiche volte a prevenire o correggere situazioni di disuguaglianza, e dell'art. 6, che consente agli Stati membri di mantenere un livello di tutela più elevato rispetto a quello garantito dalla direttiva.

Ed è il caso anche degli articoli rientranti nel Capo II, titolato *Mezzi di ricorso e applicazione*. Per quanto riguarda la tutela dei diritti delle persone vittime di discriminazione, gli Stati membri devono provvedere affinché esse possano accedere, anche dopo la cessazione del rapporto presumibilmente affetto da discriminazione, a procedimenti giudiziari e/o amministrativi, compresi, se ritenuti opportuni, i procedimenti di conciliazione. Peraltro, il diritto ad un'efficace tutela giuridica è rafforzato consentendo alle associazioni, alle organizzazioni e ad altre persone giuridiche che abbiano un interesse legittimo a combattere la discriminazione di ricorrere, per conto o a sostegno della persona che si ritiene parte lesa e con il suo consenso, a procedimenti giudiziari o amministrativi finalizzati alla esecuzione degli obblighi della direttiva. Inoltre, gli Stati membri possono adottare i provvedimenti necessari affinché l'onere della prova spetti alla parte convenuta, poiché nei casi di discriminazione è spesso molto difficile per la parte lesa ottenere le prove necessarie a sostegno dell'accusa.

Gli Stati membri devono anche adottare i provvedimenti necessari per diffondere adeguatamente le informazioni relative alla applicazione della direttiva e per proteggere le vittime da eventuali ritorsioni. Da ultimo, essi sono tenuti ad incoraggiare il dialogo con tutte le parti interessate, ed in particolare con le organizzazioni non governative impegnate nella lotta contro la discriminazione, e ad istituire uno o più organismi di parità, incaricati di fornire assistenza alle vittime, di svolgere inchieste indipendenti e di pubblicare relazioni e formulare raccomandazioni su tutte le questioni connesse alla discriminazione.

Infine, nel Capo III, titolato *Disposizioni finali*, rientrano l'obbligo per gli Stati membri di abrogare tutte le disposizioni (legislative, regolamentari ed amministrative) contrarie al principio della parità di trattamento e di annullare o modificare le disposizioni contrattuali, i regolamenti interni delle aziende, nonché le norme che disciplinano le associazioni con o senza scopo di lucro che siano contrari a tale principio. Spetta poi agli Stati membri stabilire le norme relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva. Tali sanzioni possono prevedere un risarcimento

dei danni, non possono essere limitate dalla previa fissazione di una soglia massima e devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

A seguito della adozione della direttiva da parte del Consiglio dell'Unione Europea, previa consultazione del Parlamento Europeo, gli Stati membri avranno due anni di tempo per adottare le disposizioni necessarie per conformarsi ad essa e, ogni 5 anni, saranno tenuti a presentare alla Commissione tutte le informazioni necessarie per consentirle di redigere una relazione destinata al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della direttiva.

Significativamente, la comunicazione in epigrafe, oltre a ripercorrere lo sviluppo del quadro giuridico esistente in materia di lotta alle discriminazioni e a spiegare la portata della nuova direttiva, insiste anche sulla opportunità di rafforzare gli strumenti di promozione attiva dell'uguaglianza. In particolare, con essa, la Commissione si impegna, ed invita gli Stati membri e la società civile a procedere nella stessa direzione, ad incoraggiare l'adozione di misure di sensibilizzazione e di formazione e la promozione dei vantaggi della diversità sul luogo di lavoro, ad incentivare l'integrazione della dimensione della uguaglianza delle opportunità, a sviluppare la raccolta di dati statistici sull'incidenza delle discriminazioni e delle azioni positive e a migliorare l'applicazione degli strumenti volti a far progredire l'integrazione sociale dei Rom.

3. Telelavoro

3.1. COMMISSION STAFF WORKING PAPER, *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework*, 2 luglio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 24).

3.2. ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, *Implementation of the European framework agreement on Telework*, Report by the European Social Partners, 28 giugno 2006 (in  indice A-Z, voce *Telelavoro*).

(3.1. – 3.2.) Il telelavoro nel contesto europeo tra nozione comunitaria e sistemi giuridici statali

Sommario: **1.** Quadro evolutivo. – **2.** L'Accordo quadro europeo e il suo recepimento in Italia. – **3.** *Implementation of the European framework agreement on telework* del 2006: spunti di analisi e confronto. – **4.** Il *report* della Commissione sottoscritto nel luglio 2008.

1. Il 2008 è l'anno delle verifiche. Il processo evolutivo che ha investito il telelavoro nel contesto europeo, iniziato nel 2000 con un primo *step* di consultazione delle parti sociali, circa i possibili modelli di modernizzazione delle relazioni di lavoro e proseguito sino ad oggi, avanza tramite i controlli *in itinere* richiesti sin dal principio: uno studio continuo della fattispecie e delle piattaforme applicative e di recepimento all'interno degli Stati membri dell'Unione.

Per ben comprendere di cosa si stia trattando in questa sede, è forse opportuno procedere a una breve disamina dei principali atti emessi a livello europeo, nonché delle modalità di recepimento degli stessi negli assetti nazionali. La materia del telelavoro ha cominciato a destare interesse sin dal 2002, anno in cui fu stipulato l'Accordo quadro europeo sul Telelavoro, ratificato dalle parti sociali il 16 luglio dello stesso anno, primo esempio di intesa autonoma negoziata dalle parti sociali al di fuori dei confini nazionali; esso risulta inoltre quale prima manifestazione di *soft law* (gli accordi di questo tipo non creano vin-

coli giuridici tra le parti contraenti – secondo il principio *pacta sunt servanda* – ma solo impegni politici il cui rispetto è rimesso alla volontà delle parti (la *soft law* trae la propria giustificazione nell'art. 249, che autorizza l'adozione di generiche misure di tutela senza ricorrere ad atti tipici, e nell'art. 128 CE, che prevede, nello specifico settore della occupazione, l'utilizzo delle c.d. raccomandazioni). Quanto sopra a maggior dimostrazione dell'importanza data a tale fattispecie. Il patto di cui si è appena accennato ha l'indiscutibile pregio di definire – aggiungerei finalmente – cosa debba considerarsi telelavoro. Come si è soliti a livello europeo, la soluzione è di portata generale, anche al fine di permettere a tutti gli Stati di rendere effettivamente applicabile, nel proprio contesto normativo, tale previsione. Proprio con tale finalità la nozione rinvenibile nell'Accordo del 2002, definisce telelavoro «una forma di organizzazione e di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei luoghi della stessa. Il presente accordo riguarda i telelavoratori»; e poi ancora si legge: «Il telelavoratore è colui che svolge telelavoro nel senso precedentemente definito» (per la lettura integrale del documento in lingua italiana, riportata per estratti in questo paragrafo, leggasi la traduzione dell'Accordo sottoscritto il 16 luglio 2002 operata da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 20 gennaio 2004, in [📖](#) indice A-Z, voce *Telelavoro*). Ebbene, proprio dalla disamina dell'estratto del documento come sopra riportato, emergono due dati importanti. *In primis*, l'attività deve essere svolta al di fuori dei locali dell'impresa, ovvero del luogo in cui di norma si svolge l'attività lavorativa. In secondo luogo, tale prestazione deve essere svolta, proprio perché non *in loco*, attraverso l'ausilio di strumenti tecnologici creati *ad hoc*.

Il punto terzo dell'Accordo, certamente di spicco rispetto agli altri, analizza il carattere volontario del telelavoro. Invero, non è possibile addivenire a questa modalità di svolgimento dell'attività se non attraverso una manifestazione di volontà positiva ovvero tramite una accettazione tacita della richiesta di trasformazione in telelavoro operata dal datore. Questa impostazione è corollario di un ulteriore elemento, sempre precisato al punto 3 dell'Accordo del 2002: «Il passaggio al telelavoro, considerato che implica unicamente l'adozione di una diversa modalità di svolgimento del lavoro, non incide, di per sé, sullo *status* del telelavoratore»; quanto detto serve a evidenziare che il telelavoro non è un contratto speciale di lavoro, bensì semplicemente una forma particolare di svolgimento di quanto dedotto nel contratto, sia esso tipico o atipico. Circa il carattere volontaristico, poi, «il rifiuto del lavoratore ad optare per lo svolgimento dello stesso in telelavoro non costituisce, di per sé, motivo di risoluzione del rapporto di lavoro, né di modifica delle condizioni del rapporto di lavoro del lavoratore medesimo». Di contro, ne consegue una libertà di pari grado per il datore, il quale potrà rifiutarsi di trasformare il contratto dei dipendenti che lo richiedano, da normale a telelavorativo. Vigè inoltre un principio di trasformazione inversa, in ragione del quale anche nel caso di accoglimento della domanda di trasformazione in telelavoro della propria attività, il lavoratore potrà successivamente chiedere di tornare alle precedenti (“normali”) modalità di svolgimento della propria prestazione: in tale ipotesi, la nuova conversione potrà aver luogo sia attraverso accordi individuali che collettivi.

Inoltre, in ossequio all'impostazione che parifica il telelavoratore ai lavoratori che svolgano le medesime attività all'interno delle strutture aziendali, sono garantite condizioni di lavoro equivalenti, con il pedissequo riconoscimento dei diritti spettanti. Quanto ribadito circa i diritti garantiti non è, tuttavia, precisato con la stessa pregnanza per gli obblighi ricadenti sui lavoratori, mai presi in considerazione all'interno dell'Accordo salvo il breve accenno svolto al punto 8, nel quale si precisa che «il telelavoratore applica correttamente le direttive aziendali di sicurezza», di debole incisività forse giustificata dal valore di *soft law* della disposizione e, conseguentemente, dalla impossibilità per il medesimo di con-

templare vincoli sanzionabili per i soggetti a cui l'Accordo si rivolge. L'intenzione iniziale era forse quella di rimandare alla legge nazionale degli Stati recepenti la disciplina specifica della materia, prevedendo a livello comunitario solo gli aspetti più generali.

È poi solo all'ultimo punto che si rinviene il riferimento alla procedura di attuazione prevista dal combinato disposto degli artt. 138, comma 4, e 139, commi 1 e 2, del Trattato CE, strumento attraverso il quale gli Stati membri hanno la possibilità di recepire al loro interno le disposizioni date a livello comunitario dalle parti sociali europee; in tal senso l'Accordo quadro del 2002 prevedeva il termine di 3 anni dalla stipula, entro i quali dar luogo al recepimento delle disposizioni in esso contenute (luglio 2005), con ulteriore onere per le parti sociali nazionali di provvedere ad un monitoraggio costante delle piattaforme di intesa attuative dell'Accordo in questione.

Su tale ultimo aspetto, l'Accordo del 2002 poneva in capo ai contraenti nazionali l'onere di produrre due documenti, rispettivamente nell'anno 2006 e 2008, diretti a verificare in concreto le modalità di recepimento della disciplina generale fissata nell'Accordo del 2002 in ciascuno stato dell'Unione Europea.

2. Così è stato. I vari Stati, Italia compresa, si sono adoperati per rispettare le scadenze pattuite, giungendo – per quanto di competenza dello Stato italiano – alla firma, il 9 giugno 2004, di un Accordo interconfederale di recepimento dell'Accordo quadro europeo del 2002. Il documento italiano si apprezza già dalla prima lettura per un dato importante: i soggetti sottoscrittori sono le tre organizzazioni sindacali comparativamente maggiormente rappresentative (Cgil, Cisl e Uil) da un lato, e le maggiori associazioni nazionali dall'altro.

Questo risultato segna un passaggio fondamentale, quantomeno nella tutela del telelavoro in Italia, mai disciplinata sino a questo momento se non indirettamente tramite la l. n. 877/1973 recante *Nuove norme per la tutela del lavoro a domicilio* (per una corretta disamina della fattispecie, si veda per tutti L. NOGLER, *Lavoro a domicilio*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile: commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 667). La disposizione in questione, nata certamente con un intento diverso da quello di ricomprendere il telelavoro, si pone però oggi come l'unica vera disposizione normativa vincolante relativa ad un rapporto assimilabile per modalità di esecuzione alla fattispecie telelavoristica. All'art. si legge testualmente che è «lavoratore a domicilio chiunque, con vincolo di subordinazione, esegue nel proprio domicilio o in locale di cui abbia disponibilità, anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata e di apprendisti, lavoro retribuito per conto di uno o più imprenditori, utilizzando materie prime o accessorie e attrezzature proprie o dello stesso imprenditore, anche se fornite per il tramite di terzi».

Certo, ed ovvio, è che tale *debitum* non tiene in alcun modo conto dell'ulteriore elemento specifico del telelavoro, ossia la componente tecnologica, che al contrario è richiamato insistentemente sia a livello comunitario che a livello nazionale come desumibile dall'Accordo interconfederale del 9 giugno 2004. È proprio in questo ultimo documento che oggi si rinviene la definizione italiana di telelavoro, quale «forma di organizzazione e di svolgimento del lavoro che si avvale delle tecnologie dell'informazione nell'ambito di un contratto o di un rapporto di lavoro, in cui l'attività lavorativa, che potrebbe anche essere svolta nei locali dell'impresa, viene regolarmente svolta al di fuori dei locali della stessa» (si veda per tale definizione l'art. 1 dell'Accordo interconfederale 9 giugno 2004). Oltre quanto appena detto circa la definizione normativa della fattispecie telelavoristica, l'Accordo interconfederale sviscera ulteriormente quanto già anticipato a livello extranazionale, precisamente in tema di contrattazione collettiva, richiamata all'art. 11 dell'Accordo stesso con l'obiettivo di creare un ponte di collegamento tra la normativa comunitaria e la piattaforma normativa nazionale. È, infatti, prevista la possibilità di adeguare la disciplina dell'Accordo 2004 alle specifiche esigenze collettive, territoriali e aziendali,

tramite successiva stipulazione di accordi sindacali di livello corrispondente, facendo salvi gli accordi che siano già stati sottoscritti in materia. Su tale scia, l'art. 11, comma 2, del medesimo documento impone l'obbligo di inserire nel contratto collettivo o, in mancanza, in quello individuale la reversibilità della decisione di passare alla forma di telelavoro (l'articolo recita testualmente: «La contrattazione collettiva, o in assenza il contratto individuale redatto con il lavoratore, deve prevedere, ai sensi dell'art. 2, comma 6, la reversibilità della decisione di passare al telelavoro con indicazione delle relative modalità»).

3. Quanto sinora enunciato circa il recepimento in Italia trova ulteriori esempi di spicco nel contesto europeo, che parimenti hanno recepito – intensificandone alcuni aspetti – l'Accordo generale sottoscritto nel 2002 (cfr. i due documenti in epigrafe).

A sostegno del valore pregnante del *framework*, rileva l'intenzione di Stati quali la Norvegia e l'Islanda di darne esecuzione all'interno dei propri confini, nonostante la loro mancata appartenenza all'Unione Europea. Quanto avvenuto in Italia (l'adozione di un documento che riproduce senza modifiche di particolare rilevanza i contenuti dell'Accordo quadro) è inoltre rinvenibile in molti degli altri Stati: Germania, Spagna e Irlanda non hanno variato la nozione di telelavoro, diversamente da altri Paesi che si sono cimentati in una vera e propria opera di rielaborazione; si pensi per tutti all'Ungheria, la quale considera telelavoratore colui che comunica i risultati del proprio lavoro tramite apparecchiature elettroniche.

Altra fattispecie che le Nazioni recepitrici hanno voluto rafforzare con le successive intese inerisce all'equipaggiamento del telelavoratore e alle responsabilità ad esso connesse. In pressoché tutti i confini, gli strumenti da lavoro sono considerati di responsabilità del datore, il quale dovrà porli a disposizione del lavoratore e curarne la riparazione/sostituzione in caso di guasti e malfunzionamenti a lui non imputabili.

Il documento termina con due paragrafi intitolati *Conclusions e Implementation and follow-up*, che racchiudono, rispettivamente, il valore che tale ultimo *report* ha ricoperto (cioè la capacità di elaborare una materia tanto eterogenea anche a livello internazionale, dimostrando al contempo la forte coesione che ha caratterizzato le parti sociali europee in questa sfida) e l'intenzione di implementare ulteriormente, entro tre anni dalla data di sottoscrizione dell'Accordo del 2006, l'istituto del telelavoro.

4. Proprio sull'onda di tale ultima riflessione e volontà, nasce il *Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework* (in epigrafe), nodo focale nonché punto conclusivo dell'iter che sin dal 2002 investe l'Europa in materia. I punti più rilevanti nel documento riguardano:

- il mantenimento a tutti gli effetti dello *status* di lavoratore;
- la natura volontaria del telelavoro e il diritto alla riconversione in modalità ordinaria;
- le informazioni obbligatorie nei confronti del telelavoratore;
- la copertura dei costi ad opera del datore di lavoro;
- il diritto ad una formazione continua;
- i diritti di sicurezza e di tutela della salute;
- i tempi di lavoro;
- i rapporti tra azienda e telelavoratore;
- i diritti individuali e collettivi;
- le modalità di accesso al telelavoro.

