

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Tendenze e prospettive in materia di executive staff:
un quadro comparato*

INTERVENTI

*La responsabilità del datore di lavoro
nelle organizzazioni di impresa complesse*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE
*Modello partecipativo di gestione dell'impresa:
quale vantaggio per il sindacato?*

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Profili costituzionali dello spoils system una tantum
Falsa attestazione della presenza sul luogo di lavoro
del dipendente pubblico e falso ideologico*

*Tutela previdenziale dei coadiutori familiari del farmacista
Presupposti di ammissibilità della azione diretta del lavoratore
per la costituzione della rendita vitalizia
Trasferimento per incompatibilità ambientale*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Il trattamento retributivo dell'apprendista
I contratti flessibili nella Pubblica Amministrazione
La legge della Regione Liguria per la promozione del lavoro
Orario di lavoro: riposi e deroghe e disciplina sanzionatoria
Rassegna 2008 degli interpelli in materia contributivo-previdenziale
Riordino, coordinamento e semplificazione
in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro
Incidenti stradali, autotrasporto, sicurezza sul lavoro*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione
Ambito di applicazione del contratto collettivo
di trasposizione del contenuto di una direttiva*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Cile - La tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori in azienda
Francia - Valorizzare il lavoro contro la povertà e per l'inclusione sociale
Stati Uniti - L'impatto sul lavoro delle c.d. misure anti-crisi*

N. 1/XIX - 2009

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE
"MARCO BIAGI"



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO - n. 1/2009

Ricerche: Tendenze e prospettive in tema di executive staff: un quadro comparato

THOMAS C. KOHLER <i>Dirigenti e regolazione del mercato del lavoro negli Stati Uniti</i>	1
ARISTEA KOUKIADAKI <i>I senior managers nel diritto del lavoro inglese</i>	17
SOPHIE ROBIN-OLIVIER <i>I cadres nell'ordinamento francese</i>	35
ACHIM SEIFERT <i>Le figure dirigenziali nell'ordinamento tedesco</i>	47
MANUEL LUQUE <i>Il personal de alta dirección nell'ordinamento spagnolo</i>	60
HISASHI OKUNO <i>I dirigenti nel diritto del lavoro giapponese</i>	75

Interventi

UMBERTO CARABELLI <i>La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse</i>	91
---	----

Relazioni industriali e Risorse umane

JOHN GEARY <i>Il sindacato trae effettivamente vantaggio dall'adozione di un modello partecipativo alla gestione dell'impresa?</i>	109
--	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

MARIA CRISTINA CATAUDELLA <i>La Corte Costituzionale torna sullo spoils system una tantum (nota a C. Cost. 7 maggio 2008, n. 161)</i>	125
ANDREA SITZIA <i>Falsa attestazione della presenza sul luogo di lavoro del dipendente pubblico e falso ideologico (nota a Cass. pen. 10 settembre 2008, n. 35058)</i>	130
ENRICA CARMINATI <i>La tutela previdenziale dei coadiutori familiari del farmacista non iscritti all'albo professionale (nota a App. L'Aquila 13 novembre 2008, n. 1678, e altre)</i>	135
GIUSEPPE GIGLIO <i>Presupposti di ammissibilità della azione diretta del lavoratore per la costituzione della rendita vitalizia (nota App. Ancona 19 febbraio 2008)</i>	141
GIANVITO RICCIO <i>Legittimità del trasferimento del lavoratore per incompatibilità ambientale (nota a Cass. 2 settembre 2008, n. 22059)</i>	145

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

FRANCESCO GHERA <i>Il trattamento retributivo dell'apprendista dopo la riforma del 2003</i>	153
LUIGI OLIVERI <i>I contratti flessibili nella pubblica amministrazione</i>	164
MANUEL MAROCCO <i>La legge ligure per la promozione del lavoro</i>	170
ANDREA AMATO <i>Riposi e deroghe nel decreto legislativo n. 66/2003: dalle direttive comunitarie alle prassi amministrative</i>	174
DANILO PAPA <i>Le modifiche alla disciplina sanzionatoria dei tempi di lavoro</i>	180
IUNIO VALERIO ROMANO <i>Rassegna 2008 degli interpellati in materia contributivo-previdenziale</i>	185
ANTONIO BELSITO <i>Riordino, innovazione, coordinamento, semplificazione per la sicurezza nei luoghi di lavoro</i>	192
ANTONELLA VALERIANI <i>Incidenti stradali, autotrasporto, sicurezza sul lavoro</i>	205
<i>Recenti interventi regionali per la integrazione sociale e l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità</i>	161

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

MARIA PAOLA MONACO <i>L'ambito di applicazione del contratto collettivo che garantisce la trasposizione del contenuto di una direttiva</i>	215
LISA RUSTICO <i>La cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione</i>	219

Osservatorio internazionale e comparato

SERGIO GAMONAL, FRANCISCO TAPIA <i>Cile – La tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori in azienda</i>	227
RAFFAELE GALARDI <i>Francia – Valorizzare il lavoro per combattere la povertà e promuovere l'inclusione sociale</i>	237
AMBRA BARBONI <i>Stati Uniti – L'impatto sul lavoro delle c.d. misure anti-crisi</i>	241
<i>Quadro internazionale e comparato – Politiche di partecipazione agli utili e outsourcing in un mercato del lavoro duale</i>	246
<i>Quadro internazionale e comparato – Tendenze e prospettive del quadro comparato europeo in tema di responsabilità degli imprenditori nella segmentazione degli appalti</i>	249
<i>Quadro internazionale e comparato – Ricorso alla somministrazione di lavoro come indice di anticipazione del ciclo economico</i>	251

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 14 ottobre 2004, n. 40 [153] – Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 luglio 2005, n. 30 [153] – Interpello 1° ottobre 2007, n. 28 [153] (con nota di F. GHERA).

Cile

- Ley n. 19759, del 27 settembre 2001 – Ley n. 20087, del 15 dicembre 2005, come modificata con la ley n. 20260, del 29 marzo 2008 – La Constitucion politica de la Republica de Chile, testo aggiornato al 10 ottobre 2008 –Codigo del Trabajo, testo aggiornato al 5 febbraio 2009 [227] (con nota di S. GAMONAL, F. TAPIA).

Contrattazione collettiva

- Informazione ai lavoratori - Direttiva n. 91/533/CEE - Art. 8, n. 1 e . 2 - Lavoratori “coperti” da un contratto collettivo - Nozione di contratto o di rapporto di lavoro temporaneo [227] (C. Giust. 18 dicembre 2008, causa C-306/07, con nota di M.P. MONACO).

Francia

- Loi n. 2008-1249 *généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion*, 1° dicembre 2008 [236] (con nota di R. GALARDI).
- Haut commissaire aux solidarités actives contre la pauvreté, *Livre vert vers un revenu de Solidarité active*, febbraio 2008 [236] – Haut commissaire aux solidarités actives contre la pauvreté, *Grenelle de l'Insertion. Rapport générale*, 27 maggio 2008 [236] (con nota di R. GALARDI).

Istruzione e formazione

- CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles*, 7652/08, 13 e 14 marzo 2008 [219] (con nota di L. RUSTICO).
- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions New Skills for New Jobs. Anticipating and matching labour market and skills needs*, SEC(2008)3058/2, 16 dicembre 2008 [219] (con nota di L. RUSTICO).
- COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Nuove competenze per nuovi lavori. Prevedere le esigenze del mercato del lavoro e le competenze professionali e rispondervi*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consi-

glio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2008)868, 16 dicembre 2008 [219] (con nota di L. RUSTICO).

- COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *An updated strategic framework for European cooperation in education and training*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)865 final, 16 dicembre 2008 [218] (con nota di L. RUSTICO).

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 39, commi 10 e 11 [160]
- Decreto del Dirigente dell'Unità organizzativa di attuazione delle riforme della Regione Lombardia 13 agosto 2007, n. 9200 [160] – Decreto Direzione generale istruzione, formazione e lavoro della Regione Lombardia 6 ottobre 2008, n. 10886 [160] – Legge Regione Lazio 21 ottobre 2008, n. 17 [160].
- Delibera della giunta della Regione Piemonte 21 aprile 2008, n. 28-8639 [161] – Delibera della giunta della Regione Lombardia 30 luglio 2008, n. VIII-7790 [161] – Delibera della giunta della Regione Veneto 23 settembre 2008, n. 2702 [160] – Delibera della giunta della Regione Marche 29 settembre 2008, n. 1256 [160].

Lavoro pubblico

- Legge 24 dicembre 2007, n. 244 [163] – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 49 [163] (con nota di L. OLIVERI).
- Circolare del Dipartimento della funzione pubblica 11 marzo 2008, n. 2 [164] – Parere del Dipartimento della funzione pubblica 26 novembre 2008, n. 56 [163] (con nota di L. OLIVERI).
- Incarichi dirigenziali “esterni” conferiti prima del 17 maggio 2006 a personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23 del d.lgs. n. 165/2001 ma dipendente da altre amministrazioni pubbliche - Prevista cessazione ove non confermati entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 262/2006 - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, e in particolare del principio (strettamente correlato al secondo) di continuità dell’azione amministrativa - Carezza delle garanzie del giusto procedimento - Illegittimità costituzionale parziale (C. Cost. 7 maggio 2008, n. 161, con nota di M.C. CATAUDELLA) [125].
- Falsa attestazione della propria presenza in ufficio - Falsità in atti - Reato di falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atti pubblici - Sussistenza (Cass. pen. 10 settembre 2008, n. 35058, con nota di A. SITZIA) [130].

Mercato del lavoro

- Legge Regione Liguria 13 agosto 2007, n. 30 [170] – Legge Regione Liguria 1° agosto 2008, n. 30 [170] (con nota di M. MAROCCO).

Orario di lavoro

- Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 [179] (con nota di D. PAPA) – Decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 [179] (con nota di D. PAPA) – Decreto legge 25

giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 41, comma 4 [173] (con nota di A. AMATO) – Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 41 [179] (con nota di D. PAPA).

- Interpello 5 dicembre 2005, n. 2976 [173] (con nota di A. AMATO) – Interpello 9 novembre 2006, n. 5817 [180] (con nota di D. PAPA) – Interpello 23 febbraio 2006, n. 1769 [173] (con nota di A. AMATO) – Interpello 11 ottobre 2007, n. 30 [173] (con nota di A. AMATO) – Interpello 5 novembre 2007, n. 31 [173] (con nota di A. AMATO) – Interpello 11 febbraio 2008, n. 2 [180] (con nota di D. PAPA) – Interpello 29 maggio 2008, n. 13 [173] (con nota di A. AMATO).
- Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 3 marzo 2005, n. 8 [173; 180] (con nota di A. AMATO e con nota di D. PAPA).

Quadro internazionale e comparato

- M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 13 novembre 2008 [248] – ERKKI KOSKELA, JAN KÖNIG, *The Role of Profit Sharing in a Dual Labour Market with Flexible Outsourcing*, CE-SIFO Working Paper, gennaio 2009, n. 2533 [246] – M. CANOY, P. DONKER VAN HEEL, E. HAZEBROEK, *Temporary Agency Work As a Leading Economic Indicator*, ECORYS Netherlands, febbraio 2009 [251].

Previdenza

- Interpello 8 gennaio 2007, n. 1 [185] – Interpello 3 marzo 2008, n. 4 [185] – Interpello 17 marzo 2008, n. 7 [185] – Interpello 2 maggio 2008, n. 11 [185] – Interpello 5 maggio 2008, n. 12 [185] – Interpello 16 giugno 2008, n. 20 [185] – Interpello 21 luglio 2008, n. 23 [185] – Interpello 1° settembre 2008, n. 35 [185] – Interpello 1° settembre 2008, n. 36 [185] – Interpello 3 ottobre 2008, n. 42 [185] – Interpello 3 ottobre 2008, n. 49 [185] – Interpello 19 dicembre 2008, n. 51 [185] – Interpello 19 dicembre 2008, n. 55 [185] – Interpello 23 dicembre 2008, n. 57 [185] – Interpello 23 dicembre 2008, n. 59 [185] – Interpello 23 dicembre 2008, n. 60 [185] – Interpello 23 dicembre 2008, n. 62 [184] – Interpello 23 dicembre 2008, n. 63 [184] (con nota di I.V. ROMANO).
- Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Coadiutori familiari che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza - Sussistenza - Obbligo di iscrizione ad altra cassa di previdenza in capo al farmacista titolare dell'impresa familiare - Irrilevanza (App. Firenze 18 gennaio 2008, n. 81, con nota di E. CARMINATI) [134].
- Controversie in materia di assistenza e previdenza - Omessa contribuzione - Azione per la costituzione di rendita - Azione diretta del lavoratore - Mancata azione preventiva contro il datore - Inammissibilità - Sussistenza (App. Ancona 19 febbraio 2008, con nota di G. GIGLIO) [140].
- Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Coadiutori della impresa familiare non farmacisti non iscritti all'albo - Presupposti - Abitualità e prevalenza nell'esercizio dell'attività commerciale - Costituzione di un'impresa familiare - Partecipazione agli utili dell'impresa - Irrilevanza (App. L'Aquila 13 novembre 2008, n. 1678, con nota di E. CARMINATI) [134].

- Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Attività commerciale accanto a quella farmaceutica - Sussistenza - Obbligo assicurativo in capo ai coadiutori familiari non farmacisti - Sussistenza - Obbligo di iscrizione ad altra cassa di previdenza in capo al farmacista titolare dell'impresa familiare - Irrilevanza (Trib. Torino 28 aprile 2008, n. 1550, con nota di E. CARMINATI) [134].
- Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Qualificazione dei farmacisti a fini previdenziali come professionisti - Vendita prodotti parafarmaceutici - Irrilevanza - Obbligo assicurativo in capo ai coadiutori familiari non farmacisti - Esclusione - Iscrizione d'ufficio - Illegittimità (Trib. Tolmezzo 3 ottobre 2007, n. 41, con nota di E. CARMINATI) [135].

Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro

- Legge 3 agosto 2007, n. 123 [192; 204] (con note di A. BELSITO e di A. VALERIANI) - Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 [192; 204] (con note di A. BELSITO e di A. VALERIANI) - Decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2008, n. 129 [192] (con nota di A. BELSITO).
- Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 25 febbraio 2008, n. 74 [192] (con nota di A. BELSITO).
- Conferenza Unificata Stato-Regioni-Provincie Autonome 30 ottobre 2007 [205] (con nota di A. VALERIANI) - Accordo Stato-Regioni-Provincie Autonome 18 settembre 2008 [205] (con nota di A. VALERIANI) - Audizione "Sicurezza Stradale" del Ministero del lavoro della salute e delle politiche sociali, 20 gennaio 2009 [204] (con nota di A. VALERIANI).
- Comunicazione della Commissione europea 24 ottobre 2006, COM(2006)625 final [205] (con nota di A. VALERIANI).