Il documento avanza su due binari: in primo luogo contiene un *excursus* dei passaggi fondamentali che hanno caratterizzato la materia, per poi focalizzarsi specificamente sugli assetti nazionali riformati, in linea con quanto dedotto a livello europeo. A seguire, pone in luce le criticità dei contenuti riprodotti nei precedenti accordi.

Circa il primo punto, le parti hanno fotografato fedelmente gli assetti normativi e di rece-

pimento, quanto mai variopinti e eterogenei, che rilevano nel contesto comunitario. Avendo già affrontato la situazione del nostro Paese, è opportuno riportare, anche se non esauriente del quadro completo, la situazione della Germania e del Regno Unito, posizioni tra loro dissimili in particolar modo sotto il profilo del metodo di recepimento.

Infatti, mentre in Germania si è preferito dare esecuzione alle intese tramite la introduzione a livello aziendale di disposizioni in materia (quindi vincolanti per i soggetti sottoscrittori), nel Regno Unito si è preferito procedere tramite sistemi di cooperazione informale, ritenuti più proficui anche alla luce dell'assetto normativo vigente.

Quanto al secondo profilo di analisi presente nel documento di implementazione della Commissione, è stato compiuto uno studio attento sia delle problematiche riscontrabili in ambito prettamente nozionistico, sia dei possibili percorsi di risoluzione di queste ultime. Il primo vero neo è dato dalla definizione di telelavoro, rinvenibile nell'Accordo quadro del 2002 (vedi *infra*, § 1). Essa, se da un lato ha in sé il pregio di creare un precedente in tema di delimitazione della fattispecie, dall'altro non tiene in considerazione due profili fondamentali: la stabilità nello svolgimento dell'attività e le *performances* lavorative.

A detta della Commissione, sarebbe opportuno che la nuova definizione recitasse così: «il telelavoro è un metodo di organizzazione e di svolgimento del lavoro che si svolge per almeno una parte considerevole e che sia svolto da una persona fisica, all'interno di un rapporto di lavoro, secondo le seguenti condizioni cumulative:

- il lavoro sia svolto a distanza (lontano dai locali della azienda o lontano dal luogo dove di norma il lavoro è previsto);
- il lavoro sia eseguito utilizzando strumenti di *information technology* e tecnologia tramite trasmissione dati, in particolare tramite internet» (traduzione a cura dell'autore).

Questa nuova definizione riuscirebbe nell'intento di ricomprendere al suo interno le tre modalità di telelavoro sinora riconosciute: *teleworking from home*, *mobile teleworking* e *work in telework centres* (si tratta rispettivamente di telelavoro svolto dalla propria abitazione, telelavoro tramite apparecchi di comunicazione mobile e in stazioni a distanza nonché telelavoro svolto in *telecottages*, organizzazioni che offrono un insieme coordinato di servizi ai telelavoratori allo scopo di facilitarne l'inserimento nel mondo del lavoro). A definizione data, segue poi una verifica dei principali istituti ricondotti alla materia del telelavoro, già analizzati nei documenti del 2002 e del 2006 e che si è già avuto modo di riportare.

A chiusura dell'opera, la Commissione riporta, nel paragrafo conclusivo del suo *report*, le linee per il futuro che dovranno guidare lo sviluppo dell'istituto del telelavoro nella Unione Europea: accelerare le procedure di confronto nei Paesi che non abbiano ancora dato conclusione al percorso evolutivo della materia, dare maggiore visibilità all'Accordo quadro, anche tramite specifiche *brochures* di approfondimento, analizzare in modo pregnante le similitudini e le peculiarità che sussistono tra i vari modelli di telelavoro come precedentemente riportati.

«*At this point the implementation of the Framework Agreement on Telework may be considered a success*». Così la Commissione conclude il suo documento; così possiamo auspicarci che prosegua l'implementazione di un istituto che sempre più oggi appare quale mezzo di miglioramento delle condizioni di lavoro in Europa.

Valerio Berti

Scuola internazionale di Alta Formazione in Relazioni industriali e di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Francia

- *orientamenti della contrattazione collettiva (1.1.)*

Germania

- *sciopero: orientamenti del BAG (2.1.)*

Quadro internazionale e comparato (Paesi dell'America Latina)

- *mercato del lavoro: quadro normativo ed empirico (3.1.)*

Regno Unito

- *lavoro pubblico: prospettive di riforma (4.1.)*

*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. COMMISSION NATIONALE DE LA NÉGOCIATION COLLECTIVE, *La négociation collective en 2007*, 23 giugno 2008 (in *Boll. Adapt.*, 2008, n. 23).

Sviluppi e tendenze della contrattazione collettiva

Sommario: **1.** Note introduttive. – **2.** Criticità della legge del 2004. – **3.** I punti di riforma della legge del 2007.

1. Nel mese di luglio, la *Commission nationale de la négociation collective* ha presentato il bilancio della contrattazione collettiva 2007 in Francia, individuando il percorso innovativo che lo Stato ha intrapreso a pieno titolo oramai da tempo.

Da diversi anni, il sistema delle relazioni sociali francese è stato profondamente influenzato dallo sviluppo delle norme in materia di contrattazione collettiva. In linea coerente con quanto già individuato dalla legge del 4 maggio 2004, la legge del 31 gennaio 2007, anch'essa avente ad oggetto la modernizzazione del dialogo sociale, valorizza i rapporti tra Stato e parti sociali. In questo contesto, la *Direction générale du travail*, a cui spetta la responsabilità di disciplinare i rapporti di lavoro singoli e collettivi, è testimone privilegiato di questi continui cambiamenti ed il tradizionale bilancio presentato ogni anno ne è un esempio dimostrativo. Esso, da un lato riporta le attività convenzionali, elencando ed analizzando gli accordi collettivi conclusi a livello interprofessionale, di settore e aziendali, in Francia ed in Europa, dall'altro espone il processo innovativo della contrattazione collettiva. Un primo spunto di riflessione è dato dai risultati maturati nell'anno 2007 dagli accordi di settore, che si contrappongono, con la crescita registrata, alla leggera diminuzione del quantitativo degli accordi sottoscritti a livello aziendale.

Se il numero dei contratti stipulati a livello interprofessionale registra un ribasso rispetto al 2006 (26 contro 48), è pur vero che la contrattazione in tale settore, dinamizzata dalle nuove disposizioni di legge sulla modernizzazione del dialogo sociale del 31 gennaio 2007, ha registrato, soprattutto a livello nazionale, un elevato ritmo di incontri, diretti a coprire una vasta gamma di tematiche. In termini di accordi, si ritrovano 21 emendamenti a quelli già esistenti e 5 nuovi accordi, tra cui il contratto nazionale del 12 marzo 2007, concernente la prevenzione dei rischi connessi a attività lavorativa.

Il ramo della contrattazione di settore, da parte sua, ha registrato un leggero calo rispetto al 2006: nel 2007 sono stati sottoscritti 1.012 accordi, 84 in meno rispetto all'anno precedente. Per quanto riguarda la contrattazione aziendale, anche questa ha registrato una lieve diminuzione del numero di accordi nel 2007, registrando un calo dell'11% rispetto al 2006. Il declino tuttavia è dovuto in larga parte alla necessità, perfezionatasi nel 2006, di addivenire ad accordi in tema di attuazione della cosiddetta misura dei "bonus eccezionali"; elemento questo che al contrario non è stato oggetto di contrattazione nell'anno appena trascorso, dando così luogo ad un pedissequo declino del numero di intese. La flessione è stata inoltre aggravata dalla diminuzione del numero di accordi in materia di mandato concesso ai delegati del personale, contrazione registratasi d'altronde anche in tema di salari, seppur questa rimanga comunque materia preponderante (oltre 7.000 accordi). Ispirandosi alla Posizione comune del 12 luglio del 2001, la legge del 4 maggio 2004 ha avuto tra gli obiettivi primari quello di «rilanciare il dialogo sociale» e quello di «favorire lo sviluppo della contrattazione collettiva», obiettivi perseguiti tramite tre direttrici fondamentali: istituire un rapporto autonomo tra i diversi livelli di contrattazione, rinnovare le regole di validità degli accordi e sviluppare, a determinate condizioni, il dialogo socia-

le nelle imprese prive di delegati sindacali. La valutazione della normativa, condotta nel 2007, mira a determinare le dimensioni dell'espansione in termini pratici della negoziazione, basandosi sull'analisi e sulle percezioni degli attori/osservatori del dialogo sociale ed esaminando, a distanza di un quinquennio dall'entrata in vigore della legge del 2004, i principali punti focali della stessa, ossia il principio di maggioranza, l'articolazione dei livelli di negoziazione e le modalità alternative di negoziazione nelle imprese, più libere in mancanza della figura dei delegati sindacali e strutturalmente mirate a sviluppare e favorire la contrattazione nelle piccole imprese.

2. Varie sono le doglianze sollevate circa l'applicazione della legge del 2004. Il processo di contestazione si è focalizzato principalmente sotto tre versanti, tra loro eterogenei: la mancata concretizzazione del principio di maggioranza, il diritto di opposizione e la deroga. Quanto al principio di maggioranza, gli attori hanno scelto di non utilizzarlo nel processo di conclusione dei contratti, in quanto le modalità di attuazione previste in tal senso sono complicate, soprattutto nella parte relativa all'individuazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

Sotto il profilo del diritto di opposizione, esso non sembra aver avuto grande attuazione da parte delle organizzazioni sindacali, sebbene la sua introduzione non sia stata del tutto neutra. Esso, integrato dagli attori del dialogo sociale, ha influenzato le strategie di negoziazione degli stessi, premendo verso una più attiva ricerca dell'adesione maggioritaria delle organizzazioni sindacali, al fine di addivenire ad un accordo che non fosse prodromico, bensì arginante una possibile futura opposizione. A tale proposito è sufficiente osservare come, a partire dal 2004, il numero medio di organizzazioni sindacali sottoscrittrici degli accordi sia sensibilmente aumentato. Infine, in tema di deroga – ovvero di possibilità di disattendere un accordo di livello superiore tramite l'applicazione di un accordo di livello inferiore – tale facoltà, operata tramite un contratto aziendale a discapito di un accordo di settore, è limitata dalla legge stessa, che ne esclude tale possibilità ove si ricada nelle quattro materie tipizzate: salario, inquadramenti, garanzie collettive di protezione sociale e fondi per la formazione professionale; ulteriore limite può derivare dalla volontà delle parti, tramite l'introduzione di clausole inderogabili negli accordi di settore. Si potrebbe affermare, in un qual senso, che la legge del 2004 abbia rafforzato il livello settoriale, anche se le disamine iniziali della legge evocavano una trasformazione del diritto di contrattazione collettiva con una riduzione del ruolo di intermediazione dei settori a favore della contrattazione aziendale.

Due serie di spiegazioni possono essere proposte. Diversi aspetti della legge del 2004 richiedono un'esperienza giuridica approfondita che non sempre gli attori della contrattazione posseggono; inoltre, il quadro teorico della deroga introdotto dalla legge si scontra con la pratica degli attori. Si ritiene che la deroga sia limitata poiché la legge pone delle regole di base comune. Su un piano qualitativo, la legge del 2004 potrebbe essere vista come una prima riforma diretta ad ampliare le regole della contrattazione collettiva per sviluppare il dialogo sociale in Francia. La legittimità degli accordi è stata rinforzata dall'introduzione del diritto di opposizione maggioritaria che ha influenzato l'azione degli attori. Di conseguenza è necessario ulteriore tempo perché le parti inizino ad applicare la normativa in modo appropriato. Anche il principio di maggioranza è oggi diversamente visto; in realtà se è vero che tutti sono favorevoli alla presenza nel sistema di tale principio, il problema si pone sulle modalità di attuazione dello strumento in esame. Per le parti sociali, aldilà dell'integrazione degli attori nei negoziati tramite l'inserimento del principio della maggioranza, la nuova legge non ha cambiato di molto la situazione precostituitasi.

3. Con la legge del 31 gennaio 2007, relativa alla modernizzazione del dialogo sociale, il Governo e il Parlamento hanno voluto affidare ancora più potere alle parti sociali nello sviluppo delle norme e delle riforme. Attraverso le procedure di concertazione, di consul-

tazione e di informazione, il Testo assegna alle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori nuove responsabilità circa l'evoluzione dei diritti collettivi nei rapporti di lavoro. Anche se la norma è recente, sono stati già percorsi alcuni passi in avanti in tema di dialogo sociale e di sviluppo dei rapporti di lavoro. Questi primi risultati sono elencati ed analizzati nel bilancio del 2007, che dimostra che le parti hanno colto l'opportunità di negoziare, ancor prima dell'intervento del legislatore, aspetto evidenziato dall'evoluzione del sistema e dagli accordi emanati, che sono espressione della dinamica voluta dal legislatore. La direzione intrapresa traduce la volontà, ossia il desiderio, di cambiare il quadro delle relazioni sociali attraverso la cooperazione e l'impegno delle organizzazioni dei datori e dei lavoratori. I successivi obiettivi, anch'essi oggetto di analisi del bilancio 2007, si inseriscono di diritto in questo quadro: accanto ad elementi quantitativi e statistici, si aggiungono spunti di analisi e di riflessione degli attori della negoziazione. Oltre quanto detto, si sono delineati i *goals* futuri e una prima serie di applicazioni della legge.

Nel 2007, 937 domande di proroga sono state registrate presso la Direzione generale del lavoro (DGT). Questa cifra si mantiene ad un livello particolarmente alto, dopo l'aumento del 50% delle domande presentate tra il 2002 ed il 2005. Il numero degli accordi sui salari esaminati con procedura accelerata è passato da 376 del 2005 a 448 nel 2006 (20% in più), e si stabilizza a 436 nel 2007. Abbozzato nel 2004, l'aumento del numero degli accordi conclusi nei settori professionali si è intensificato nel 2005; da allora, il numero di testi firmati è diminuito, ma resta tuttavia di numero elevato. Nel 2007, come negli anni precedenti, molti accordi sono stati raggiunti in materia di salari e di formazione professionale. Anche se vi è stata una diminuzione rispetto all'anno precedente, il numero delle intese nel 2007, in materia di formazione professionale, resta significativo. Questi accordi si inseriscono nell'iter nazionale a favore della formazione professionale lungo tutto l'arco della vita, iniziato con le leggi del 20 settembre 2003 e del 4 maggio 2004. È soprattutto a livello nazionale che si svolge la contrattazione, difatti solo un testo su tre è concluso a livello regionale o locale. Inoltre, i negozianti hanno fatto ricorso a vari strumenti giuridici per sigillare i loro accordi, tra cui distinguere i lavori in testi di base – la contrattazione collettiva o professionale, conclusa su uno specifico argomento e con un proprio campo di applicazione – e testi di accordo o emendamenti che modificano o adattano le disposizioni del testo base a cui si riferiscono. Quindi, è nell'ambito di questi due criteri – portata geografica e tipo di testo – che si dovrebbe analizzare l'attività convenzionale. Mentre il numero degli atti in tema di salari e stipendi è stato relativamente basso nel 2004 (433, ossia il 40,5% del totale di atti), esso ha registrato una forte ripresa nel 2005, particolarmente sotto l'impulso dei poteri pubblici, che hanno iniziato nel 2004 un'operazione di rivalutazione dei minimi salariali di settore, perfezionata poi nel 2007. Dal 2005, le parti sociali sono incoraggiate a concludere accordi, soprattutto in quei settori in cui i minimi salariali sono superati dallo SMIC (*Salair Minimum Interprofessionnel de Croissance*, equivalente al minimo sindacale italiano). A seguito di tale operazione di rilancio della contrattazione salariale di settore, la quota degli atti in detta materia rappresenta più della metà degli accordi conclusi (49,2% nel 2007); il numero di accordi nazionali interprofessionali in materia di formazione professionale conclusi nel 2007 rimane elevato (147), anche se vi è un calo significativo rispetto al livello raggiunto nel 2006 (-20%).

2. Germania

2.1. Bundesarbeitsgericht, sentenza del 19 giugno 2007, 1 AZR 396/06 (in  indice A-Z, voce *Sciopero*, sezione *Giurisprudenza internazionale*).

Rechtmäßigkeit eines Unterstützungsstreiks - Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

1. Gewerkschaftliche Streiks, die der Unterstützung eines in einem anderen Tarifgebiet geführten Hauptarbeitskampfs dienen, unterfallen der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften.

2. Die Zulässigkeit eines Unterstützungsstreiks richtet sich - wie bei anderen Arbeitskampfmassnahmen - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist rechtswidrig, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfs offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen ist.

Legittimità di uno sciopero di solidarietà - Libertà di azione sindacale - Principio di proporzionalità.

1. Sono riconducibili alla garanzia della libertà di azione sindacale di cui all'art. 9, co. 3 GG (Grundgesetz) scioperi sindacali a sostegno di un'azione primaria finalizzata alla stipulazione di un contratto collettivo non applicabile ai lavoratori coinvolti nell'azione secondaria.

2. La legittimità di uno sciopero di solidarietà deve essere valutata - come nel caso degli altri mezzi di lotta sindacale - alla luce del principio di proporzionalità. Tale sciopero è illegittimo allorché, ai fini del sostegno dell'azione sindacale primaria, appare manifestamente inidoneo, manifestamente non necessario o non proporzionale.