Stati Uniti

- C. ROMER, J. BERNSTEIN, *The Job Impact of the American Recovery and Reinvestment Plan*, 9 gennaio 2009 [241] - STATEMENT OF DOUGLAS W. ELMENDORF DIRECTOR, *The State of the Economy and Issues in Developing an Effective Policy Response*, Congressional Budget Office, 27 gennaio 2009 [241] (con nota di A. BARBONI).

Trasferimento del lavoratore

- Presupposti di legittimità - Esigenza di conservare un clima sereno nell'ambiente di lavoro - Sussistenza (Cass. 2 settembre 2008, n. 22059, con nota di G. RICCIO) [145].

*Tendenze e prospettive in tema di executive staff:
un quadro comparato*

Dirigenti e regolazione del mercato del lavoro negli Stati Uniti

Thomas C. Kohler

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il contesto storico e sociologico. – 3. Le definizioni. – 3.1. I *supervisory employees*. – 3.2. I *managerial employees*. – 3.3. I *professional employees*. – 3.4. Spunti conclusivi. – 4. La disciplina del rapporto di lavoro. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'american exceptionalism*, ovvero l'idea – secondo quanto ha scritto Seymour Martin Lipset – che gli Stati Uniti «siano qualitativamente differenti da tutti gli altri Paesi»⁽¹⁾, si può fare risalire ad Alexis de Tocqueville, se non addirittura al Governatore John Winthrop, leader puritano, che nel 1630 ricordava ai coloni della baia del Massachusetts che il loro insediamento sarebbe stato come una città in cima ad una collina, un luogo sul quale tutti gli occhi sarebbero stati puntati, e i cui successi – o fallimenti – sarebbero serviti per l'edificazione del mondo⁽²⁾. Nel corso del tempo, l'eccezione americana ha suggerito una serie di diversi significati, ma Lipset utilmente – e ritengo in modo molto accurato – ha individuato in cinque elementi le sue caratteristiche pregnanti: libertà, egualitarismo, individualismo, populismo e *laissez-faire*⁽³⁾. Tra questi, credo che l'individualismo rappresenti di gran lunga la forza più potente e importante.

Già negli anni Trenta del XIX secolo, Tocqueville segnalava il fatto che l'individualismo fosse un termine nuovo, «coniato di recente per esprimere un concetto nuovo». I nostri avi – scriveva – «avevano cognizione solo dell'egoismo», un termine che esprime «un amore esagerato e viscerale di sé, che conduce un uomo a concepire tutto in funzione della propria persona e a preferire se stesso rispetto a qualsiasi altra cosa». «L'individualismo», d'altro canto, «è un sentimento calmo e meditato che induce ciascun cittadino a isolarsi rispetto alla massa dei suoi concittadini» e a lasciare «che la società badi a se stessa». «L'egoismo – afferma Tocqueville – sorge da un istinto cieco», mentre «l'individualismo è basato su un giudizio fuorviante piuttosto che su un sentimento deviante»⁽⁴⁾. È una caratteri-

* Professore di Diritto del lavoro, Boston College Law School. Traduzione dall'inglese a cura di Alessandro Porcelluzzi.

⁽¹⁾ S.M. LIPSET, *American Exceptionalism: A Double-edged Sword*, W.W. Norton & Company, New York, 1996, 18.

⁽²⁾ Il linguaggio adottato proviene dal discorso di J. WINTHROP, *A Model of Christian Charity*.

⁽³⁾ S.M. LIPSET, *op. cit.*, 31.

⁽⁴⁾ A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America* [trad. di J.P. Meyer, G. Lawrence], Anchor Books, 1969, 506.

stica «di origine democratica e minaccia di accrescersi via via che le condizioni di partenza divengono più simili» ⁽⁵⁾. «Nelle condizioni sociali che le moderne democrazie genereranno» – continua Tocqueville – «sempre più persone otterranno o manterranno abbastanza benessere e abbastanza capacità di giudizio da poter badare solo ai propri bisogni. Un popolo di questo tipo non avrà alcun tipo di debito con nessuno e difficilmente si aspetterà qualcosa da chicchessia. Essi avranno una concezione di sé assolutamente isolata e crederanno che il loro destino sia interamente nelle loro mani» ⁽⁶⁾.

Sarebbe difficile trovare una definizione più concisa e accurata dell'individualismo americano e della nozione spinta di autosufficienza che esso genera. Queste caratteristiche descrivono la differenza qualitativa negli atteggiamenti che contrassegnano gli americani. Esse costituiscono alcuni dei nostri più importanti punti di forza e, come tutti i punti di forza, nascondono allo stesso tempo i potenziali motivi di debolezza. Come ha notato Tocqueville, «in America ogni uomo conta sempre solo sulle proprie forze e c'è il rischio che rimanga rinchiuso nella solitudine del suo cuore» ⁽⁷⁾. È vero: gli americani – come si suol dire – lavorano senza una rete. Una forma peculiare di individualismo ed autosufficienza caratterizza certamente gli americani e, proprio come queste caratteristiche hanno vantaggi reali unici, allo stesso tempo esse implicano un costo. L'evidenza dei dati dimostra che gli statunitensi sono il popolo più solo al mondo.

Queste osservazioni possono sembrare strane come introduzione a una discussione di carattere tecnico, ma può essere utile tenere a mente le caratteristiche descritte per spiegare molte delle caratteristiche della vita statunitense, comprese le forme di regolazione del rapporto di lavoro. La disciplina statunitense dei dirigenti, in relazione soprattutto a quella dei Paesi europei ed in particolare quella tedesca, si presenta come esempio di ciò che Max Weber avrebbe definito “anti-tipo ideale”.

Prima di procedere oltre, occorre una chiarificazione a livello terminologico. Negli Stati Uniti, come in alcuni altri ordinamenti (ad esempio il Giappone), il termine *executive staff member*, inteso come *white collar*, come lavoratore, cioè, che esegue (alcune del)le funzioni del datore di lavoro, non ha alcun significato a livello legale. Il termine in sé è ormai datato e a livello gergale funzionava come termine approssimativo per distinguere coloro che svolgevano lavori impiegatizi o coloro che svolgevano con un livello più alto di istruzione mansioni basate sulla conoscenza, come diremmo oggi, da coloro che svolgevano lavori manuali, anche se spesso molto qualificati.

Lo studioso di relazioni industriali Everett M. Kassalow ha sostenuto che in molti altri Paesi occidentali, i dirigenti sono considerati come una categoria speciale di prestatori di lavoro. Spesso sono protetti da speciali sistemi di sicurezza sociale. In alcuni Paesi non sono soggetti alle stesse regole relative alla rappresentanza sindacale ed alla contrattazione collettiva. Ciò non vale per gli Stati Uniti: i *white collars* sono sottoposti al comune regime di sicurezza sociale e la loro disciplina

⁽⁵⁾ Ivi, 507.

⁽⁶⁾ Ivi, 508.

⁽⁷⁾ *Ibidem*.

sindacale e di lavoro è la medesima di quella degli altri lavoratori ⁽⁸⁾.

Come si vedrà, però, le organizzazioni rappresentative dei *white collars* – insegnanti, bancari e altri professionisti compresi a volte avvocati e medici – non sono del tutto inesistenti negli Stati Uniti, anche se non rappresentano una categoria speciale nella legislazione americana.

Il termine tedesco *leitender Angestellte*, per ragioni che affronteremo in seguito, trova il suo corrispondente più esatto anche se ancora non definito nel *managerial employee*. Tale nozione non rappresenta un termine ad arte ma è coniato per delimitare l'ambito di applicazione del *National Labor Relations Act* (NLRA). Il termine *executive staff* non ha un significato giuridico nel diritto nordamericano, il quale non contiene alcuna categoria speciale che coincida con la nozione tedesca di *leitender Angestellte*.

Ciò è probabile che non sorprenda. Gli Stati Uniti sono abbastanza noti come un Paese che impone, a confronto, norme meno protettive per i lavoratori, e questo è particolarmente vero per coloro che ricoprono posizioni funzionalmente equivalenti a quelle descritte come *leitender Angestellte* (dirigente) secondo lo schema legale tedesco. Gli americani si aspettano di poter costruire la propria strada nella vita e, in particolare, si aspettano che agiscano in questa maniera proprio i *managerial employees*. Dopo tutto, essi appaiono come coloro che muovono le fila delle imprese; si tratta di una percezione difficile da eliminare anche quando, in realtà, tali lavoratori possono avere poco potere reale ed effettivo. Di conseguenza, anche in un quadro legale che offre rispetto ad altre realtà minori protezioni per i lavoratori, i *managerial employees* spiccano comunque per la scarsità delle garanzie offerte loro dalla legge. Ciò non significa che esse siano del tutto assenti, ma nello schema americano, l'appartenenza a questa categoria spesso significa che si è esclusi da sistemi di protezione. Come il termine "colletti bianchi", così anche l'espressione *managerial employee*, salvo che nel contesto particolare del NLRA, è colloquiale, e si riferisce a persone che hanno anche un minimo ruolo di *leadership* e di potere decisionale all'interno dell'impresa. In questo saggio si è utilizzata l'espressione *managerial employees* esattamente in questo senso.

Bisogna inoltre ricordare che gli Stati Uniti sono un sistema federale. Diversamente dalla Germania, dal Giappone o dalla Francia, per esempio, gli Stati Uniti non hanno un sistema unitario di legislazione del lavoro. La giurisdizione è divisa tra il governo federale e gli Stati, e spesso in modi che possono essere piuttosto fuorvianti. Il diritto sindacale e delle relazioni industriali – che, per ragioni che approfondiremo in seguito, esclude i *managerial employees* dal proprio campo di applicazione – è di competenza federale per la maggior parte dei lavoratori del settore privato ⁽⁹⁾.

Lo stesso vale a proposito della legislazione in materia di discriminazione sul la-

⁽⁸⁾ E.M. KASSALOW, *White-Collar Unionism in the United States*, in A. STURMTHAL, *White-Collar Trade Unions: Contemporary Developments in Industrialized Societies*, University of Illinois Press, 1966, 330-331.

⁽⁹⁾ Coloro che prestano la loro attività lavorativa in "un posto statale o parastatale" sono esclusi dall'ambito di applicazione del *National Labor Relations Act*. Tutti i diritti "collettivi" devono avere un riconoscimento federale. Per i dipendenti del governo federale essi sono determinati dal *Federal Service Labor-Management Relations Statute*, 5 U.S.C. § 7101 ss.

voro⁽¹⁰⁾, che, per la maggior parte dei casi, riguarda anche coloro che abbiamo descritto appunto come *managerial employees*. La disciplina del rapporto di lavoro, invece, è di competenza dei singoli Stati. A meno che siano regolamentati da leggi federali, questioni come il diritto della privacy, restrizioni sulla concorrenza, diritti della proprietà intellettuale, ecc., sono di competenza dei singoli Stati.

È vero che vi sono dei *trend* generali ma comunque gli Stati sono liberi di sviluppare i propri approcci in queste aree, e spesso lo fanno⁽¹¹⁾.

Forse il fattore più importante da prendere in considerazione quando si pensa alla regolamentazione del mercato del lavoro è che l'*employment at will* (ovvero la libera recidibilità dei contratti) rappresenta una regola di *default*. Ogni intervento protettivo, legislativo o giurisprudenziale può essere visto come un'eccezione – limitata – a tale regola generale.

L'*employment at will* ha ulteriori effetti sulla regolamentazione del rapporto di lavoro. La maggior parte dei lavoratori americani non ha alcun tipo di contratto di lavoro scritto e ciò riguarda anche i *managerial employees*, eccetto coloro che si trovano ai più alti livelli di un'organizzazione. L'*employment at will* implica in una certa misura che le parti possano modificare il loro rapporto in qualsiasi momento, salvo comunque non ricadere nei divieti previsti dalla legislazione.

Una minima parte di diritto positivo regola i termini e le condizioni del rapporto.

In teoria, le parti in un rapporto di lavoro permangono in uno Stato di costante negoziazione, con un flusso continuo di proposte e accordi tra le parti, con la libertà di risolvere il rapporto in qualsiasi momento e senza preavviso.

La risoluzione delle controversie di lavoro è poi di competenza dei singoli Stati.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha continuamente manifestato fedeltà alla *at-will rule*. Nella sua *opinion* nel caso di *diversity jurisdiction Workman v. United Parcel Service, Inc.*, il giudice Posner affermò che «l'*employment at will* è la regola negli Stati Uniti. Un lavoratore pertanto non ha alcuna ragione di considerarsi stabile, e la richiesta che un appunto su un quaderno costituisca un contratto è essa stessa una chiara dimostrazione del fatto che se venisse licenziato non potrebbe fare appello a una qualche forma di contratto reale. Cosa serve di più?»⁽¹²⁾.

Come indicano queste considerazioni, la legislazione del lavoro americano presenta un approccio decisamente concreto. Fatta eccezione per (poche) norme di diritto positivo presenti come quelle sulle discriminazioni, le parti sono libere di contrattare e di rinunciare a diritti come quello alla privacy, ecc.

Lipset aveva ragione: gli statunitensi sono naturalmente disposti all'egualitarismo, all'affermazione di sé e a un atteggiamento di *laissez-faire*. Proponiamo

⁽¹⁰⁾ La maggior parte degli Stati hanno leggi che vietano le discriminazioni sul lavoro.

⁽¹¹⁾ L'*American Law Institute* sta preparando una proposta per il *Restatement of Employment Law*. Un Restatement di solito ricava i propri principi dalle decisioni dei tribunali e ha lo scopo di riunire e chiarire la legge in vista di sviluppi futuri. Per una visione di insieme si veda T.C. KOHLER, *Restatement, Technique and Tradition in the United States*, in *IJCLLR*, 2008, n. 4; M. TRAYNOR, *The First Restatements and the Vision of the American Law Institute, Then and Now*, in *Southern Illinois University Law Journal*, 2007, 145. Questo progetto ha ricevuto anche molte critiche, si veda M.W. FINKIN, *Second Thoughts on a Restatement of Employment Law*, in *Journal of Labor and Employment Law*, 2005, 279.