2.2. Bundesarbeitsgericht, sentenza del 24 aprile 2007, 1 AZR 252/06 (in  indice A-Z, voce *Sciopero*, sezione *Giurisprudenza internazionale*).

Unterlassungsanspruch eines Arbeitgeberverbands - Streik um Tarifsozialplan - Ausgleich von Nachteilen aus konkreter Betriebsänderung - Zulässigkeit eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrags - gerichtliche Übermaßkontrolle.

1. Ein Arbeitgeberverband kann firmenbezogene Verbandstarifverträge schließen, mit denen die Nachteile aus konkreten Betriebsänderungen ausgeglichen oder gemildert werden sollen. Für den Abschluss solcher Tarifverträge kann eine Gewerkschaft zum Streik aufrufen.

2. Eine gerichtliche Kontrolle des Umfangs von Streikforderungen, die auf tariflich regelbare Ziele gerichtet sind, ist mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren.

Azione inibitoria di un'associazione imprenditoriale - Sciopero finalizzato alla stipulazione di un contratto collettivo in materia di piano sociale - Compensazione degli svantaggi derivanti da una concreta modifica di stabilimento (*Betriebsänderung*) - Legittimità di un contratto collettivo stipulato tra associazioni sindacali di vertice con efficacia limitata ad una specifica azienda - Controllo giudiziale di proporzionalità.

1. Un'associazione imprenditoriale è legittimata a stipulare contratti collettivi con efficacia limitata ad una specifica azienda con cui sono compensati o attenuati gli svantaggi derivanti da concrete modifiche di stabilimento. Ai fini della stipulazione di tali contratti collettivi un sindacato è legittimato a proclamare uno sciopero.

2. *Contrasta con l'art. 9, co. 3 GG (Grundgesetz) un controllo giudiziale sulla portata delle rivendicazioni alla base dello sciopero, che attengono ad istituti che possono essere regolati dalla contrattazione collettiva.*

Nuovi orientamenti del Bundesarbeitsgericht in tema di sciopero

Sommario: 1. Il revirement del Bundesarbeitsgericht in materia di sciopero di solidarietà. – 2. Legittimità di uno sciopero finalizzato alla stipulazione di un contratto collettivo in materia di piano sociale. – 2.1. La strategia sindacale del c.d. “doppio piano sociale”. – 2.2. I casi *Otis* e *Heidelberger Druckmaschinen* e il dibattito dottrinale. – 2.3. La legittimazione della nuova strategia sindacale.

1. La funzionalizzazione del conflitto sindacale alla contrattazione collettiva (*Tarifbezug des Arbeitskampfes*), secondo un’elaborazione attribuibile al Nipperdey del dopoguerra e poi adottata dal Bundesarbeitsgericht (si ricorda, in proposito, che lo stesso giurista nel 1954 è divenuto presidente del Primo Senato della Corte Federale del Lavoro, competente in materia di conflitto collettivo; cfr. per una recente ricostruzione storica: M. KIT-TNER, *Arbeitskampf. Geschichte, Recht, Gegenwart*, C.H. Beck, München, 2005, 603 ss.), ha portato la giurisprudenza tedesca ad escludere di norma la legittimità degli scioperi secondari. Si tratta infatti di azioni rivolte, non nei confronti della controparte contrattuale (datori di lavoro o relative associazioni), al fine di esercitare pressione in funzione del rinnovo del contratto collettivo, ma verso terzi che non possono soddisfare le relative rivendicazioni e che non dispongono della facoltà di scegliere tra subire il conflitto o cedere alla controparte. Trattandosi di un’azione rivolta contro un soggetto che non è in grado di soddisfare la pretesa posta ad oggetto dello sciopero, il datore di lavoro diverrebbe “ostaggio economico” del sindacato (così efficacemente H. OTTO, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, C.H. Beck, München, 2006, 199), con una lesione del principio della parità delle armi nel conflitto collettivo.

Da un punto di vista qualificatorio, al fine di segnare i confini rispetto agli scioperi (legittimi) primari, gli scioperi di solidarietà vengono definiti come gli scioperi condotti al di fuori del campo d’applicazione territoriale o categoriale del contratto collettivo alla cui stipulazione è finalizzata l’azione primaria (H. OTTO, *op. cit.*, 197).

L’indirizzo consolidatosi negli anni Ottanta (per il periodo precedente, caratterizzato dalla mancanza di precedenti giudiziari ed incentrato sul dibattito dottrinale, si veda soprattutto R. BIRK, *Die Rechtmässigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmassnahmen*, ÖTV, Stuttgart, 1978), poggiante su due sentenze del Bundesarbeitsgericht (BAG), considerava illegittimi gli scioperi secondari, pur individuando un’area residuale di legittimità delle azioni secondarie, ove finalizzate alla garanzia della parità (materiale) delle armi nel conflitto collettivo. In una pronuncia del 1985 (Bundesarbeitsgericht (BAG), sentenza del 5 marzo 1985, in *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, 1986, 60 ss. con nota critica di M. LIEB e parimenti in *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht*, art. 9 Grundgesetz (d’ora in poi GG) Arbeitskampf n. 57, con nota critica di M. WEISS), si tipizzavano infatti alcune ipotesi di legittimità dello sciopero di solidarietà, riconducibili essenzialmente ai casi in cui il datore di lavoro avesse perso la sua neutralità rispetto al conflitto primario, mediante l’assunzione della produzione, ed ai casi di collegamento giuridico o economico così stretto tra i datori di lavoro interessati dal conflitto primario e secondario, che si potesse parlare di un’unica controparte sociale, non potendosi più considerare il soggetto passivo dell’astensione secondaria quale terzo rispetto al conflitto primario.

Tale approccio giurisprudenziale è stato ben sintetizzato al § 5 del c.d. “progetto dei professori” di una legge di regolazione dei conflitti collettivi (cfr. la proposta elaborata da R.

BIRK, H. KONZEN, M. LÖWISCH, T. RAISER, H. SEITER, *Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte: Entwurf und Begründung*, Mohr, Tübingen, 1988, che molto ha influenzato il dibattito dottrinale, pur non trovando riscontro sul piano politico-sindacale), che lo ha esteso a tutte le forme di lotta sindacale: «(1) Nel conflitto collettivo possono essere inclusi solo datori di lavoro e lavoratori delle aziende, in cui avrebbe vigore il contratto collettivo, alla cui stipulazione il conflitto stesso è finalizzato. I lavoratori di queste aziende non devono essere inclusi, qualora ad essi si applichi un altro contratto collettivo in cui è disciplinata la stessa materia, che il contratto collettivo, alla cui stipulazione il conflitto è finalizzato, dovrebbe regolare. [...] (3) L'inclusione di altri lavoratori o datori di lavoro nel conflitto collettivo è legittima, qualora in assenza di essa non sarebbe possibile una regolazione equilibrata delle condizioni di lavoro» (*ibidem*, 41).

Lo stesso orientamento è stato poi confermato in una sentenza del 1988 (BAG, sentenza del 12 gennaio 1988, in *Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht*, art. 9 GG Arbeitskampf n. 73, con nota critica di U. PREIS, e in *Arbeitsrechtliche Praxis*, art. 9 GG Arbeitskampf n. 90, con nota adesiva di B. RÜTHERS, molto critico nei confronti delle ipotesi di sciopero di solidarietà legittimo delineate nella pronuncia del 1985), con cui il BAG replica alle obiezioni sollevate in dottrina in occasione della pronuncia del 1985. In particolare, alla critica secondo cui l'esercizio legittimo del diritto di sciopero comporta comunque la compressione di diritti di terzi, che non sono in grado di soddisfare le pretese a base del conflitto, per cui non sarebbe persuasivo l'argomento che esclude la legittimità dello sciopero di solidarietà sulla base dell'impossibilità per il datore di dare seguito alle rivendicazioni sindacali (vedi H. PLANDER, *Der Sympathiestreik in der neuen Rechtsprechung des BAG*, in *Arbeit und Recht*, 1986, 198, che sottolinea come ad esempio il BAG abbia riconosciuto la legittimità della serrata anche nei confronti dei lavoratori non iscritti alle associazioni sindacali legittimate alla stipulazione del contratto collettivo o appartenenti ad altre associazioni), il BAG ha replicato mettendo in luce come esista una differenza tra un'azione collettiva rivolta alla stipulazione di un contratto collettivo che necessariamente lede i diritti di terzi e un conflitto, come lo sciopero di solidarietà, *specificamente finalizzato* a ledere la sfera giuridica di terzi.

Si trattava, a ben vedere, di un orientamento non dissimile da quello adottato dalla nostra Consulta nel 1962 (da ritenere ormai superato in seguito al diverso apprezzamento espresso dalla stessa Corte Costituzionale in ordine agli interessi perseguibili con l'azione sindacale: cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2003, 234), che ha riconosciuto la legittimità dello sciopero di solidarietà a condizione che sia riscontrabile l'identità della categoria dei lavoratori aderenti al conflitto primario e a quello secondario, nonché «l'affinità delle esigenze» alla base della sospensione del lavoro, «tale da fare ritenere che senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte» (C. Cost. 28 dicembre 1962 n. 123, che tuttavia ritiene non fondate le deduzioni dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui lo sciopero sarebbe legittimo solo se determinato da motivi contrattuali, cioè quando il soggetto passivo dell'astensione sia il datore di lavoro con il quale sussiste il rapporto, il solo in grado di soddisfare la pretesa posta ad oggetto dello sciopero stesso, così aprendo un periodo contrassegnato «dal progressivo recupero dello sciopero a fine non contrattuale»: F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del Lavoro, I. Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2006, 254).

Nel 2007, con la prima sentenza in epigrafe, il BAG ha corretto il precedente indirizzo (vedila anche in *Juristenzeitung*, 2008, 97, con nota critica di A. JUNKER, e in *Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen*, 2008, 9 ss., preceduta dal contributo di H. KONZEN, *Die erweiterte Zulassung des Unterstützungsstreiks*, 1 ss.), mostrando una certa apertura nei confronti della legittimità di scioperi di solidarietà in opposizione alla tendenziale chiusura della fase precedente.

La pronuncia prende le mosse da uno sciopero proclamato dai redattori di una testata

giornalistica contro l'editore per il rinnovo del contratto collettivo, supportato da uno sciopero di solidarietà, messo in atto dai lavoratori di una tipografia appartenente allo stesso gruppo societario dell'editore. In seguito al ritardo nella consegna dei giornali causato da tale azione secondaria, il datore adiva il tribunale del lavoro chiedendo il risarcimento del danno così sofferto.

L'argomentazione della Corte muove dal riconoscimento della libertà di scelta dei mezzi di lotta sindacale quale oggetto di tutela costituzionale ex art. 9 III GG, per arrivare ad affermare esplicitamente la garanzia costituzionale dello sciopero di solidarietà finalizzato ad offrire appoggio ad un'azione di autotutela diretta alla stipulazione di un contratto collettivo (anche nel caso in cui non vi sia identità dei soggetti sindacali stipulanti).

Tale *revirement* viene motivato sostenendo che la tesi contraria poggiava su un'interpretazione del dettato costituzionale fondata sulla c.d. "formula dell'ambito essenziale" (*Kernbereichsformel*) utilizzata dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, formula fraintesa, nel senso che il dettato costituzionale garantirebbe la libertà sindacale esclusivamente in una sfera essenziale. Secondo il BAG, dalla concezione contrattualistica del conflitto industriale, non può derivare l'illegittimità degli scioperi di solidarietà per il solo fatto di fuoriuscire dal campo di applicazione del contratto collettivo alla cui osservanza è tenuto il datore di lavoro soggetto passivo dell'agitazione. Una tale limitazione è certamente giustificata nel caso della serrata difensiva, al fine di mantenere la parità delle armi nel conflitto industriale ed evitare un'intensificazione dello stesso. Tale conclusione è rinforzata dal richiamo alla garanzia del diritto di sciopero di cui alla Parte II, art. 6, n. 4 della Carta sociale europea (riveduta) (a mente di tale articolo le parti riconoscono «il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti d'interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore»), garanzia che non potrebbe tollerare una limitazione di carattere generale dello sciopero al campo di applicazione del contratto collettivo (contrariamente a quanto sostenuto nelle due pronunce precedenti, nonché dalla dottrina maggioritaria che mette in luce la compatibilità della funzionalizzazione del conflitto alla contrattazione collettiva, dal momento che il tenore della norma riconosce il diritto «d'intraprendere azioni collettive» al fine di «garantire l'effettivo esercizio del diritto di negoziazione collettiva», e cioè la negoziazione di «convenzioni collettive» di cui art. 6, n. 2 della Carta: vedi O.R. KISSEL, *Arbeitskampfrecht. Ein Leitfa-den*, C.H. Beck, München, 2002, 227, che richiama le opinioni dottrinali conformi).

Le argomentazioni tradizionali con cui il BAG ha (salvo ipotesi eccezionali) negato la legittimità dello sciopero secondario vengono tuttavia recuperate in sede di sindacato di proporzionalità (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) nella tradizionale articolazione trifasica di giudizio di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, alla luce del quale devono essere vagliati anche gli scioperi di solidarietà.

Il giudizio di idoneità (il cui confine è la manifesta inidoneità) e quello di necessità (il cui confine è rappresentato dall'abuso del diritto) rientrano nella sfera discrezionale delle coalizioni, al contrario del sindacato di proporzionalità in senso stretto che implica non un giudizio di fatto ma una valutazione di diritto.

Quanto al giudizio di idoneità, secondo il BAG, il fatto che il datore di lavoro interessato dallo sciopero secondario non possa soddisfare le rivendicazioni sindacali, né sia in grado di agire a tal fine nei confronti della rispettiva associazione, non implica una generale inidoneità dell'azione di autotutela. La solidarietà dimostrata tramite l'azione secondaria può infatti rafforzare la predisposizione al conflitto degli aderenti all'associazione sindacale proclamando il conflitto primario. Tale conclusione vale a maggior ragione nell'ipotesi in cui si tratti di soggetti iscritti allo stesso sindacato.

L'*inidoneità* dello sciopero di solidarietà si potrà registrare nell'ipotesi in cui gli aderenti all'azione primaria e quelli aderenti all'azione secondaria appartengano a categorie così

diverse o siano così distanti economicamente o geograficamente, che la sospensione del lavoro non sia più idonea a persuadere la controparte sociale.

Sotto il profilo della *necessità* dell'azione, lo sciopero secondario appare palesemente non necessario a giudizio del BAG, ove proclamato contro la volontà del sindacato che conduce l'azione primaria.

Quanto al sindacato di *proporzionalità in senso stretto* del mezzo prescelto rispetto al fine, il BAG riconosce come esso debba essere contraddistinto da maggior rigore rispetto a quello cui è soggetto uno sciopero primario, dal momento che lo sciopero di solidarietà è rivolto a soddisfare interessi contrattuali non disponibili da parte del datore nei cui confronti è diretta l'azione collettiva.

Contrariamente a quanto sostenuto nel precedente del 1988, la Corte parte dalla premessa che l'inclusione di terzi, non in grado di soddisfare le pretese contrattuali della controparte sociale nel conflitto, non sia estranea al diritto all'autotutela degli interessi collettivi e non escluda automaticamente la proporzionalità dell'azione sindacale. Il datore di lavoro è infatti legittimato ad attuare la serrata anche nei confronti dei lavoratori non appartenenti alle associazioni sindacali legittimate alla stipulazione del contratto collettivo o appartenenti ad altre associazioni. Il BAG mette in luce come del pari la giurisprudenza abbia riconosciuto che il fatto che un datore di lavoro, non iscritto ad alcuna associazione datoriale, ma partecipante alle trattative contrattuali, sia soggetto passivo di uno sciopero finalizzato ad un contratto collettivo da stipularsi tra le associazioni sindacali non sia sufficiente a prospettare l'assenza di proporzionalità dell'azione di autotutela. E ciò anche se appare di tutta evidenza che lo stesso non è in grado di soddisfare la pretesa oggetto dello sciopero, né direttamente né indirettamente (tramite l'appartenenza all'associazione datoriale stipulante).

Secondo la Corte non proporzionale è di regola lo sciopero di solidarietà ove lo sciopero primario sia illegittimo. Ai fini del giudizio di proporzionalità in senso stretto, occorre prendere in considerazione la vicinanza o lontananza del conflitto secondario rispetto al conflitto primario, valutando il nesso economico esistente tra il datore di lavoro interessato dallo sciopero primario e quello interessato dall'azione secondaria. Tale connessione si avrà in particolare nell'ipotesi di collegamento societario tra le imprese di un gruppo o nel caso della presenza di rapporti di produzione, servizio o di fornitura. Un elemento da tenere in considerazione ai fini di tale sindacato, è se il datore interessato dal conflitto secondario abbia già interferito con lo sciopero primario, perdendo la sua neutralità. Un altro fattore di valutazione è dato dall'identità o meno dei soggetti sindacali proclamanti le azioni collettive primaria e secondaria. Il BAG mette in luce come non proporzionale sia uno sciopero di solidarietà ove il baricentro dell'intero conflitto venga significativamente trasferito su quest'ultimo, che pertanto perderebbe il carattere di supporto ad un conflitto primario.