29 U.S.C. §§ 2601 ss.

⁽¹²⁾ 234 F.3d 998, 1000, 7th Cir., 2000.

relativamente poche protezioni legali agli operai e, se possibile, anche meno ai *managerial employees*. I benefici e le protezioni provengono in gran parte dalla forza del mercato, dimostrata dalla domanda di talenti e servizi. I termini e le condizioni di lavoro per i *managerial employees* di alto livello negli Stati Uniti in primo luogo sono fissati dalla contrattazione e non dalla legge.

Ponendo questo come contesto culturale, possiamo esaminare le questioni principali per la discussione su questo tema.

2. Probabilmente si potrebbe omettere, ma considerando lo *status* dei *managerial employees* e il loro trattamento nell'ordinamento statunitense è opportuno ricordarlo, che gli Stati Uniti sono e sono sempre stati una società senza distinzione di classi sociali. Ciò non per negare che esistano differenze nella ricchezza, nella istruzione e nella distribuzione delle altre risorse sociali. Piuttosto, come indicò Tocqueville, una sorta di equità sociale ha caratterizzato gli Stati Uniti sin dalle origini. Non abbiamo una storia feudale e nessuna storia di classi, Stati o *Stände*. Le quattro mobilità (geografica, sociale, matrimoniale e politica) che Michael Walzer considera siano state perse dalla modernità⁽¹³⁾ hanno a lungo caratterizzato la vita degli statunitensi e condizionato i nostri modi di pensare. Gli americani sono squisitamente consci del proprio *status* ma non della classe.

La nostra "classe media" – della quale la maggior parte degli americani si sentono parte – non è l'equivalente del *Mittelstand* della Germania del XIX secolo. Il termine *middle class* denota piuttosto una visione del mondo, un atteggiamento che riflette una sorta di egualitarismo che poi è componente essenziale dell'*american exceptionalism*.

Anche lo sviluppo dell'economia ha avuto negli Stati Uniti una storia differente rispetto agli altri Stati. Non abbiamo una storia di imprese che si sono sviluppate secondo percorsi lineari, né abbiamo una storia di una classe media i cui membri – elevandosi gradualmente (come la famosa famiglia Bassermann in Germania)⁽¹⁴⁾ – hanno poi formato la classe industriale.

L'*entrepreneurialism* può anche essere una parola di origine francese, ma rappresenta un'attività e un atteggiamento tipico negli Stati Uniti, una virtù al di sopra di tutte le altre. Siamo famosi per essere il Paese in cui gli immigrati senza un centesimo, che abbandonavano il vecchio mondo, sono venuti a fare fortuna o almeno ad assicurarsi un livello ragionevole di benessere e opportunità.

L'individualismo, forgiato in parte dalle particolari forme di protestantesimo e dal nominalismo politico che caratterizzava i nostri Padri fondatori, assieme a fattori come la cronica mancanza di lavoro e una popolazione molto mobile, ha influenzato in modo significativo il carattere del nostro diritto del lavoro. Gli Stati Uniti, alle origini, sono stati eredi della *common law* inglese: in assenza di una prova contraria, il rapporto di lavoro era annuale ed era possibile interromperlo solo per una causa specifica. Nel 1816 Tapping Reeve, uno dei primi commentatori statunitensi e uno dei fondatori della prima scuola americana di diritto a Litchfield nel Connecticut, sosteneva comunque che nella pratica non esisteva al-

⁽¹³⁾ M. WALZER, *Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism*, Yale University Press, 2004, 150.

⁽¹⁴⁾ Si veda L. GALL, *Bürgertum in Deutschland*, Siedler, Berlino, 1989.

cun tipo di norma nel suo Stato ⁽¹⁵⁾.

Fino all'ultimo quarto di secolo dell'Ottocento non vi furono regole precise e la stessa giurisprudenza era contraddittoria. Le Corti di diversi Stati, compreso lo Stato di New York, dichiaravano di seguire la regola inglese di *common law*, e presumevano, in assenza di prova contraria, che il contratto avesse una durata annuale. Questa presunzione costituiva la regola contrattuale base. Molti tribunali utilizzavano la *at-will rule* come una presunzione non assoluta.

Numerose controversie riguardavano i *corporate drummers* (coloro che cercavano denaro per investitori che volevano aprire nuove imprese), soggetti che avevano ricevuto assicurazioni che il loro impiego fosse stato stabilito come lavoro a tempo indeterminato dalle rispettive imprese. Spesso i tribunali ritenevano che tali accordi per una occupazione a tempo indeterminato non significassero un lavoro a vita ma una occupazione per un ragionevole lasso di tempo.

La formulazione classica della *at-will rule* fu stabilita nel caso del 1884 *Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co.* ⁽¹⁶⁾, nel quale la Corte Suprema del Tennessee sostenne che, nella situazione in cui il lavoro non ha un termine prestabilito, il datore di lavoro «può licenziare liberamente i propri dipendenti, siano essi pochi o molti, per una causa giusta, o senza alcuna causa, o anche per una ragione moralmente sbagliata, senza tuttavia essere condannabile dal punto di vista legale» ⁽¹⁷⁾.

Anche se costituiva un *obiter dicta*, dalla fine del XIX secolo, la regola, così come definita in *Payne*, era diventata dottrina universalmente riconosciuta negli Stati Uniti e aveva reso ancora più stabile la suddetta presunzione. A meno che non vi fosse un documento scritto di senso contrario, il rapporto di lavoro negli Stati Uniti veniva considerato strettamente sulla base della *at-will rule*. A partire dalla metà degli anni Settanta, i tribunali di diversi Stati svilupparono una serie limitata di eccezioni ⁽¹⁸⁾. Anche il legislatore introdusse alcune limitate eccezioni, come ad esempio il *Sarbanes Oxley Act* ⁽¹⁹⁾.

Nello stesso contesto, il processo di sindacalizzazione ebbe delle evoluzioni. Uno dei primi movimenti di massa dei lavoratori, i *Knights of Labor*, promosse alcune battaglie fondamentali per la creazione di cooperative di lavoratori e per la fine delle discriminazioni sessuali e razziali sul posto di lavoro. Coerentemente con il suo carattere di movimento sociale di massa, l'appartenenza ai *Knights* era aperta praticamente a tutti, ad esclusione di avvocati, commercianti di liquori e banchieri. In effetti, alcuni dei sindacati dei *white collars* si svilupparono sotto la protezione dei *Knights*. L'*American Federation of Labor*, la confederazione che ha fatto seguito alla scomparsa dei *Knights*, era costituita in prevalenza da lavoratori specializzati.

⁽¹⁵⁾ T. REEVE, *The law of baron and femme: of parent and child, of guardian and ward, of master and servant, and of the powers of the courts of chancery*, 1816.

⁽¹⁶⁾ 82 Tenn. 507, *Hutton v. Watters*, 132 Tenn. 527, 179 S.W. 134, 1915.

⁽¹⁷⁾ 82 Tenn. P.520-21. La Corte ha osservato: «il commercio è libero, come anche il lavoro. La legge lascia liberi datore di lavoro e lavoratore; i loro accordi, una volta stabiliti, sono vincolanti tra le parti».

⁽¹⁸⁾ Per approfondimenti M. KITTNER, T. KOHLER, *Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2000, 263.

⁽¹⁹⁾ *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* del 2002, Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, *codified at* 15 U.S.C. § 7201 (2000 and Supp. IV 2004).

Solo all'inizio del XX secolo si riuscì ad organizzare con successo i lavoratori meno qualificati impiegati nelle grandi imprese.

L'approvazione in molti Stati di regolamenti che estendano la contrattazione collettiva a settori statali o parastatali fece crescere in modo esponenziale la presenza del sindacato tra diversi gruppi appartenenti ai colletti bianchi, come gli insegnanti, i bibliotecari e i lavoratori della sanità. Il passaggio nel 1974 degli emendamenti sul sistema sanitario al NLRA, che estendeva le protezioni previste ai lavoratori degli ospedali no profit, contribuì all'aumento della forza del sindacato cattolico.

La mancanza di un movimento forte e con un'ampia base tra i *white collars* può essere in parte spiegato anche con il fatto che fino a metà degli anni Sessanta del Novecento, gli statunitensi cattolici percepivano stipendi bassi, occupavano posizioni lavorative inferiori e avevano meno possibilità di frequentare l'università rispetto ai protestanti⁽²⁰⁾.

Le osservazioni di Everett M. Kassalow analizzavano bene le tendenze in atto. Nel 1967, egli osservava che: «gli Stati Uniti sono il primo Paese al mondo in cui i lavoratori manuali o i colletti blu hanno cessato di essere la più ampia categoria della forza lavoro. Essi sono stati sostituiti in tempi recenti dai *white collars workers*. La sindacalizzazione dei colletti bianchi, comunque, ha fatto solo piccoli progressi. In poche industrie, tra cui lo spettacolo, le autostrade e, in qualche misura, i trasporti e le poste ci sono sindacati organizzati dei *white collars*. Negli altri settori dell'economia, sebbene esista un certo numero di sindacati e qualcuno sia stato fondato da molti anni, il tasso di sindacalizzazione tra i colletti bianchi continua ad essere moderato. Gli sviluppi di questi ultimi anni – continuava Kassalow – suggeriscono che lo stato relativamente debole della sindacalizzazione dei colletti bianchi può essere in procinto di cambiare. Una serie di mutamenti sociali economici e tecnologici stanno portando alla creazione di un contesto più favorevole per i tentativi di sindacalizzazione tra i colletti bianchi»⁽²¹⁾.

Il rafforzamento dell'adesione ai sindacati nel settore pubblico è significativo. I tassi di presenza del sindacato negli Stati Uniti hanno raggiunto un livello molto alto alla fine degli anni Cinquanta, coprendo un terzo della popolazione lavorativa. Negli anni Sessanta, c'è stato un lento declino nell'adesione al sindacato, che è diventato più imponente alla fine degli anni Settanta e si è rallentato solo recentemente. Oggi gli iscritti al sindacato rappresentano il 12,1% della forza lavoro.

Secondo i più recenti dati riportati dallo *United States Bureau of Labor Statistics* (BLS), le percentuali di adesione ai sindacati nel settore pubblico (35,9%) sono quasi cinque volte superiori a quelli del settore privato (7,5%). Il BLS riferisce anche che i settori dell'istruzione e formazione sono quelli con le più alte percentuali di adesione al sindacato (37,2%), seguiti dal settore dei servizi di protezione⁽²²⁾.

Nel settore privato, l'incremento più significativo nel 2007 è stato nel settore del-

⁽²⁰⁾ Cfr. T.C. KOHLER, *Religion in the Workplace: Faith, Action and the Religious Foundations of American Employment Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2008, 975.

⁽²¹⁾ E.M. KASSALOW, *op. cit.*, 305, per una concisa visione dello sviluppo dei sindacati dei colletti bianchi si vedano 317-329.

⁽²²⁾ Cfr. United States Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, News, USDL 08-0092, 28 gennaio 2008, disponibile su www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf.

la sanità, in cui l'adesione al sindacato è cresciuta di 142.000 unità, facendo crescere la percentuale in questo settore dal 7 al 7,9%⁽²³⁾.

Gli operatori si sono confrontati ed uno dei punti di discussione è relativo al se esista un sistema di *grandes écoles* in cui vengono formati i dirigenti. La risposta nel caso degli Stati Uniti può apparire sorprendente, visto il fascino esercitato dalla Ivy League⁽²⁴⁾ e le altre università d'*élite* statunitensi, ma decisamente non esiste un sistema di questo tipo. Secondo uno studio realizzato dalla Camera di Commercio di Londra nel 2006⁽²⁵⁾, mentre il 99% degli amministratori delegati di Fortune 500 possiede una laurea, solo il 12% ha frequentato le scuole della Ivy League. Meno della metà di loro possiede un MBA. La ricerca ha anche mostrato che frequentare una università d'eccellenza comporta un vantaggio economico trascurabile⁽²⁶⁾.

Come abbiamo già detto, la categoria del *white collar worker* non ha un significato giuridico nel diritto americano.

È giunto il momento di considerare le implicazioni della nozione di *managerial employee* in chiave comparata.

3. Secondo gli autori di uno dei trattati più importanti in questo campo, nell'ordinamento tedesco «il concetto di *dirigente (leitender Angestellte)* non è definito in maniera uniforme dalla legislazione»⁽²⁷⁾.

Tali autori mettono in evidenza che le nozioni di dirigente, nella legge sui licenziamenti (KSchG)⁽²⁸⁾ ed in quella sulla rappresentanza dei lavoratori (BetrVG)⁽²⁹⁾, non coincidono completamente. Ai fini della prima è un *Angestellte in leitender Stellung* ciascun individuo autorizzato a rappresentare e ad agire nell'interesse della società come membro del *board* o comunque un individuo che goda di un potere decisionale indipendente per poter assumere o licenziare personale⁽³⁰⁾.

Nel BetrVG il termine *leitender Angestellte* si riferisce a coloro che abbiano il potere indipendente di assumere e licenziare i lavoratori o che abbiano poteri di rappresentanza nell'interesse dell'impresa, o che regolarmente abbiano incarichi significativi per la sopravvivenza e lo sviluppo dell'impresa, per il conseguimento dei quali venga richiesta una speciale esperienza e conoscenza, e che, se pren-

⁽²³⁾ BLS Reports 12.1 Percent Unionization Rate In 2007; Unions Added 331,000 Members in Bureau of National Affairs, Daily Labor Report, Monday, 28 January 2008, AA-1.

⁽²⁴⁾ Che in realtà è una lega sportiva.

⁽²⁵⁾ Press and Public Affairs, London Chamber of Commerce and Industry, *Corporate Leadership – A Report by the London Chamber of Commerce and Industry*, 2006.

⁽²⁶⁾ S.B. DALE, A.B. KRUEGER, *Estimating The Payoff Of Attending A More Selective College: An Application Of Selection On Observables And Unobservables*, in *Quarterly Journal of Economics*, novembre 2002, 1491-1527. Ciò non ha cambiato i dati sulle iscrizioni al college, cfr. K.W. ARENSON, *Applications to Colleges are Breaking Records*, in *New York Times*, 17 gennaio 2008.

⁽²⁷⁾ M. KITTNER, B. ZWANZIGER (a cura di), *Arbeitsrecht: handbuch für die Praxis*, 2, überarbeitete und aktualisierte Auflage, 2003, § 138 Rn. 3.

⁽²⁸⁾ *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG), § 14, il titolo del quale è *Angestellte in leitender Stellung* e non *leitender Angestellte*.