Le linee così sintetizzate del *revirement* del BAG rappresentano un'apertura parziale, ma significativa per l'ordinamento tedesco, nei confronti di conflitti non funzionalizzati alla stipulazione di un contratto collettivo, e non sorprende che siano state oggetto di aspra critica da parte dei primi autorevoli commentatori (A. JUNKER, *op. cit.*; H. KONZEN, *op. cit.*). I toni arrivano a stigmatizzare il nuovo orientamento del BAG come privo di coerenza dogmatica, accusando i giudici di aver superato i confini riservati al potere giudiziario e di aver adottato posizioni non difendibili da un punto di vista della politica del diritto (H. KONZEN, *op. cit.*, 6).

In particolare, sul piano dogmatico, si contesta il punto di partenza del percorso argomentativo seguito dal BAG, per il quale si riconduce la libertà della scelta dei mezzi di lotta sindacale nella tutela di cui all'art. 9 III GG, da ciò ricavando la legittimità dello sciopero di solidarietà, e riducendo la portata del principio di proporzionalità nel momento in cui attribuisce ai soggetti collettivi una sfera di discrezionalità (H. KONZEN, *op. cit.*, 7). Se-

condo tale critica, la libertà della scelta dei mezzi di lotta sindacale deve comunque muoversi entro i confini di legittimità del conflitto collettivo, il che richiede che esso, in quanto produttivo di effetti nella sfera giuridica di altri soggetti giuridici, sia idoneo e necessario. La sfera di discrezionalità attribuita alle coalizioni ai fini di tale giudizio non appare compatibile con gli orientamenti tratteggiati. L'impostazione del BAG circoscrive il sindacato di proporzionalità riservato all'organo giudiziario essenzialmente al giudizio di proporzionalità in senso stretto, i cui confini appaiono tuttavia incerti e rimessi alla discrezionalità del BAG (H. KONZEN, *op. cit.*, 7-8).

Per cercare di trovare una giustificazione del *revirement*, si mette in luce come i due precedenti giurisprudenziali del BAG del 1985 e del 1988 riguardassero scioperi di solidarietà proclamati da soggetti sindacali diversi rispetto a quelli coinvolti nello sciopero primario, a differenza della fattispecie oggetto della recente pronuncia ove si può registrare un'identità degli stessi (vedi A. JUNKER, *op. cit.*, 104). Si mette tuttavia subito in luce come tale differenza non sia più in realtà rilevante ai fini del giudizio di legittimità dell'azione sindacale e come l'identità o meno delle coalizioni proclamanti lo sciopero abbia valore solo ai fini del sindacato di proporzionalità in senso stretto (*ibidem*).

Il vero punto critico della sentenza, in grado di avere effetti dirompenti sui principi consolidati in tema di sciopero, è tuttavia l'apertura verso un diverso apprezzamento degli interessi perseguibili con l'azione sindacale, giungendo eventualmente a riconoscere la legittimità di scioperi di protesta o di solidarietà, a favore o contro provvedimenti riservati all'organo legislativo, come sembra potersi ricavare da un passaggio della pronuncia (*ibidem*; molto critico anche C. KERWER, *Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: Neue Tendenzen im Arbeitskampfrecht*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, 344).

2. La seconda pronuncia in epigrafe, anche questa resa dal BAG nel 2007, appare rilevante in quanto legittima la nuova strategia di lotta predisposta dal sindacato finalizzata ad impedire l'*offshoring* verso Paesi a basso costo del lavoro, con gravi ricadute occupazionali sul territorio nazionale.

Nel caso di specie si trattava di uno sciopero attuato in seguito alla decisione imprenditoriale di delocalizzare uno stabilimento negli Stati Uniti. L'associazione sindacale chiedeva la regolazione in un contratto collettivo di istituti normalmente oggetto del piano sociale concluso tra datore di lavoro e consiglio aziendale (*Betriebsrat*), col fine ultimo di rendere la decisione imprenditoriale talmente costosa da impedirne la messa in atto.

2.1. Al fine di comprendere l'azione sindacale così esercitata, nonché la portata della decisione del BAG, occorre mettere in luce come di fronte alle sempre più frequenti delocalizzazioni, gli strumenti partecipativi predisposti dalla *Betriebsverfassung* da un lato e la sanzione dello sciopero dall'altro si dimostrino deboli di fronte all'esercizio di una prerogativa rientrante nell'esclusiva discrezionalità imprenditoriale (vedi W. DÄUBLER, *Offshoring und die Hilflosigkeit des Arbeitsrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 30 ss.). Destinate al fallimento sono apparse le istanze sindacali *de iure condendo*, finalizzate all'introduzione di un diritto di veto dei rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza in occasione delle delocalizzazioni o orientate ad un'azione sfavorevole sul piano fiscale, dati i dubbi di compatibilità con la garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica privata e con la libertà di stabilimento garantita dall'art. 43 TCE (vedi, in questo senso, A. JUNKER, *Über den richtigen Weg zu angemessenen Arbeitsbedingungen – Einführung*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Beilage 3, 2006, 150).

Alla luce dei suddetti ostacoli normativi va letta la nuova tattica sindacale, ideata nel 1998 dall'*IG Metall Küste*, consistente nel rendere particolarmente costose le delocalizzazioni, fino al punto da far sì che l'imprenditore abbandoni il progetto di ristrutturazione. A tale scopo il sindacato rivendica la stipulazione, direttamente con le associazioni

imprenditoriali, di contratti collettivi, aventi efficacia negli stabilimenti interessati dagli esuberanti, contenenti termini di preavviso di licenziamento particolarmente prolungati (al fine di tenere in vita anche per anni lo stabilimento), costose misure di riqualificazione professionale, elevate indennità spettanti in caso di cessazione del rapporto o l'istituzione di un fondo d'emergenza. Trattandosi di materie che invadono il terreno tradizionale riservato dalla legge al *Betriebsrat*, il datore di lavoro si trova stretto in una "morsa": contemporaneamente allo svolgimento delle trattative con il *Betriebsrat*, finalizzate alla stipulazione di un piano sociale, il sindacato proclama azioni di lotta sindacale dirette alla stipulazione di un contratto collettivo avente ad oggetto la stessa materia (vedi *ex multis* J.-H. BAUER, S. KRIEGER, "Firmentarifsozialplan" als zulässiges Ziel eines Arbeitskampfes?, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2004, 1020). La pressione nei confronti della controparte è accresciuta dalla facoltà per il *Betriebsrat*, qualora le trattative falliscano, d'invocare l'intervento dell'organo arbitrale (*Einigungsstelle*), obbligato ad emanare il piano sociale [cfr. § 112 IV BetrVG; si noti che corollario di tale previsione è l'"obbligo di pace aziendale" (*betriebliche Friedenspflicht*) ex § 74 II BetrVG, che preclude il ricorso ai mezzi di lotta collettiva ai soggetti della *Betriebsverfassung*]. Tale strategia c.d. del "doppio piano sociale" è rivolta a forzare il datore a vincolarsi a condizioni di esodo particolarmente vantaggiose per i lavoratori coinvolti o ad abbandonare del tutto il progetto di ristrutturazione a causa dei costi elevati cui andrebbe incontro, al fine di mitigarne l'impatto sociale (J.-H. BAUER, S. KRIEGER, *op. cit.*, 1020).

Il problema dell'apprezzamento giuridico di tale azione sindacale, condotta in occasione dei processi di riorganizzazione e ristrutturazione, si pone non soltanto a causa del dualismo della rappresentanza collettiva, ma anche dello stesso *status* giuridico dell'azione sindacale. Quanto al primo profilo, occorre infatti valutare se l'attribuzione al *Betriebsrat*, da parte della legge sui consigli aziendali (*Betriebsverfassungsgesetz*), del ruolo di agente negoziale nelle trattative dirette alla stipulazione del piano sociale implichi l'esistenza di una riserva di competenza (*Sperrwirkung*) a favore di tale organo in grado di escludere le coalizioni sindacali. In merito al secondo profilo, va sottolineato come la funzionalizzazione del conflitto sindacale alla contrattazione collettiva comporta che lo sciopero debba riguardare materie che possono essere oggetto di regolamentazione collettiva ex § 1 I della legge sul contratto collettivo (*Tarifvertragsgesetz*), tra cui non rientrano le decisioni imprenditoriali, coperte dalla garanzia costituzionale della libertà d'iniziativa economica privata, mentre vi rientrano sicuramente le conseguenze sociali dei processi di razionalizzazione al fine di mitigarne l'impatto occupazionale (in proposito va peraltro ricordato come secondo un autorevole orientamento, contratti collettivi contenenti clausole che incidano sulle scelte gestionali riservate costituzionalmente all'imprenditore potrebbero essere oggetto di volontaria stipulazione, ma non potrebbero essere oggetto di rivendicazione tramite la sanzione dello sciopero: vedi F. GAMILLSCHG, *Kollektives Arbeitsrecht, Band I: Grundlagen/Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag/Arbeitskampf und Schlichtung*, Beck, München, 1997, 339).

Un'altra difficoltà sorge dalla potenziale lesione del principio di parità delle armi nel conflitto collettivo (*Grundsatz der Kampfparität*), data la superiorità della pressione esercitabile dal sindacato. Tale conclusione si ricava dal rilievo che, *de facto*, il datore non sarebbe libero di abbandonare la trattativa, ma subirebbe un'indebita pressione a cedere alle rivendicazioni sindacali, dal momento che, in caso di fallimento dei negoziati, resterebbe comunque soggetto all'obbligo di concludere un accordo con l'organo arbitrale (*Einigungsstelle*).

2.2. L'impulso per il dibattito scientifico è giunto da una serie di scioperi diretti alla stipulazione di un piano sociale (ma caratterizzati anche in questo caso dal celato fine di impedire misure di delocalizzazione), attuati nei casi *Otis* e *Heidelberger Druckmaschinen*, su cui le Corti di seconda istanza hanno avuto modo di pronunciarsi, riconoscendo la

legittimità delle azioni sindacali così intraprese. Le Corti interessate hanno affermato come a tale conclusione non osti né la portata eccessiva delle rivendicazioni, non spettando all'organo giudicante entrare nel merito delle rivendicazioni sindacali fintantoché rientranti tra le materie che possono essere disciplinate dalla contrattazione collettiva, né l'esistenza di una procedura *ad hoc* prevista dai §§ 111 e ss. BetrVG, che prevede il coinvolgimento del *Betriebsrat*, dato il rango costituzionale di cui gode l'autonomia collettiva a differenza delle norme, di livello ordinario, della *Betriebsverfassung* (Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, sentenza del 27 marzo 2003, in *Arbeitsrechtliche Praxis*, art. 9 GG Arbeitskampf n. 165; Landesarbeitsgericht Niedersachsen, sentenza del 2 giugno 2004, in *Arbeitsrechtliche Praxis*, art. 9 GG Arbeitskampf n. 164; Landesarbeitsgericht Hessen, sentenza del 2 febbraio 2006, in *BeckRS*, 41396). Una lesione della libertà di iniziativa economica privata può aversi unicamente qualora le rivendicazioni abbiano ad oggetto non il *quomodo*, ma lo stesso *an* della misura di ristrutturazione diretta alla delocalizzazione.

Gli orientamenti espressi in tali sentenze sono stati oggetto di critica da parte di autorevole dottrina, che ha messo in luce come la tutela costituzionale dell'autonomia collettiva incontri il limite della frode alla legge, limite che deve ritenersi violato ove le coalizioni cerchino di aggirare l'espressa riserva di competenza in materia di piano sociale garantita al *Betriebsrat* (vedi H. REICHOLD, *Zulässigkeitsgrenzen eines Arbeitskampfes zur Standort-sicherung*, in *Betriebs Berater*, 2004, 2818).

Un'altra linea argomentativa ha messo in luce la debolezza delle conclusioni dei giudici, in quanto lascerebbero aperto il problema del rispetto del principio di uguaglianza nella distribuzione delle risorse da ripartire in occasione delle modifiche di stabilimento (*Betriebsänderungen*) aventi effetti occupazionali (T. LOBINGER, *Arbeitskämpfe bei Standort-schließungen und -verlagerungen?*, in V. RIEBLE (a cura di), *Zukunft des Arbeitskampfes*, ZAAR-Verlag, München, 2005, 82). La struttura associativa del sindacato porta a privilegiare gli interessi degli iscritti, mentre il *Betriebsrat* si fonda su una legittimazione elettorale ed è destinato a rappresentare gli interessi di tutto il personale del *Betrieb*. Solo tale ultima istituzione è tenuta, per espressa previsione normativa, ad operare nella osservanza del *Betriebswohl* (letteralmente "il bene dello stabilimento") ex § 2 I BetrVG e nel rispetto del principio di eguaglianza ex § 75 I BetrVG (*ibidem*, 82-83). Ne deriva il riconoscimento di una riserva a favore del *Betriebsrat* in materia di piano sociale.

Altra dottrina (M. LÖWISCH, *Beschäftigungssicherung als Gegenstand betrieblicher und tariflicher Regelungen und von Arbeitskämpfen*, in *Der Betrieb*, 2005, 557-558) ha messo in luce la correttezza delle argomentazioni dei giudici, rilevando come non possa ricavar-si una riserva di competenza a favore del *Betriebsrat* in materia di piano sociale, stante l'espressa previsione di una riserva di competenza a favore delle coalizioni (*Tarifvorbe-halt*), non derogabile nemmeno da una pattuizione più favorevole contenuta in un accordo di codeterminazione, ex § 77 III 1 BetrVG (ai sensi del quale «i trattamenti retributivi e gli altri trattamenti normativi, che vengono regolati o abitualmente vengono regolati dalla contrattazione collettiva, non possono essere oggetto di un accordo di codeterminazione»). Del pari, dalla norma del § 112 I 4 BetrVG, ai sensi del quale il piano sociale è, per espressa previsione normativa, sottratto alla riserva di competenza a favore delle coalizioni, si deve ricavare la prevalenza della fonte autonoma anche nel campo di applicazione dei §§ 111 e ss. BetrVG.

Quanto al controllo giudiziale inerente all'entità delle rivendicazioni sindacali, secondo tale orientamento, l'autonomia collettiva dovrebbe essere soggetta agli stessi limiti, costituzionalmente necessitati, cui soggiacciono le procedure di informazione e consultazione predisposte dalla *Betriebsverfassung* in occasione delle modifiche di stabilimento (*ibidem*, 558). In particolare, la norma del § 113 I BetrVG mira a garantire l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, legittimando il datore di lavoro a deviare da quanto pattuito

in sede di *Interessenausgleich* (cioè un accordo avente ad oggetto l'*an*, il *quando* e il *quomodo* della programmata ristrutturazione) in presenza di grave motivo. Nell'ipotesi di inadempimento in assenza di tale causale, è prevista una sanzione di tipo indennitario, e non l'invalidità della programmata modifica di stabilimento.

Quanto al problema del rispetto del principio della parità delle armi, quest'ultimo potrebbe essere garantito sancendo per la durata dello sciopero la sospensione delle procedure ex §§ 111 e ss. BetrVG (H.J. WILLEMSSEN, K. STAMER, *Erstreikbarkeit tariflicher Sozialpläne: Die Wiederherstellung der Arbeitskämpfparität*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2007, 416 ss.).

2.3. La pronuncia resa dal BAG nel 2007 cerca di dare risposta a molti dei dubbi sollevati in dottrina, legittimando pienamente la nuova strategia sindacale del doppio piano sociale (BAG, sentenza del 24 aprile 2007, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2007, 987 ss.).

La Corte esclude che si possa ricavare dai §§ 111 BetrVG e ss. una riserva di competenza a favore del *Betriebsrat*, stante il rango costituzionale di cui gode l'autonomia collettiva a differenza dei diritti di cogestione disciplinati dal *Betriebsverfassungsgesetz*. Una tale limitazione dell'autonomia collettiva, per essere costituzionalmente conforme, dovrebbe essere disciplinata dalla legge: tale disciplina manca e una conclusione diversa non può ricavarsi nemmeno dal dettato dei §§ 111 BetrVG e ss., che regolano solo il contenuto e l'ampiezza dei diritti di cogestione del *Betriebsrat*. Tale conclusione discende da altri dati sistematici. Ai sensi del § 2 III BetrVG «le funzioni dei sindacati e delle associazioni dei datori di lavoro, in particolare la tutela degli interessi dei loro aderenti, restano impregiudicate nell'applicazione della presente legge». In particolare il § 112 I 4 BetrVG sottrae espressamente il piano sociale alla riserva di competenza a favore delle coalizioni (*Tariffvorbehalt*), da cui discende la non esclusione di un possibile concorso tra norme negoziate tra datore e *Betriebsrat* e norme di contratto collettivo nella disciplina del piano sociale [in particolare il legislatore del 1972 aveva in mente i c.d. "accordi di razionalizzazione" (*Rationalisierungsschutzabkommen*) diffusi all'epoca nella prassi sindacale]. Si mette inoltre in evidenza come tale concorso non venga risolto nel senso dell'attribuzione di una competenza esclusiva del *Betriebsrat*.