⁽²⁹⁾ *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG), § 5, Abs. 3.

⁽³⁰⁾ KSchG § 14 ad eccezione di coloro che sono membri della direzione aziendale, *leitender Angestellte* sono lavoratori che hanno protezioni legali secondo l'*Unfair Dismissals Act*, seppure a un livello inferiore rispetto agli altri dipendenti.

dono delle decisioni, lo fanno senza direttive altrui⁽³¹⁾. Delle stime approssimative dimostrano che chi fa parte dei *leitender Angestellte* rappresenta l'1,5% della forza lavoro attiva o il 2% del numero totale dei *white collars*⁽³²⁾.

3.1. Qualsiasi problema concettuale legato al concetto di *leitender Angestellte* potrebbe sembrare di scarsa importanza se paragonato alle difficoltà riguardanti i concetti di *supervisory* o di *managerial employees* nel diritto nordamericano. Nella sua originaria formulazione del 1935, il NLRA stabilì che «il termine *employer* (datore di lavoro) comprende chiunque agisca nell'interesse di un datore di lavoro, direttamente o indirettamente»⁽³³⁾ e che «il termine *employee* (lavoratore) comprende qualsiasi dipendente [...]»⁽³⁴⁾.

Tali definizioni – come ha ben notato Kassalow – mostrano che «i diritti sindacali e lo *status* dei capi-reparto (che garantiscono un primo livello di supervisione e di direzione) e dei *supervisors* non sono mai stati completamente chiari» durante la prima fase di applicazione della legge⁽³⁵⁾.

Già nel 1932 il *National Labor Relations Board* (NLRB)⁽³⁶⁾ ha definito in maniera chiara tutti coloro che avevano un ruolo di supervisione e di controllo lavoratori dipendenti ai sensi della legge⁽³⁷⁾.

Il *Board* anzitutto stabilì che tali lavoratori si sarebbero potuti organizzare in un sindacato indipendente⁽³⁸⁾, salvo poi revocare tale decisione, concludendo che nessun gruppo di *supervisory employees* sarebbe rientrato nell'ambito di applicazione della legge⁽³⁹⁾. Nel 1946 il *Board* riassunse la prima posizione⁽⁴⁰⁾ confortato dalla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Packard Motor Car Co. v. NLRB*, con la quale fu permesso ai capi-reparto di organizzarsi in sindacati⁽⁴¹⁾.

Il Congresso reagì prontamente a tale decisione e, negli emendamenti apportati al NLRA dalla legge *Taft-Hartley*, escluse dall'ambito di applicazione della legge qualsiasi lavoratore che avesse funzione di *supervisor*⁽⁴²⁾. Ai sensi della legge, *supervisor* era chiunque avesse l'autorità, nell'interesse del datore di lavoro, di assumere, trasferire, sospendere, licenziare, richiamare, congedare, promuovere, dare incarichi, premiare, sanzionare altri lavoratori, controllare i lavoratori, risolvere le controversie, purché tali poteri non fossero di mera *routine* ma richiedessero comunque un'autonomia di giudizio⁽⁴³⁾.

La legge, attraverso gli emendamenti del *Taft-Hartley Act*, non vietò ai *supervisory employees* di organizzarsi, ma rimise ai datori di lavoro il potere di ricono-

⁽³¹⁾ *BetrVG* § 5 Abs. 3.

⁽³²⁾ M. KITTNER, B. ZWANZIGER, *op. cit.*, § 138, Rn. 2.

⁽³³⁾ 29 U.S.C. § 152 (2).

⁽³⁴⁾ 29 U.S.C. § 152 (3).

⁽³⁵⁾ E.M. KASSALOW, *op. cit.*, 331.

⁽³⁶⁾ L'agenzia che si occupa dell'amministrazione del NLRA.

⁽³⁷⁾ *Union Collieries Coal Co.*, 41 NLRB 96, 1942.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*.

⁽³⁹⁾ *Maryland Drydock Co.*, 49 NLRB 733, 1943.

⁽⁴⁰⁾ *California Packing Corp.*, 66 NLRB 1461, 1946.

⁽⁴¹⁾ 330 U.S. 485, 1947.

⁽⁴²⁾ 29 U.S.C. § 152 (3).

⁽⁴³⁾ 29 U.S.C. § 152 (11).

scere delle forme di rappresentanza, autonome o integrate con quelle degli altri lavoratori, ai fini della contrattazione collettiva ⁽⁴⁴⁾. Attraverso l'esclusione, il Congresso mirava ad evitare i conflitti d'interesse e a garantire ai dirigenti la totale fedeltà al datore di lavoro. Come osservato in seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, lo scopo principale del Congresso nel decretare l'esclusione dei supervisor fu quello di rimediare allo squilibrio percepito nelle relazioni tra forza lavoro e dirigenza, nato dalla posizione dei dirigenti, al servizio di due padroni con interessi opposti ⁽⁴⁵⁾.

3.2. Il Congresso ha lasciato insoluta una questione dello *status* dei *managerial employees*. C'era una buona ragione per questo. La decisione del NLRB, *Ford Motor Co.* ⁽⁴⁶⁾ del 1948, riflette tale posizione. Il Consiglio ha dichiarato: «solitamente abbiamo escluso dalla contrattazione degli altri prestatori di lavoro gli *executive employees* che ricoprono ruoli tali che gli consentono di formulare, determinare e mettere in atto politiche manageriali ⁽⁴⁷⁾. Sono questi i lavoratori che teniamo in considerazione e che ancora crediamo essere *managerial* in quanto esprimono e rendono operative le decisioni del datore». Una conferma la si ebbe nel 1950, quando il *Board* decise che i *managerial* non facevano parte dei lavoratori (*employees*) ai fini della legge (NLRA), e dunque non avevano diritto ad organizzarsi in sindacati ⁽⁴⁸⁾. Secondo il NLRB, insomma, il personale manageriale andava considerato come equivalente al datore.

Nella decisione *North Arkansas Electric Cooperative, Inc.* del 1970 ⁽⁴⁹⁾, il NLRB riconsiderò tale politica di esclusione dei dirigenti. Nella sua prima decisione del 1967, il *Board* stabilì che un individuo licenziato per motivi sindacali non era da considerare un dirigente ed il suo licenziamento, pertanto, doveva essere considerato illegittimo ⁽⁵⁰⁾. Nel 1969 la *U.S. Court of Appeal for the Eighth Circuit* ebbe una posizione diversa: in considerazione degli incarichi della parte in causa, che lo mettevano in stretta relazione con i compiti gestionali, tale soggetto doveva essere considerato dirigente. Tuttavia la Corte rimandò il caso al *Board* per decidere se il licenziamento, tenendo conto di tutte le circostanze del caso, si dovesse considerare illegittimo ⁽⁵¹⁾.

Riconsiderando il caso nel 1970 e tenendo presente che l'Ottava circoscrizione aveva notato che «la categoria dei *managerial employees* era stata creata dal *Board* e non dalla legge», il NLRB annunciò che da quel momento sarebbero stati esclusi dall'ambito di applicazione della legge solo quei dirigenti il cui lavoro riguardasse la formulazione e la messa in atto delle politiche relative ai rapporti di lavoro ⁽⁵²⁾. Il *Board* rilevò che le critiche mosse dalle varie Corti contro le sue

⁽⁴⁴⁾ 29 U.S.C. § 164 (a), che sostiene che «Niente proibisce a un individuo impiegato come *supervisor* di diventare o rimanere membro di un sindacato, ma nessun datore di lavoro può essere costretto per legge a limiti rispetto alla contrattazione collettiva».