La Corte contesta puntualmente anche l'argomento facente leva sulla maggior vicinanza della materia da regolare alla competenza istituzionale del *Betriebsrat* e sul carattere *erga omnes* delle norme negoziate da tale organo (aventi efficacia nei confronti di tutto il personale del *Betrieb* e non nei confronti dei soli iscritti, come nel caso dei contratti collettivi) per fondare una riserva di competenza alla rappresentanza aziendale. La competenza del *Betriebsrat* in materia di piano sociale non viene infatti esclusa dall'intervento dell'autonomia collettiva: un eventuale concorso tra le due fonti è regolato dal principio del *favor*.

Viene smentita anche l'impostazione che ritiene alterata la parità delle armi nel conflitto a favore dei sindacati: l'associazione datoriale può infatti sempre respingere le rivendicazioni sindacali, mentre l'obbligo di emanazione del piano sociale da parte dell'organo arbitrale, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, è sancito da una norma imperativa, cui il datore non può comunque sottrarsi.

Anche l'"obbligo di pace aziendale" (*betriebliche Friedenspflicht*) ex § 74 II BetrVG non appare violato dal momento che la norma ha come destinatari i soggetti della *Betriebsverfassung* e non le coalizioni. Tale conclusione è rafforzata dal § 2 III BetrVG, ai sensi del quale le norme del BetrVG non pregiudicano le funzioni delle associazioni sindacali ed in particolare la tutela degli interessi dei loro membri.

Un controllo giudiziale *ex ante* sull'adeguatezza delle rivendicazioni sindacali rispetto alla libertà di iniziativa economica mal si concilia con la libertà di azione sindacale, tanto più che si tratta di mere richieste, non ancora sfociate in un regolamento contrattuale, dove è normale "il gioco al rialzo".

Il BAG non affronta il problema della legittimità di un'azione sindacale condotta allo scopo di impedire la decisione imprenditoriale di delocalizzare e si limita a evidenziare come nel caso *de quo* lo sciopero avesse ad oggetto unicamente il *quomodo* (e non anche l'*an*) della misura di ristrutturazione, a nulla rilevando che la somma delle rivendicazioni possa avere come effetto l'impedimento *de facto* del trasferimento della produzione.

Anche l'obbligo di pace sindacale, immanente alla stessa funzione del contratto collettivo, non appare violato nel caso concreto. L'obbligo in parola ha infatti carattere relativo, da ciò discendendo che una violazione potrebbe configurarsi solo qualora l'oggetto delle rivendicazioni fosse già disciplinato dal contratto collettivo, e non quando si trattasse di materie nuove.

Nel complesso il percorso argomentativo così sintetizzato viene giudicato coerente con il dato normativo dalla dottrina (vedi M. SCHLACHTER, *Die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen gegen grenzüberschreitende Standortverlagerungen*, in H. KONZEN, S. KREBBER, T. RAAB, B. VEIT, B. WAAS (a cura di), *Festschrift für Rolf Birk zum siebenzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 809 ss.; H. BRECHT-HEITZMANN, *Verhinderung von Betriebsstilllegungen durch Sozialtarifvertrag*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 3617 ss.), anche se non mancano voci critiche (F. BAYREUTHER, *Der Streik um einen Tarifsozialplan – Konsequenzen des Urteils des BAG vom 24. 4. 2007 für die Tarifrechtspraxis*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2007, 1017 ss.), che mettono in luce come l'esclusione di un controllo giudiziale sull'eccessività delle rivendicazioni fatte valere con la sanzione collettiva apra le porte ad una intromissione del sindacato nelle decisioni imprenditoriali (*ibidem*, 1018). Secondo altri, parimenti critici (W. HÖFLING, *Streikbewehrte Forderungen nach Abschluss von Tarifsozialplänen anlässlich konkreter Standortentscheidungen – Eine verfassungsrechtliche Kritik der arbeitsgerichtlichen Judikatur*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, 1 ss.), i giudici avrebbero riconosciuto in capo ai sindacati un diritto di veto nei confronti delle decisioni imprenditoriali disconoscendo la *ratio* costituzionale che ha ispirato la disciplina contenuta nei §§ 111 ss. BetrVG, diretti a salvaguardare l'autonomia imprenditoriale nelle scelte attinenti la ristrutturazione.

Nelly Vascello

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia
Ludwig-Maximilians-Universität di Monaco di Baviera

3. Quadro internazionale e comparato

3.1. G. CEDROLA SPREMOLLA, J. RASO-DELGUE (a cura di), *Il mercato del lavoro in America Latina*, Dati statistici 1980-2007, dicembre 2008 (in  indice A-Z, voce *Mercato del lavoro*).

Tutela del lavoro e efficienza economica in America Latina

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Regolamentazione del lavoro in America Latina. – 3. Protezione dei lavoratori nei sistemi latinoamericani: la Costituzione. – 3.1. Codici e leggi speciali. – 3.2. Diritti individuali. – 3.3. Diritti sindacali. – 3.4. Partecipazione femminile. – 3.5. Diritto processuale. – 4. Efficienza economica e Relazioni industriali in America Latina. – 4.1. Contesto economico e politico. – 4.2. Valutazione della legislazione sul lavoro. – 4.3. Riforme dei mer-

cati di lavoro. – 4.4. Valutazione dell'efficienza economica e l'efficacia delle misure sul lavoro. – 5. Conclusioni.

1. L'America Latina è un continente che si estende su una superficie di 20.000.000 kmq e ha superato i 550 milioni di abitanti. Malgrado l'esistenza di una lingua comune – lo spagnolo (con eccezione del Brasile, dove si parla la lingua portoghese) – e di un passato condiviso che accomuna i diversi Paesi in una stessa matrice culturale, c'è chi mette in dubbio il fatto che il continente costituisca una stessa unità politica, economica e sociale (M. GARMENDIA, *Actualidad y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina*, relazione presentata al convegno organizzato dall'Università di Campina, Estado de São Paulo, Brasile, 15 febbraio 2008). Gli elementi che identificano una realtà comune sono in verità molteplici: in primo luogo una lingua e una cultura condivisa, una religione (in altissima percentuale cattolica) e una certa visione etica della vita. D'altra parte il passato coloniale ha lasciato nei diversi Paesi tracce di un modo di vivere e non facile da definire (M. GARMENDIA, *op. cit.*), ma che ricorda per tanti versi le popolazioni del Sud d'Italia, che hanno condiviso la dominazione spagnola: paternalismo dello Stato, eccesso di burocrazia, un continuo fatalismo che attribuisce ogni male a cause esterne.

Ma, malgrado tante caratteristiche comuni che consentirebbero di parlare di una "unità continentale", esiste a livello dei diversi Paesi un eccessivo sentimento di nazionalismo, che impedisce al continente di agire come un unico insieme a livello globale. I conflitti tra gli Stati sono la causa dell'insuccesso dei diversi progetti comunitari (Mercosur, Patto Andino, ALADI, ecc.), che operano più a livello formale e diplomatico, che reale. Anche con una lingua comune che dovrebbe consentire di superare le barriere nazionali, non esiste in America Latina nessuna organizzazione regionale che possa aspirare a raggiungere le dimensioni dell'Unione Europea.

Riguardo ai sistemi di relazioni industriali – più simili ai modelli europei, che a quelli anglosassoni – bisogna segnalare l'impatto che i cambiamenti nell'economia hanno prodotto sul mercato del lavoro in tutto il continente.

I nuovi criteri di organizzazione del lavoro, di gestione, di valorizzazione della funzione del lavoratore nell'impresa si sono scontrati da un lato con strutture e processi di produzione arcaici, dall'altro con sistemi giuridici concepiti durante la fase di maggiore espansione dell'industrialismo classico.

Per alcuni decenni la bassa produttività della mano d'opera e i bassi salari hanno caratterizzato l'attività delle imprese pubbliche e private. Esse sopravvivevano nel mercato interno ben protette dalle barriere doganali. Le trasformazioni del sistema – in particolar modo, la privatizzazione di molti settori del monopolio statale e l'aumento della concorrenza nel mercato globale – hanno espulso enormi masse di lavoratori da interi comparti produttivi. L'impatto dei cambiamenti ha prodotto una trasformazione del mercato del lavoro, nel quale oggi convivono da una parte lavoratori non qualificati con un basso reddito (che generalmente occupano il settore informale dell'economia) e dall'altro lavoratori con alta o media formazione, ricercati dalle aziende, che hanno saputo riciclarsi rispetto ai cambiamenti dei modi di produzione. Questi ultimi rappresentano purtroppo una minoranza fortunata.

Le statistiche indicano un aumento del lavoro informale in America Latina dal 1990 al 2005: nel 1990 47,5%, nel 2000 49,7%, nel 2002 50,2%, nel 2005 50,3%. Le percentuali sono state calcolate sul totale della popolazione occupata (escludendo il settore dell'agricoltura), sulla base di questionari sottoposti a famiglie di 15 Paesi: Argentina, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Messico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay e Venezuela (V.E. TOKMAN, *Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina*, in *Revista Internacional del Trabajo*, 2007,

vol. 126, n. 1-2, 98).

Sulla base dei dati della Cepal per il 2006, Paulina Ibarra afferma che «solo in America Latina e Caraibi, l'impiego informale raggiunge il 57% nelle zone urbane» (P. IBARRA, *La Informalidad en América Latina y el Caribe – Barreras al crecimiento y al bienestar social*, Banco Mondiale, 23 maggio 2007).

In molti Paesi latinoamericani le strategie produttive cercano di essere concorrenziali con i Paesi industrializzati attraverso la riduzione del costo del lavoro, senza comprendere l'importanza dell'efficienza produttiva e della formazione professionale come elementi differenziali in una economia globale.

In genere i sindacati concentrano le loro richieste su esigenze a breve termine – aumenti di salari, difesa di categorie divenute molte volte obsolete, opposizione ai licenziamenti collettivi o provocati da decisioni antisindacali – senza avere una visione più ampia che faccia capire che la produttività e la formazione adeguata sono gli strumenti più utili per la conservazione del posto di lavoro.

È anche vero che cominciano ad apparire segni di una nuova coscienza produttiva che punta maggiormente sulle risorse umane e il loro contributo come valore aggiunto al prodotto, rispetto alla riduzione del costo del lavoro. Appare quindi evidente in America Latina lo scontro tra due modelli: uno ancorato all'industrialismo della prima metà del secolo scorso, in cui il lavoro manuale e poco qualificato continua ad essere essenziale; un altro che privilegia il contributo intellettuale, le abilità, la qualità e la partecipazione dei lavoratori nel processo produttivo. Non è possibile stabilire una netta linea di demarcazione tra i Paesi che puntano più ad un modello o a un altro: va segnalato piuttosto che in ogni Paese convivono entrambe le visioni produttive. Anche in Paesi che da anni hanno scommesso sull'investimento tecnologico e sull'efficienza, come il Brasile e il Cile, ampi settori dell'economia (soprattutto nelle zone rurali) si sostengono sulla base del lavoro precario e spesso "nero". Quindi anche in questi casi l'efficienza riguarda solo una parte del mondo economico.

Nella scelta tra queste due opposte visioni rispetto al mercato – precarietà e basso costo del lavoro o efficienza produttiva –, si gioca il futuro di un continente che oscilla tra la condizione di terzo mondo e la possibilità di elevarsi in diversi settori al livello dei Paesi sviluppati.

2. Nella tensione che si produce tra caratteristiche etniche, sociali e idiomatiche simili, da una parte, e accentuati nazionalismi, dall'altra, è possibile segnalare elementi comuni in materia di regolamentazione delle relazioni industriali.

In primo luogo rileviamo che in America Latina esiste un *ipergiusuridicismo* che ritiene di poter trovare nella legge la soluzione di tutti i problemi che emergono dal conflitto del lavoro. Dalla Costituzione di Queretaro (Messico, 1917), considerata il primo documento costituzionale a livello sociale dell'industrialismo moderno, gli attori istituzionali – e soprattutto lo Stato – hanno posto una enfasi eccessiva sulle regole scritte. Questa eccessiva valorizzazione del formalismo giuridico, che ha la pretesa di assegnare poteri quasi magici alle norme, è sempre stato un elemento caratterizzante dei sistemi latinoamericani. I diversi Paesi del continente hanno concesso un ampio riconoscimento dei diritti del lavoro in testi di alta gerarchia (Costituzione, convenzioni dell'ILO, trattati) e in leggi e decreti nazionali, che regolano fino ai minimi dettagli il rapporto individuale di lavoro e l'attività sindacale. Pur tuttavia è possibile riscontrare in tutti i Paesi un'importante distanza tra la norma scritta e la sua applicazione pratica. Secondo alcuni importanti osservatori l'America Latina soffre di una "crisi di autenticità" (A. PLÁ RODRÍGUEZ, *El Derecho del trabajo en América latina. Sus crisis y perspectivas*, in *Derecho Laboral* (Montevideo), 1978, tomo XXI, n. 110, 139) e la sua legislazione ha una tara di "inanità" (H.H. BARBAGELATA, *Sobre el Derecho del trabajo y sus fuentes*, in CENTRO IBEROAMERICANO DE COOPERACIÓN, ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SE-

GURIDAD SOCIAL, *Simposio del Derecho del trabajo*, Madrid, 1978, 84), che fa sì che l'eccessiva regolamentazione del lavoro sia causa dell'alto tasso di economia sommersa e di disoccupazione, mentre anche nel settore formale le violazioni della normativa sono favorite dagli scarsi controlli dell'amministrazione, dalla lentezza della giustizia, dalla crisi sindacale e dalla mancanza di una vera volontà politica di applicazione stretta delle norme del lavoro: assistiamo molte volte ad un "progresso sulla carta", che non trova però riscontro nella realtà (O. ERMIDA URIARTE, *Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América Latina y en Europa*, in *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, 2006, 12-13).

Altri elementi comuni nelle pratiche delle relazioni industriali in America Latina, al di là delle realtà economiche e sociali che presentano le particolarità di ogni Paese, sono i seguenti:

Debolezza delle organizzazioni sindacali: le organizzazioni sindacali latinoamericane presentano forti elementi di debolezza se paragonate ad organizzazioni sindacali di altre parti del pianeta. In primo luogo non riescono – salvo eccezioni – ad avere grandi indici di adesione dei lavoratori. In qualche caso sono semplice estensione di partiti politici, per cui la loro forza e i loro limiti dipendono più da decisioni politiche, che dalla volontà degli iscritti. Infine va rilevato che la loro forza è anche determinata in gran parte dall'appoggio (o tolleranza o intolleranza) del governo di turno. In tal senso si può affermare che l'attuale situazione politica in diversi Paesi (Argentina, Brasile, Cile, Uruguay), con governi di centro sinistra/sinistra, ha favorito la solidarietà della struttura sindacale e l'intensità della sua azione (G. CEDROLA, *El debate internacional actual sobre las relaciones de trabajo – Enfoques y teorías contemporáneas*, in *Relaciones Laborales* (Montevideo), aprile 2004, n. 4, 11).

Sindacalismo fortemente ideologizzato: le organizzazioni sindacali latinoamericane presentano una forte adesione a modelli concettuali provenienti da diverse ideologie. Tra queste, assume speciale peso e importanza il marxismo, come struttura concettuale che caratterizza i discorsi ufficiali di importanti sindacati e che quindi condiziona sia gli obiettivi dell'organizzazione che le sue strategie di azione. Di conseguenza, molte delle organizzazioni sindacali latinoamericane sono fortemente connotate come organizzazioni di classe, il cui obiettivo dichiarato è il superamento della società capitalista e la fine dello sfruttamento del proletariato.

Diffidenza delle organizzazioni di datori di lavoro verso i sindacati: le organizzazioni di datori di lavoro guardano tradizionalmente le organizzazioni sindacali con diffidenza. La conseguenza è che il sindacato non è visto come un interlocutore affidabile e sicuro, ma, al contrario, come una entità con natura conflittuale che può danneggiare lo sviluppo della gestione imprenditoriale (G. CEDROLA, *op. cit.*, 12).

Sistemi di relazioni industriali conflittuali o di opposizione: i sistemi di relazioni industriali latinoamericani si presentano come sistemi conflittuali, cioè come sistemi che attribuiscono al conflitto un ruolo chiave nel rapporto tra le parti, riducendo la contrattazione collettiva a una funzione strumentale al conflitto stesso. I momenti di forza generalmente precedono la contrattazione, a differenza dei sistemi di consenso o di cooperazione, in cui il conflitto ha un ruolo secondario (sulla classificazione che distingue tra sistemi di consenso, conflitto e sistemi di consenso mitigato vedi M. MOLITOR, *Relations Industrielles*, Université Catholique de Louvain, 1993). Questa intensa conflittualità persiste anche nei Paesi con governi di sinistra o di centro-sinistra, malgrado le possibili affinità ideologiche tra i partiti politici rappresentati nei governi e i sindacati. Tra le caratteristiche che favoriscono questi rapporti di conflitto può essere indicata la assenza della tolleranza come valore culturale essenziale nello sviluppo e nella costruzione delle strutture sociali (G. CEDROLA, *op. cit.*).

Sistemi altamente eteronomi: la regolamentazione normativa dei sistemi di relazioni in-

dustriali latinoamericani è fortemente eteronoma. Infatti, con l'eccezione dell'Uruguay – il cui sistema ha poche norme di diritto collettivo di origine statale – tutti gli altri Paesi del continente offrono un alto grado di intervento statale nella regolamentazione del sistema. In tal modo, lo Stato interviene con regole sulla procedura negoziale e sulle modalità di soluzione dei conflitti di lavoro, ed impone diversi requisiti alle parti per riconoscere loro alcuni diritti. Come ricorda Ermida Uriarte, questa caratteristica del modello latinoamericano risponde all'accentuato *interventismo* che lo Stato sempre ha avuto nelle relazioni industriali e che in qualche modo è espressione dell'*autoritarismo politico* tipico in questo continente (O. ERMIDA URIARTE, *op. cit.*). L'autore ricorda anche il carattere ambiguo dell'interventismo statale, perché l'intervento dello Stato generalmente protegge (almeno sulla carta) il lavoratore come singolo, mentre è piuttosto limitato rispetto alle garanzie collettive (O. ERMIDA URIARTE, *op. cit.*). In molti casi, l'intervento dello Stato è richiesto dalle stesse organizzazioni sindacali a supporto della loro azione contro eventuali organizzazioni concorrenti o per equilibrare la differenza di potere con i datori di lavoro.

In tal modo, lo Stato ha in America Latina un ruolo molto più importante che in altri sistemi di relazioni industriali, ed è il destinatario di molte rivendicazioni sindacali. Sono gli stessi sindacati a ritenere che senza l'intervento dello Stato sia impossibile rendere concrete le proprie richieste (su questo argomento: E. CÓRDOVA, *Las Relaciones Colectivas del Trabajo en América Latina*, ILO, Ginevra, 1981; O. ERMIDA URIARTE, *Origen, características y perspectivas*, in *La negociación colectiva en América Latina*, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993, e H. LUCENA, *Papel del Estado en las relaciones industriales en América Latina*, in *Industrial relations/Relations Industrielles*, 1989, vol. 44, n. 1, citato da G. CEDROLA, *op. cit.*, 12-13).

Scarso peso della contrattazione collettiva: conseguenza strutturale della debolezza delle organizzazioni sindacali latinoamericane è il fatto che la contrattazione collettiva non sia un fenomeno di rilievo nei rapporti tra gli attori. La contrattazione collettiva generalmente si concentra sulla questione salariale e le condizioni di lavoro, con poca enfasi rispetto ad altri aspetti che potrebbero essere oggetto di regolazione contrattuale tra gli attori. Inoltre, come conseguenza della diffidenza degli imprenditori verso le organizzazioni sindacali, i datori di lavoro vedono la contrattazione collettiva unicamente come strumento di rivendicazioni sindacali.

Importante decentralizzazione della contrattazione collettiva: la struttura e il livello della contrattazione collettiva latinoamericana è generalmente a livello di impresa, con una presenza marginale della contrattazione per settore di attività e un'assenza assoluta sia della negoziazione nazionale interprofessionale che di processi di articolazioni di convenzioni collettive di diverso livello. Poiché le organizzazioni sindacali non hanno una forza tale da sviluppare un'azione importante ed estesa, non hanno nemmeno una forza sufficiente per lanciare rivendicazioni a livello di impresa attraverso la contrattazione collettiva.

In sintesi, le relazioni industriali possono caratterizzarsi per la cultura legalista ereditata dai sistemi giuridici dell'epoca coloniale, l'interventismo dello Stato, una struttura decentralizzata e una visione conflittuale. È pur vero che attualmente nuovi fattori endogeni ed esogeni obbligano ad introdurre cambiamenti nei diversi sistemi (G. CEDROLA, *op. cit.*, 13).

Héctor Lucena, partendo da considerazioni analitiche di base marxista, ha cercato di spiegare questa situazione, a partire da una concezione dialettica di classe, assegnando agli attori sociali ruoli diversi in funzione del posto che occupano nel processo di produzione. In particolare fa riferimento alle economie di *cluster* e alle relazioni industriali all'interno del *cluster* del petrolio venezuelano (H. LUCENA, *op. cit.*).

Per Ermida Uriarte le strutture decentralizzate sia a livello sindacale che negoziale ri-

spondo alla legislazione dei diversi Paesi, che impongono strutture e contrattazione a livello di impresa come espressione di politiche di contenzione della dimensione collettiva (O. ERMIDA URIARTE, *op. cit.*, 12).

3. Caratteristica comune delle costituzioni latinoamericane è l'esistenza di un quadro minimo di tutele, che stanno ad indicare che la protezione del lavoratore è un dovere dello Stato (M. GARMENDIA, *op. cit.*). Il primo esempio di costituzione è stata la celebre Costituzione di Queretaro (Messico) del 1917, il cui art. 123 non è una semplice dichiarazione di principio, ma costituisce una vera sintesi della legislazione del lavoro, che va dal riconoscimento di diritti fondamentali (lo sciopero, l'organizzazione sindacale, ecc.) fino a dettagli precisi dei contratti di lavoro (per esempio, il compenso per le ore straordinarie) (M. GARMENDIA, *op. cit.*).

A partire da questo precedente i diversi Paesi latinoamericani hanno incluso, tra gli anni Venti e Cinquanta del secolo scorso, norme nelle loro costituzioni, che stabiliscono i principi fondamentali della successiva legislazione sul lavoro (M. GARMENDIA, *op. cit.*).

3.1. Una caratteristica comune nelle legislazioni sociali latinoamericane è l'esistenza in quasi tutti i Paesi di codici o leggi generali del lavoro. Così, a titolo d'esempio, possiamo citare i codici del lavoro di Colombia, Cile, Cuba e Paraguay, mentre Argentina, Bolivia, Messico e Venezuela hanno approvato leggi generali sul lavoro e in Perù vige la "legge della promozione dell'occupazione". In Brasile si è scelta una via intermedia con la CLT (*Consolidação das Leis do Trabalho*), istituita con decreto legge 1° maggio 1943, n. 5452, una sorta di Testo Unico, in costante aggiornamento, che a partire dall'anno 1943 ha raccolto le diverse norme in materia lavoristica, progressivamente approvate nel Paese, e che vanno a sostituire quelle derogate.

L'Uruguay costituisce l'eccezione, perché non ha un testo unico e complessivo contenente tutta la normativa in materia di lavoro. In generale l'opinione dottrinale e gli stessi attori sociali ritengono che un codice o una legge irrigidiscano il sistema e impediscano un adeguato sviluppo normativo nel tempo.

3.2. Il contratto di lavoro: la maggior parte delle legislazioni stabiliscono in modo esplicito la presunzione del contratto a tempo indeterminato. In quei Paesi (Ecuador, Venezuela, Paraguay e Uruguay) in cui non esiste una norma specifica, tale presunzione è stata riconosciuta a livello giurisprudenziale.

È stato anche riconosciuto il principio che la successione di contratti a tempo determinato trasforma il vincolo in un rapporto a tempo indeterminato (M.L. VEGA RUIZ (a cura di), *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después*, ILO, Lima, 2005, 95-99).

Sebbene il contratto a tempo determinato sia l'eccezione, negli ultimi anni si è estesa questa modalità in alcuni tipi di contratto (contratti di formazione, contratti di prova, contratti che derivano da rapporti di subappalto, ecc.). Poiché non esistono differenze tra la regolamentazione dei contratti a termine e quella dei contratti a tempo indeterminato (salvo limitate indennità di fine lavoro per questi ultimi), il contratto a tempo indeterminato continua ad essere il più diffuso nei diversi settori di attività.

Orario di lavoro: tutti i Paesi – con norme legali esplicite o con un riconoscimento giurisprudenziale – considerano che l'orario di lavoro sia quello in cui il lavoratore pone a disposizione del datore di lavoro le proprie energie, tempo che può non coincidere con il lavoro effettivamente realizzato.

Alcuni Paesi (Venezuela e Uruguay) includono la pausa pranzo nel concetto di lavoro effettivo (M.L. VEGA RUIZ, *op. cit.*, 119-121).

Sulla questione della durata della giornata di lavoro, la gran parte dei Paesi ha fissato la durata nelle 8 ore giornaliere e 48 o 44 settimanali (a seconda che si lavori o meno il sabato pomeriggio). In alcuni Paesi (Repubblica Dominicana, Nicaragua, Uruguay) i dirigenti sono esclusi dalla normativa della limitazione delle ore di lavoro (M.L. VEGA RUIZ, *op. cit.*, 121-125).

Salario: in genere i Paesi latinoamericani riconoscono un concetto ampio di “salario” e considerano tale ogni forma di retribuzione in denaro o in natura che trova origine della prestazione di lavoro. A partire dagli anni Novanta tale concetto è divenuto flessibile, consentendo in quasi tutte le legislazioni che forme specifiche di salario (assicurazione medica, generi alimentari, ecc.) possano escludersi fino a percentuali generalmente del 20% nei calcoli delle prestazioni aggiuntive (ferie, tredicesima, trattamento di fine rapporto, ecc.) (M.L. VEGA RUIZ, *op. cit.*, 148 ss.).

Per ciò che riguarda la determinazione dei salari minimi – oltre alla contrattazione collettiva bilaterale – i diversi sistemi prevedono salari minimi nazionali e per categorie di lavoratori, che possono essere fissati in forma unilaterale dallo Stato (il Governo direttamente, in Venezuela e in Brasile; i Ministeri del lavoro o dell’economia, in altri Paesi) o da commissioni tripartite (*Comisión de Salarios* in Messico, *Consejo de Salario Mínimo* in Argentina, *Consejos de Salarios* in Uruguay), con effetti estensivi su tutto il territorio nazionale o su determinate aree del Paese.

Licenziamento individuale: è possibile distinguere Paesi in cui il licenziamento è vincolato alla presenza di ragioni giustificative (Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cile, Venezuela, Messico, Repubblica Dominicana, Paraguay, Panamá y Perú) e altri in cui il licenziamento è libero, a fronte del pagamento di una normale indennità di fine rapporto (Uruguay) o di una penale superiore (Argentina). In quasi tutti i casi è stata introdotta una certa flessibilità nel licenziamento sia ampliando le ipotesi di giustificazione del recesso datoriale sia riducendo l’ammontare delle indennità.

Ovviamente i licenziamenti per giusta causa non sono indennizzabili: le indennità riguardano solo quelli senza giusta causa. In questi ultimi si considera la anzianità acquisita dal lavoratore e l’indennità si misura in rapporto a tale anzianità (generalmente una mensilità per ogni anno di lavoro), prevedendo in alcuni casi dei tetti massimi (Perù 12 mensilità, Cile 330 giornate lavorative, Uruguay 6 mensilità, Venezuela 150 giornate lavorative). Solo in Messico esiste una azione di reintegrazione in caso di licenziamento senza giusta causa, anche se sono poche le circostanze in cui il lavoratore risulti vincitore nel relativo processo.

Va sottolineato, infine, che in America Latina non esistono particolari regole per i licenziamenti collettivi.

3.3. Anche in materia di diritti sindacali esiste una grande distanza tra la normativa e la realtà. Tutti i Paesi sudamericani (con l’eccezione del Brasile in riferimento alla convenzione ILO n. 87) hanno ratificato le convenzioni ILO n. 87 e n. 98, ma ciò non significa che esistano sistemi efficaci di controllo e protezione delle libertà sindacali.

Dal 1990 fino ad oggi ha avuto luogo – con alcune eccezioni (Argentina, Uruguay) – un processo di crisi sindacale, che è ancora in corso e che risponde a cause esterne (politiche che hanno avvantaggiato la parte padronale), ma anche a fattori endogeni (l’incapacità dei sindacati di rinnovare le loro strategie ed adattare il loro discorso alle nuove realtà del mondo del lavoro). In questo panorama vanno sottolineate alcune situazioni, come per esempio quella del Messico, dove il tradizionale punto di incontro dei lavoratori, il Congreso del Trabajo de Mexico (CTM) – fortemente legato al Partido Revolucionario Institucional (PRI) – ha rappresentato per decenni la quasi totalità dei lavoratori messicani. Nel 1997 è stata fondata la Unión Nacional de Trabajadores (UNT), avversaria del CTM, che ha promosso la democrazia all’interno delle organizzazioni sindacali affiliate e la sua indipendenza dallo Stato e dai gruppi politici di governo. Al contrario, nel Venezuela di Chavez si è registrata negli ultimi anni una forte interferenza del Governo rispetto alle organizzazioni sindacali. Il “chavismo” ha promosso il cosiddetto “parallelismo sindacale”, che ha avuto come conseguenza una forte divisione tra la CTV (Confederación de Trabajadores de Venezuela), sindacato tradizionale di tipo corporativo vincolato alle antiche strutture dell’antico potere, e la UNT (Unión Nacional de Trabajadores), fondato nel

2003, che appoggia la gestione del presidente Chavez: le statistiche più recenti indicano che quasi l'80% della contrattazione collettiva oggi è in mano alla UNT.

Infine va segnalata la situazione dell'Uruguay, dove il tradizionale duro confronto tra il sindacato di sinistra e i governi di centro e centro-destra non si è attenuato con la vittoria nel 2005 del primo governo di sinistra. Probabilmente l'influsso anarchico dei primi decenni del secolo scorso continua a caratterizzare questo sindacalismo di forte conflittualità con le organizzazioni imprenditoriali e con lo Stato. Il sistema sindacale uruguayano è ampiamente deregolato, non esiste né una legge sui sindacati né una sulla contrattazione collettiva, anche se nel gennaio del 2006 è stata approvata una legge a tutela della libertà sindacale, la quale ha contribuito a dare forza all'organizzazione sindacale unitaria PIT-CNT (Plenario Intersindical de Trabajadores e Convención Nacional Trabajadores).

3.4. Tra il 1990 e il 2004, 33 milioni di donne sono entrate nel mondo del lavoro in America Latina: oggi le donne rappresentano il 40% della popolazione economicamente attiva nelle aree urbane della regione. Un recente studio dell'ILO sui progressi ottenuti dalle donne nella composizione della forza lavoro mostra risultati misti per ciò che si riferisce all'accesso a lavori di qualità, disoccupazione, retribuzioni e protezione sociale.

Secondo la ricerca dell'ILO, il lavoro domestico rappresenta il 15,5% del totale dell'occupazione femminile del continente e le donne svolgono i lavori più umili del settore informale, il che significa che una larga fascia femminile lavora ai livelli più bassi del sistema. D'altra parte, però, esistono tendenze positive, che mostrano un continuo aumento del tasso di partecipazione della donna, cresciuto dal 39% nel 1990 al 44,7% nel 2002, mentre il tasso maschile è rimasto più o meno stabile (circa il 74%). Inoltre la disoccupazione è più estesa tra le donne che tra gli uomini. Sebbene il suo aumento abbia colpito entrambi i sessi, il fenomeno è stato maggiore per la forza lavoro femminile: tra il 1990 e il 2004 il tasso di disoccupazione maschile è aumentato dal 5,3% al 9,1%, mentre il tasso femminile è passato dal 6,5% a 13%.

La ricerca attribuisce la maggiore presenza delle donne nel mercato del lavoro alla più alta scolarizzazione, alla crescita urbana, alla diminuzione del tasso di fertilità e ai nuovi modelli culturali, che favoriscono la sua autonomia. Il numero di nuclei familiari che hanno una donna come capofamiglia è passato dal 19% al 31% e questo cambiamento produce la necessità per la donna di ottenere redditi da lavoro (L. ABRAMO, M.E. VALENZUELA, *Women's labour force participation rates in Latin America*, in *International Labour Review*, spec. *Women's labour force participation*, 2005, vol. 144, n. 4).

3.5. Una caratteristica comune a quasi tutte le legislazioni latinoamericane è l'esistenza di leggi specifiche che regolano il processo del lavoro. La dottrina infatti ha sempre insistito sul fatto che l'efficace applicazione di un diritto di tutela, come il diritto del lavoro, si ottiene attraverso un processo autonomo, che risponda a principi che garantiscano l'equilibrio tra le parti: tra questi principi si segnalano il *principio dell'oralità* (che obbliga il giudice ad essere in contatto con le parti), il *principio inquisitivo* (il giudice ha la facoltà di chiedere prove sui fatti discussi) e il *principio c.d. della riferibilità della prova* (il datore di lavoro ha l'onere della prova in merito a requisiti propri della sua gestione d'impresa) e il *principio della celerità*.

Anche in questi casi – come afferma Ermida Uriarte – i principi teorici non riescono ad assicurare la tutela del lavoratore durante il processo e in particolar modo la sua celerità. I fatti dimostrano che i processi in America Latina sono lenti e complessi, e quindi rendono deboli quelle tutele che i principi teorici vogliono assicurare (O. ERMIDA URIARTE, *op. cit.*, 11).

4. Delineato il quadro complessivo delle relazioni industriali in America Latina, risulta ora opportuno illustrare il rapporto esistente tra lo sviluppo economico e le relazioni industriali.

A tal fine verranno utilizzati i criteri di "efficienza economica" ed "effettività della legi-

slazione” sul lavoro, intendendo per “efficienza economica” la capacità di una economia nazionale di presentare uno stato di sviluppo economico che si concretizzi in una serie di indicatori economici positivi (esistono diversi studi che hanno analizzato il rapporto esistente tra efficienza economica e relazioni industriali. Tra questi segnaliamo: H. KATZ, *The decentralization of collective bargaining: a literatura review and comparative analysis*, in *ILR*, 1993, n. 1; F. LARRAÍN, R. VERGARA, *Institucionalidad laboral y desempeño económico: evidencia internacional y aplicaciones al caso de la reforma laboral en Chile*, in *Estudios Públicos*, 1991, n. 41, F. TRAXLER, *Trends in collective bargaining and economic performance in the OECD countries*, febbraio 2003, in  indice A-Z, voce *Relazioni industriali*); per “effettività della legislazione sul lavoro”, invece, la capacità di raggiungere gli effetti che la medesima legislazione si pone e, in particolare, la tutela delle persone strutturalmente più deboli nel mercato del lavoro (cfr. G. BENSUSAN, *La efectividad de la legislación laboral en América Latina*, Instituto de Estudios Laborales Internacionales, Ginevra, 2007).

In rapporto a questi argomenti e, specialmente, al dibattito economico, la situazione in America Latina tende a dividersi tra due posizioni estreme. Da una parte una prima posizione che ritiene che la regolamentazione sul lavoro, intesa in senso ampio e non solo economico (per regolamentazione del lavoro in senso ampio si intende il complesso delle norme tendenti a regolare il lavoro in rapporto di dipendenza, senza distinzione rispetto alla fonte, alla natura, la sua formalità o informalità, volendo in tal modo raggiungere una visione più estesa rispetto a quella semplicemente economica), pregiudichi un corretto funzionamento dell’economia, in quanto produce alterazioni e ostacoli per un regolare andamento del mercato del lavoro, che deve essere lasciato al gioco spontaneo delle parti, senza interventi esterni. Una seconda posizione, contraria alla precedente, difende interventi selettivi sul mercato del lavoro, in quanto riconosce l’importanza della difesa dei più deboli e la necessità di correggere le asimmetrie esistenti tra i diversi attori del sistema.

Per discutere di questa situazione in modo più completo, svolgeremo alcune riflessioni ulteriori sul contesto economico e politico latinoamericano.

4.1. Il mercato del lavoro in America Latina ha subito l’effetto negativo di una serie di eventi a partire dagli anni Ottanta, con uno scenario macroeconomico avverso, che ha modificato i rapporti tradizionali tra le parti. Il “vecchio modello” era basato su uno Stato più o meno forte, su una massiccia occupazione in imprese nazionali ragionevolmente stabili protette dalle barriere doganali, su una moderata ma chiara presenza sindacale e una produzione orientata verso il mercato interno. A partire dagli anni Ottanta, in diversi Paesi del continente, comincia a svilupparsi un mercato informale, senza alcuna protezione, che articola una economia di sopravvivenza.

La crisi economica determina l’abbandono del tradizionale modello di importazioni e in particolar modo il ritiro dello Stato dall’economia, con l’abbandono del ruolo di guida nell’industria e di protezione nei confronti del mercato interno. Il cambiamento introdotto in favore di un modello di commercio più favorevole alle esportazioni riduce effettivamente l’intervento statale anche nella sua azione di protezione sociale, promozione dell’occupazione industriale e politica dei salari a sostegno della domanda interna. In questo nuovo contesto, il continente approva una serie di riforme che tendono ad aprire le economie ai flussi di capitale e al commercio, deregolando alcuni mercati, privatizzando settori tradizionalmente in mano allo Stato (il caso più evidente è stato quello della previdenza sociale) e ottenendo, in alcuni casi, accesso a nuovi mercati esterni.

In questo clima di trasformazioni del modello economico, si aggiunge l’applicazione di misure di assestamento strutturale ispirate al cosiddetto Consenso di Washington. Le riforme di prima generazione (apertura commerciale e finanziaria e privatizzazioni) e quelle di seconda generazione (riforme fiscali, riforme sulla regolamentazione del lavoro e

nuove politiche sociali) attraggono flussi di capitale e investimenti stranieri diretti, ma senza che cresca in termini importanti l'occupazione produttiva. Allo stesso tempo, i settori tradizionalmente vulnerabili attirano i nuovi lavoratori senza protezione, con la conseguenza che il continente comincia a vivere un periodo di espansione limitata (o senz'altro minore che negli anni precedenti) del suo PIL, insufficiente per abbattere i livelli di povertà e creare il numero di posti di lavoro formali necessari per ridurre la disoccupazione e l'economia informale.

La situazione appena descritta trova riscontro nei dati statistici, i quali mostrano come la regione sia caratterizzata da seri problemi di crescita dell'occupazione, fenomeno che provoca un aumento della povertà e mette in evidenza il sottosviluppo economico che tradizionalmente ha caratterizzato questi Paesi (cfr. G. CEDROLA SPREMOLLA, J. RASO-DELGUE (a cura di), *Il mercato del lavoro in America Latina*, Dati statistici 1980-2007, dicembre 2008, in epigrafe, in particolare le Tabelle 1, 2, 3, 4, 5).

4.2. Nella maggior parte dei Paesi della regione, la regolamentazione del lavoro ha avuto prevalentemente un carattere di tutela con l'obiettivo di equilibrare il rapporto di lavoro in considerazione della debolezza di una delle parti. In tal senso, e con le sfumature proprie di ogni Paese, la maggior parte delle regolamentazioni sono principalmente eteronome e con una forte influenza dell'azione dell'ILO.

Queste tutele in molti casi non assicurano adeguati livelli di protezione negli anni Novanta, specialmente nei momenti più critici della trasformazione del modello produttivo, per cui gli strumenti di protezione si mostrano chiaramente insufficienti. La conseguenza è che le condizioni di lavoro si vanno degradando e la disoccupazione aumenta. Le trasformazioni dell'economia globale e le pressioni del mercato – ora internazionale e non più interno – hanno conseguenze negative sul lavoro, a causa della difficoltà di adattamento delle imprese al nuovo scenario. Infatti, la mancanza delle necessarie trasformazioni e la introduzione delle innovazioni tecnologiche spingono le imprese nazionali a puntare – per essere concorrenziali – sulla diminuzione dei salari e la riduzione degli standard occupazionali.

In questo contesto il diritto del lavoro è messo fortemente in discussione: ad esso vengono infatti attribuiti effetti negativi sui risultati dell'economia. Ma se è vero che in molti Paesi la regolamentazione del lavoro presenta contraddizioni, squilibri ed esclusioni, non è possibile attribuire al diritto del lavoro quelle responsabilità che molti pretendono che abbia. La normativa sul lavoro non copre la totalità dei lavoratori del continente, e in alcuni casi questa mancanza di copertura si estende anche ai settori più poveri e sfruttati del lavoro subordinato (manovalanza agricola, lavoratori domestici e a domicilio, lavoratori di piccole imprese a gestione familiare, ecc.). Salvo alcune eccezioni, questi lavoratori non godono di condizioni di stabilità né del livello necessario di organizzazione per esigere l'adempimento di diritti che anzi spesso ignorano. Una situazione simile si verifica, per esempio, mediante l'utilizzo di nuove modalità di lavoro "autonomo", dove i lavoratori appaiono formalmente estranei ad un vincolo subordinato, ma nella pratica lavorano in una chiara situazione di dipendenza. Questi vincoli contrattuali, che nascondono un vero e proprio rapporto di lavoro, consentono al datore di lavoro di eludere la sua responsabilità sociale e fiscale.

Le trasformazioni nel pubblico impiego hanno anch'esse contribuito a diffondere nel continente nuove modalità di lavoro, che non hanno niente a che vedere né con il diritto del lavoro né con il diritto pubblico, anche se, nella maggior parte dei casi, le persone impiegate nel settore pubblico lavorano come normali lavoratori subordinati.

I principi stabiliti dalla legge o dalla giurisprudenza in quasi tutti i Paesi – come, per esempio, il principio della irrinunciabilità, la presunzione dell'esistenza di un rapporto di lavoro tra chi svolge una attività e chi ne riceve i benefici e il principio della verità materiale – sono stati insufficienti per contrastare queste tendenze.

Per quanto si riferisce al diritto collettivo del lavoro, molti problemi non sono ancora stati superati. Tra questi ricordiamo i meccanismi per la formazione dei sindacati, il diritto dei lavoratori di appartenere ad essi, la necessità di riconoscimento da parte dello Stato, i meccanismi di centralizzazione dell'organizzazione.

4.3. Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio dei Novanta, i mercati del lavoro latinoamericani non riescono a soddisfare le richieste di creazione di posti di lavoro e riduzione della povertà. Le spiegazioni si concentrano su tre aspetti: la globalizzazione, l'inefficienza economica e la rigidità dei mercati del lavoro. Alcuni economisti pongono l'accento su una sola di queste tre cause, altri attribuiscono le responsabilità all'interazione tra le tre.

Per coloro che danno credito alla prima spiegazione, l'aumento della disoccupazione e la povertà in America Latina sono conseguenza del processo di globalizzazione, perché la liberalizzazione dei mercati reca beneficio solo alle fasce di popolazione più benestanti e aumenta la disuguaglianza nella regione.

La seconda spiegazione attribuisce l'aumento della disoccupazione al ricollocamento della forza lavoro che accompagna i processi di ristrutturazione delle aziende e alle politiche di stabilizzazione a livello macroeconomico.

La terza linea di pensiero considera che la regolamentazione del lavoro sia di per sé un ostacolo alla crescita dell'occupazione, perché si oppone ad un corretto ed efficiente funzionamento dell'economia.

A partire da queste riflessioni, si sono sviluppate nella maggior parte dei Paesi latinoamericani riforme dei mercati del lavoro alla ricerca di una maggiore flessibilità, con la convinzione che una deregolazione dei mercati conduca ad una riduzione dei costi del lavoro, a un più completo adempimento delle norme e ad un aumento della produttività, provocando un circolo virtuoso che crei più posti di lavoro e di migliore qualità (Argentina e Perù sono stati i Paesi in cui le riforme hanno avuto maggiore profondità. Altri Paesi come il Brasile, Colombia e Panamá hanno realizzato riforme importanti, specialmente nell'ambito dei rapporti individuali, mentre in Cile, Ecuador, Guatemala e Nicaragua, l'inserimento di elementi di flessibilità è stato minore. Infine in Bolivia, Honduras, Uruguay e Paraguay, anche se vi sono stati cambiamenti legali, non è possibile parlare di una vera e propria riforma del lavoro. Su questo punto leggasi E. MARIN, M.L. VEGA, *La reforma laboral en América Latina: un análisis comparado*, ILO, Lima, 2000).

Per quanto si riferisce ai diritti individuali, le riforme si concentrano sui contratti e introducono le cosiddette forme contrattuali atipiche. Riducono i contributi aziendali per la sicurezza sociale, stimolano diverse forme di flessibilità e privatizzano i sistemi pensionistici. Infatti la ricerca di flessibilità numerica – intesa come la capacità dell'impresa di adattare il volume di lavoro alle variazioni cicliche e strutturali della domanda – è stata il cardine di non poche riforme (cfr. E. LORA, *Las reformas estructurales en América latina: Que se ha reformado y como medirlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento di lavoro 462, dicembre 2001).

Di conseguenza, le riforme aumentano le ipotesi di contratti a tempo determinato – termine fisso, prova, apprendistato, tirocini – a scapito del contratto a tempo indeterminato, con la pretesa di facilitare l'impiego formale, mentre nel caso dei sistemi di indennità di fine rapporto si cerca di ridurre il costo di uscita dal contratto, con la scusa di facilitare la rotazione dei lavoratori (M. WANNOFEL (coordinato da), *Ruptura en las Relaciones Laborales*, Nueva Sociedad, Fondazione Friedrich Ebert, Messico, 2001).

Per quel che riguarda il diritto collettivo, dati del 2001 indicano che 14 Paesi della regione hanno approvato nuove norme. Alcune riforme hanno cercato di rafforzare l'esercizio dei diritti collettivi seguendo la logica delle convenzioni ILO n. 87 e n. 98, ma altre – la maggior parte – hanno limitato fortemente i diritti sindacali e la contrattazione collettiva. Un'altra via è stata quella di decentralizzare la contrattazione collettiva al livello di impresa, a scapito della contrattazione per settore economico.

Un panorama generale delle riforme dei mercati di lavoro latinoamericani può riassumersi nel seguente quadro:

Tabella 1 – La riforma del lavoro in America Latina: quadro di sintesi.

	<i>Argentina</i>	<i>Brasile</i>	<i>Bolivia</i>	<i>Colombia</i>	<i>Cile</i>	<i>Ecuador</i>	<i>El Salvador</i>	<i>Guatemala</i>	<i>Honduras</i>
Nuovi tipi di contratti a termine	✕	✕		✕		✕			
Estensione del periodo di prova	✕								
Nuove cause di disoccupazione					✕				
Nuove norme su indennità di fine lavoro	✕	✕		✕		✕			
Modifiche dell'ammontare dell'indennità di fine lavoro	✕			✕	✕	✕		✕	
Salario minimo complessivo				✕					
Flessibilità oraria	✕	✕		✕					
Flessibilità salariale per contrattazione collettiva									
Eccezioni per piccole/medie imprese	✕	✕		✕					
Maggiore decentralizzazione contrattazione collettiva	✕								
Clausole obbligatorie del contratto collettivo	✕								
Trasferimento alla contrattazione di aspetti del vincolo	✕	✕							
Nuove forme di soluzione extragiudiziale dei conflitti	✕				✕				

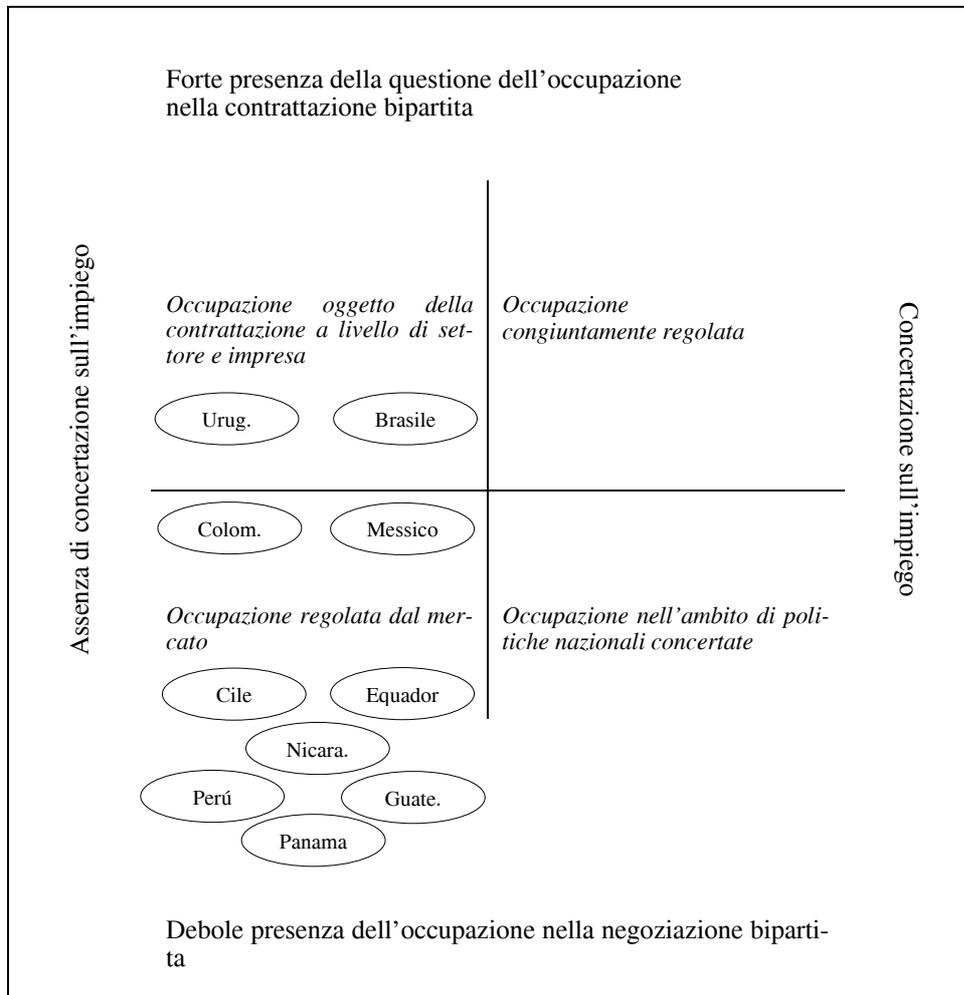
continua

	<i>México</i>	<i>Nicaragua</i>	<i>Panamá</i>	<i>Paraguay</i>	<i>Perú</i>	<i>República Dominicana</i>	<i>Uruguay</i>	<i>Venezuela</i>
Nuove modalità di contratti a termine					✕			
Estensione del periodo di prova		✕			✕			✕
Nuove cause di disoccupazione			✕		✕			

Nuove norme su indennità di fine lavoro					x			
Modifiche dell'ammontare dell'indennità di fine lavoro		x	x		x	x		x
Salario minimo complessivo					x			
Flessibilità oraria					x	x		x
Flessibilità salariale per contrattazione collettiva					x			
Eccezioni per piccole/medie imprese			x					
Maggiore decentralizzazione contrattazione collettiva					x			
Clausole obbligatorie del contratto collettivo			x		x			x
Trasferimento alla contrattazione di aspetti del vincolo					x			
Nuove forme di soluzione extragiudiziale dei conflitti								

Aggiungiamo che, per quanto si riferisce alla fonte, tutte le riforme sul lavoro sono state effettuate attraverso la via eteronoma, cioè attraverso provvedimenti di legge, senza intervento della contrattazione collettiva. In tal senso, e seguendo la tipologia che E. Leonard (*Négociation collective et régulation du marché du travail en Europe*, in *Relations Industrielles*, vol. 56, n. 4, 2001) propone per studiare le riforme, possiamo concludere che l'America Latina si è caratterizzata per l'assenza sistematica di politiche della occupazione negoziate e per una forte tendenza alla regolamentazione del lavoro attraverso il mercato (si veda il grafico 1, che segue).

Grafico 1 – Forme di regolamentazione dell'occupazione.



4.4. In base alle precedenti considerazioni, vogliamo effettuare una prima valutazione: in termini di efficienza economica i Paesi del continente sono stati e continuano ad essere profondamente inefficienti.

Infatti, la situazione economica della regione mostra che i problemi relativi a crescita economica, tutela sul lavoro e creazione di nuova occupazione non sono stati risolti, ma – al contrario – necessitano ancora di interventi.

Con un tasso medio di circa il 9,5%, l'indice di disoccupazione si mostra piuttosto elevato. Inoltre non è stato ancora colmato il divario tra lavoro qualificato e non qualificato. Obiettivo che si credeva di poter raggiungere attraverso una maggiore flessibilità in entrata e in uscita e attraverso le nuove forme di contratti atipici. Ciò che preoccupa di più è la sempre più evidente economia informale di sopravvivenza, che si è sviluppata in forma parallela all'economia formale e che continua a mostrare preoccupanti indici di aumento. La situazione – in termini di tutele sul lavoro – risulta chiaramente dai grafici riportati in

G. CEDROLA SPREMOLLA, J. RASO-DELGUE (a cura di), *op. cit.* (Grafico 1 e 2).

Sulla base degli indicatori mostrati e delle considerazioni esposte finora, possiamo affermare che l'effettività della legislazione sul lavoro sia inadeguata. Da una parte, come conseguenza di alcune riforme sul lavoro, si è verificata una chiara precarizzazione dell'occupazione, con un aumento considerevole del numero di lavoratori esclusi da ogni forma di protezione legale. In particolare, alcune ricerche segnalano che il lavoro femminile è stato maggiormente colpito con la conseguente discriminazione che si aggiunge alla situazione generale (al riguardo, vedi *supra* 3.4). Dall'altra parte l'utilizzo illecito dei contratti a termine, con nuovi limiti sui diritti e i salari dei lavoratori, la trasformazione del pubblico impiego e i contratti atipici, spiegano i bassi redditi del lavoro e, in alcuni casi, i livelli di povertà che troviamo tra i lavoratori salariati. In altri termini: la legislazione sul lavoro post-riforma si è mostrata inadeguata per raggiungere gli obiettivi di coloro che annunciavano che avrebbe favorito cambiamenti positivi. In alcuni casi, inoltre, le conseguenze sono state più gravi dei problemi che le riforme intendevano correggere. Da quanto detto, sorge come corollario che i sistemi di protezione sul lavoro articolati in America Latina non sono serviti né al progresso economico né a migliorare le condizioni di lavoro, con la conseguenza che i lavoratori sono stati coloro che più hanno sofferto a causa delle correzioni e riforme introdotte nei diversi sistemi.

5. Sulla base dell'analisi che precede, è possibile formulare alcune conclusioni di carattere generale. In primo luogo si ritiene una priorità per future ricerche indagare quali siano le relazioni causali tra l'efficienza economica e la regolamentazione del mercato del lavoro, con una particolare attenzione verso le differenti strategie scelte dai singoli Paesi. Le politiche economiche devono essere riformulate perché i Paesi latinoamericani possano raggiungere uno sviluppo che finora non hanno conosciuto, uno spazio ed un contributo proprio che deve venire dall'ambito delle relazioni industriali, anche attraverso il coinvolgimento degli attori sociali. Sebbene la regolamentazione del lavoro si sia dimostrata inadeguata per conseguire gli obiettivi fissati, è indispensabile insistere su politiche del lavoro che garantiscano le necessarie garanzie sociali del lavoratore e misure di tutela, che è impensabile oggi eliminare. Un altro importante fronte riguarda gli effetti delle riforme sull'economia. Finora esse hanno dato luogo a situazioni addirittura più estreme e difficili da gestire a livello sociale un completo ripensamento dovrebbe riguardare i meccanismi di protezione sociale e di accesso al mercato del lavoro. Uno dei fattori di maggiore preoccupazione è il sottile confine che separa i lavori con bassi salari e condizioni di instabilità dal baratro dell'economia sommersa. Occorre quindi immaginare nuove forme di tutela, al di là dei soli meccanismi contributivi. In generale, e a conclusione di questa disamina, possiamo affermare che l'efficienza economica e l'effettività sul lavoro devono essere accompagnate da politiche sociali che consentano di lottare con maggiore forza contro la povertà e salvare dall'esclusione sociale gli strati sociali più disagiati.

Gerardo Cedrola Spremolla

Docente e ricercatore in Relazioni industriali – Universidad de la República (Uruguay)

Juan Raso-Delgue

Docente e ricercatore in Relazioni industriali – Universidad de la República (Uruguay)

5. Regno Unito

5.1. CABINET OFFICE REPORT, *Excellence and fairness. Achieving world class public services*, 27 giugno 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 24).

Il rapporto del governo britannico sulla riforma del lavoro nel settore pubblico

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Gli attori del cambiamento: i cittadini, i professionisti e lo Stato.

1. L'intento, dichiarato dal governo inglese nel documento in commento, è quello di migliorare i servizi pubblici tanto da poterli rendere competitivi con le nuove economie emergenti. Il salto qualitativo voluto dalle autorità anglosassoni si deve al netto miglioramento del settore negli ultimi dieci anni (ad esempio nel campo sanitario ed in quello dell'istruzione), frutto, da un punto di vista economico, di congrui investimenti e, dal punto di vista politico, di riforme radicali a favore del settore dei servizi pubblici.

Per quanto concerne i nuovi obiettivi essi saranno perseguiti attraverso varie direttrici: chiarezza del quadro normativo; lotta alla inefficienza; offerta di servizi variegati e competitivi.

Nonostante la dichiarazione di intenti, il rapporto sottolinea come le linee guida dianzi descritte siano da intendere alla stregua di indirizzi di massima: dal punto di vista normativo, ad esempio, si è constatato che la predisposizione di un quadro chiaro e puntuale da parte del governo centrale deve necessariamente combinarsi con l'iniziativa legislativa locale, l'unica in grado di rilevare ed interpretare compiutamente i bisogni degli utenti finali.

La facilità di meglio individuare i bisogni dei cittadini non è l'unico motivo del decentramento: a questi soggetti compete il controllo delle prestazioni rese dalle amministrazioni. La necessità di concepire i servizi quali prestazioni valutabili comporta da un lato, delegare alle autonomie locali il compito di soddisfare concretamente i bisogni dei cittadini, dall'altro, l'impegno del Governo a garantire norme quadro che obblighino a raggiungere i risultati della eccellenza e della equità. Il fine è fornire servizi di qualità per tutti gli individui e consentire alle comunità di prosperare in modo da creare le basi per una società più equa e più giusta.

Secondo un'analisi storico-economica, la Gran Bretagna è il quinto Paese più ricco del mondo, e nei secoli passati è stato tra i primi a riconoscere la necessità che il governo garantisca a tutti i cittadini un sistema di welfare efficiente dal punto di vista della istruzione, della salute e della sicurezza. Le riforme e dunque l'innovazione devono necessariamente essere orientate ad innalzare la qualità di quanto già dato al Paese. Il rapporto mostra la necessità di raggiungere elevati livelli di alfabetizzazione, sanità e controllo della criminalità, senza escludere tuttavia approcci personalizzati che rispondano alle singole necessità. Tra l'altro, la personalizzazione dei servizi non si esaurisce nel concetto di flessibilità (categoria di natura oggettiva) nella gamma dell'offerta, ma si completa con il riconoscere a tutti i cittadini (senza distinzione di sesso, razza e fede religiosa) un ruolo attivo nella risoluzione dei tanti problemi che caratterizzano la vita sociale. Ciò consentirà di fondare le basi per una società più giusta, rispettosa delle diversità e delle aspirazioni di ciascuno. Naturalmente offrire servizi migliori comporterà da parte dello Stato investire nel settore risorse adeguate; tuttavia il rapporto evidenzia come i sistemi che offrono i migliori risultati, con i più alti livelli di soddisfazione e equità, non sono necessariamente i più costosi.

Passando all'analisi dei dati, il rapporto conferma il buon livello dei servizi pubblici ma

non la loro ottimalità, visto che molte persone ancora si lamentano della difficoltà di accesso ai servizi stessi. Si è osservato infatti che questi sono pensati più per rispondere alle esigenze del prestatore piuttosto che dell'utente. La fase successiva deve mirare a migliorare la capacità di innovazione e le prestazioni, anche prendendo ad esempio i Paesi che vantano i risultati migliori.

Il documento in commento passa poi ad analizzare approfonditamente l'obiettivo "risultati migliori", nonché gli strumenti necessari per raggiungerlo.

2. Con l'espressione "risultati migliori" si intende fare riferimento a sistemi che conferiscono più potere ai cittadini: l'idea che i cittadini informino ai propri bisogni i servizi pubblici ha una portata molto più ampia della semplice idea di non considerarli esclusivamente fruitori: essere *stakeholders* consapevoli vuol dire collaborare attivamente alla funzionalità dell'intera macchina statale, eliminando gli sprechi fisiologici connessi ad un servizio di carattere generale e non tarato sulle esigenze di chi lo usa.

Valutando un altro attore del cambiamento, in una visione circolare dei rapporti tra Stato, utenti e prestatori di servizi non solo occorre affidare i servizi pubblici a soggetti altamente qualificati in grado di rispondere direttamente alle esigenze degli utenti, ma lo Stato deve approntare una politica economica e sociale che abbia quale fine ultimo la soddisfazione dei cittadini, soprattutto attraverso lo strumento del decentramento, ove il governo centrale conservi il ruolo di motore del cambiamento.

D'altro canto lo stesso confronto con i Paesi che vantano "eccellenze pubbliche" (quali la Svezia per l'assistenza sanitaria, la Danimarca per i servizi pubblici e il Canada per l'istruzione) conduce inequivocabilmente a fondare la riforma su una serie di fattori: una visione del sistema pubblico che ruoti intorno al cittadino; l'affidamento dei servizi a soggetti altamente qualificati; l'adozione di una politica centrale che indirizzi le amministrazioni locali a fornire prestazioni sempre più personalizzate e quindi più soddisfacenti. Le modifiche, il cui perno è costituito dagli utenti finali, comportano che gli stessi possano effettuare scelte reali tra i servizi offerti; che lo Stato garantisca il funzionamento della *customer's satisfaction*; che sia rafforzato il partenariato tra utenti e professionisti (ne è un esempio la maggiore interazione tra genitori ed insegnanti nelle istituzioni scolastiche); che venga migliorata la qualità e la disponibilità di informazioni sulle prestazioni dei servizi. Ovviamente non per tutti i servizi è possibile scegliere e dunque il ruolo di propulsore all'innalzamento della qualità affidato ai cittadini deve essere declinato a favore dello Stato per servizi quali il sistema di polizia. Ma quando ciò è possibile i risultati sono nettamente migliori, non solo riguardo alle prestazioni, ma anche in una prospettiva di cambiamento culturale improntato alla competitività ed alla qualità. Affidare la scelta agli utenti significa compiere da parte del Governo e dei prestatori di servizi lo sforzo di fornire informazioni complete sul prodotto offerto così da consentire ai fruitori di indirizzarlo e condizionarlo. Una misura in tal senso è l'introduzione di bilanci di carattere personale; in campo sanitario ciò consentirà di adattare le cure offerte dalle strutture sanitarie ai reali bisogni del paziente.

Anche i servizi locali dovranno andare in questa direzione: essere tesi alla soddisfazione dei cittadini e quindi essere affidati ai fornitori la cui efficienza corrisponde alle preferenze espresse dagli utenti, rilevate attraverso un sistema di sondaggi. Il *feedback* diventa così lo strumento privilegiato per rilevare *defailances* e per sanarle.

In quest'ottica assume valore preponderante il cosiddetto partenariato tra utenti e professionisti: la responsabilizzazione dettata dal compiere scelte sia per quanto concerne l'offerta, sia per quanto concerne l'uso dei servizi comporterà un netto miglioramento di tutti i settori interessati. Ne sono un esempio la campagna di prevenzione delle malattie, nonché gli incontri frequenti tra genitori ed insegnanti anche attraverso mezzi informatici. Il sistema si regge come descritto sulle informazioni e dunque sulla necessità che esse siano veritiere e trasparenti. Il Rapporto in commento dà atto della esistenza di dati ac-

cessibili agli utenti; l'intento programmatico non attiene al *quantum* bensì alla "tempestività" della notizia e alla possibilità di mettere in rete i vari attori del cambiamento per consentire lo scambio di informazioni e di soluzioni. Naturalmente ciò riguarda dati veicolabili, non strettamente personali.

Come anticipato la competitività si fonda, dal lato dell'offerta, sulla professionalità dei prestatori di servizi cui il governo dovrà concedere nuovi spazi coerenti con le tecnologie e nel rispetto della creatività. Consentire a chi lavora in prima linea come i medici di dedicarsi alla professione con entusiasmo, complice l'apporto strategico dell'utente, è l'unico modo per raggiungere l'alta qualità ed i servizi innovativi.

Garantire "nuove professionalità" significa: aumentare le competenze e aumentare coerentemente la qualità dei servizi pubblici che saranno solo quelli maggiormente soddisfacenti; garantire una maggiore libertà di azione; gratificare i professionisti che operano in zone difficili; definire obiettivi di eccellenza. Naturalmente per fare ciò occorre l'azione delle parti sociali per sviluppare una cultura della professionalità tesa a raggiungere abilità, sviluppo, innovazione, *leadership* ed animata dal desiderio di conquistare standard di classe mondiale.

Contare su professionisti di qualità significa credere in un'etica del lavoro pubblico e scegliere i primi tra i soggetti di talento che realmente vogliono impegnarsi nel prestare servizi pubblici fondamentali. Questo è il motivo per cui, ad esempio, il governo è un forte sostenitore del Teach First nel campo dell'istruzione e della rimozione degli ostacoli che scoraggiano i migliori medici a rimanere nel servizio sanitario nazionale. Lo sforzo è nel senso di migliorare le competenze, fornire chiare linee di progressione e incoraggiare l'espansione delle opportunità di inserimento nel settore pubblico, come l'apprendistato. Tali misure aumenteranno, secondo il programma, le opportunità di progressione di carriera al fine di reclutare e vantare soggetti altamente specializzati e motivati.

I mezzi approntati saranno i più vari: *mentoring* o rapporti di *coaching*, oppure i più formali programmi di formazione.

Ciò che non si vuole tralasciare è comunque la soddisfazione dell'utente finale; dunque la formazione si fonda su *feedback* continui, atti a personalizzare le prestazioni rese. Il sistema è garantito da una pubblicità costante: i cittadini potranno tempestivamente avere informazioni del settore di loro interesse. Ne sono un esempio la massiccia crescita in siti web che riuniscono i professionisti del settore pubblico ed i volontari.

La motivazione che spingerà i migliori professionisti a divenire prestatori di servizi pubblici è l'applicazione di una politica che premi le performance, valutate non solo in base ai risultati, ma pure in base alla difficoltà del loro raggiungimento (ad esempio insegnanti che svolgono il loro lavoro in zone socialmente degradate).

Nel programma rientra la formazione dei dirigenti del settore pubblico: i nuovi professionisti nell'intento del programma devono ricercare "l'eccellenza", ovvero alti standard di rendimento attraverso la comprensione puntuale di cosa abbisogna ai cittadini e dunque di quello che dovrà essere fatto in futuro. Ciò che ci si aspetta è l'elaborazione di prassi circolabili perché consultabili da tutti i professionisti del settore; è la fissazione di standard minimi ottimali per essere efficienti, di talché assume un ruolo preponderante, in un'ottica di responsabilizzazione, la strategia di pianificazione che sarà il metro su cui valutare la preparazione del dipendente pubblico.

Il ruolo del Governo centrale in quest'opera di revisione del sistema pubblico è quello di occupare una *leadership* strategica: se l'obiettivo è raggiungere alti rendimenti che soddisfino gli utenti finali, lo Stato non può disciplinare compiutamente ogni aspetto dei servizi pubblici; può solo definire degli standard non derogabili e lasciare alle autonomie locali il ruolo di interpretare e soddisfare i bisogni dei propri *stakeholders*. Sussidiariamente il governo centrale dovrebbe sostituirsi alle autorità locali qualora queste si dimostrassero "inefficienti".