⁽⁴⁵⁾ *Beasley v. Food Fair of North Carolina*, 416 U.S. 653, 661-662.

⁽⁴⁶⁾ 66 NLRB 1317, 1946.

⁽⁴⁷⁾ *Ivi*, 1322.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. ad esempio *American Locomotive Co.*, 92 NLRB 115, 1950.

⁽⁴⁹⁾ 185 NLRB 550, 1970.

⁽⁵⁰⁾ 168 NLRB 921, 1967.

⁽⁵¹⁾ 412 F.2d 324, 8th Cir. 1969.

⁽⁵²⁾ 185 NLRB 550.

precedenti decisioni in questo ambito erano dovute ad un mancato fondamento logico chiaro e alla mancata definizione delle linee guida nella determinazione dello *status* dei *managerial employees*.

Una definizione autorevole, anche se non priva di ambiguità, sullo *status* dei dirigenti fu presa qualche anno dopo nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1974, *NLRB v. Bell Aerospace Co.* ⁽⁵³⁾. Nel caso in questione un sindacato cercò di rappresentare un gruppo di 25 soggetti addetti al settore acquisti e agli appalti. Tali soggetti avevano la possibilità di selezionare i fornitori, impegnare il credito dell'azienda, inserire o cancellare gli ordini fino ad un certo limite di valore, valutare le offerte e negoziare prezzi e termini. Superando le obiezioni dell'azienda secondo cui essi erano da considerare come dirigenti, il *Board*, traendo spunto dalla decisione *North Arkansas Electric Cooperative*, stabilì che nonostante tali soggetti «formulassero e mettessero in atto politiche per l'impresa», le loro decisioni non avevano ripercussioni sui rapporti di lavoro. Di conseguenza il *Board* stabilì che essi potessero organizzarsi in sindacati senza creare alcun problema di conflitto d'interessi ⁽⁵⁴⁾.

Nella decisione (presa con 5 voti a favore e 4 contro) la Corte Suprema respinse la decisione del NLRB. La storia legislativa del *Taft-Hartley Act*, indicava chiaramente «che il Congresso intendeva escludere dalla tutela della legge tutti i lavoratori propriamente classificati come *managerial* ⁽⁵⁵⁾, e non solo quelli che si trovano in posizioni suscettibili di conflitti d'interesse nell'ambito dei rapporti di lavoro» ⁽⁵⁶⁾.

Secondo la Corte Suprema «era inconcepibile per il Congresso considerare i dirigenti come lavoratori subordinati». A seguito del rinvio della Corte Suprema, il *Board* definì i dirigenti come: «coloro i quali formulano e mettono in atto politiche di gestione esprimendo e rendendo operative le decisioni dei loro datori di lavoro, e coloro che hanno potere decisionale nell'effettuare il proprio lavoro indipendentemente dalla politica stabilita dai loro datori di lavoro [...]» ⁽⁵⁷⁾. Lo *status* dirigenziale non si conferisce ai lavoratori standard o a coloro che lavorano in maniera routinaria, ma è un titolo che si riserva a coloro che ricoprono ruoli di tipo esecutivo, coloro i quali hanno compiti relativi alla gestione come veri rappresentanti del *management*.

La Corte Suprema si riferì nuovamente all'esclusione manageriale nella sua sentenza del 1980 nel caso *NLRB v. Yeshiva Univ.* ⁽⁵⁸⁾.

In tale occasione, revocando la precedente decisione del *Board*, la Corte arrivò alla conclusione che in virtù del ruolo ricoperto dai membri del consiglio di facoltà nella decisione delle nomine all'interno della stessa, nella decisione dei requisiti di curriculum e di qualifica, delle politiche di valutazione e, in più, in virtù dell'estensione della loro influenza in altri ambiti di gestione accademica, essi rappresentavano un gruppo di manager e non di lavoratori secondo quanto stabi-

⁽⁵³⁾ 416 U.S. 267, 1974.

⁽⁵⁴⁾ 190 NLRB 431, 1971.

⁽⁵⁵⁾ 416 U.S. 275.

⁽⁵⁶⁾ 416 U.S. 274. Alla luce dei differenti approcci tedesco e americano, questa questione diventa rilevante.

⁽⁵⁷⁾ *Bell Aerospace Co.*, 219 NLRB 384, 385, 1975.

⁽⁵⁸⁾ 444 U.S. 672, 1980.

lito dalla legge, e perciò tali manager non godevano del diritto di organizzarsi in sindacati. Come sostenne la maggioranza (risicata) «è evidente che la Yeshiva e le università simili ad essa devono fare affidamento per partecipare alla creazione e alla realizzazione delle loro politiche ai membri del consiglio di facoltà; l'ampio margine di autonomia di cui godono i docenti della facoltà può solo aumentare il rischio che gli interessi contrastanti comportino gli stessi problemi che il *Board* mirava a prevenire»⁽⁵⁹⁾.

Inoltre, secondo quanto osservato dalla maggioranza nel caso *Yeshiva* «si può creare un contrasto tra l'esclusione dei dirigenti prevista dalla legge e la inclusione dei professionisti, visto che molti professionisti ricoprono posizioni manageriali continuano a far uso di capacità specifiche e di una formazione professionale»⁽⁶⁰⁾. Visto che il caso *Yeshiva* rappresenta un nodo critico tra la nozione di dirigente, cui non si applica la legge, e quella di professionisti, che potrebbero godere della sua tutela, è necessario analizzare queste difficoltà di definizione.

3.3. Lo stesso Congresso, allorché ha previsto le limitazioni per i *supervisory employees* con gli emendamenti del *Taft-Hartley Act*, ha anche chiarito che i *professional employees* potessero organizzarsi⁽⁶¹⁾ in sindacati seguendo una sorta di presunzione relativa in virtù della quale i professionisti costituiscono un gruppo separato di contrattazione⁽⁶²⁾.

La tensione tra lo *status* di dirigenti e quello di professionisti a cui si riferisce la Corte nel caso *Yeshiva* si è poi acuita sia a causa delle decisioni della Corte sia a causa dei cambiamenti apportati nell'organizzazione del lavoro. In applicazione di *Yeshiva* il *Board* ha considerato un gruppo di medici come dirigenti visto il loro ruolo come membri di commissioni incaricate di decidere le politiche su alcuni aspetti dell'assistenza sanitaria dell'ospedale⁽⁶³⁾.

Nel 1994 la Corte Suprema affrontò lo *status* dei professionisti in *NLRB v. Health Care & Retirement Corp. of America*⁽⁶⁴⁾. Il caso aveva ad oggetto la qualificazione di quattro infermieri diplomati come *managerial employees*. Tali infermieri lavoravano in una casa di cura per anziani e, non essendo infermieri qualificati ma solo diplomati, non rientravano nella nozione legislativa di *professional employees*. Dato che sia gli infermieri diplomati che quelli qualificati svolgevano effettivamente le stesse mansioni nel caso specifico, il NLRB verificò il loro *status* secondo le stesse modalità utilizzate per i professionisti, concludendo che il potere di direzione e di controllo degli infermieri non era legato ad un interesse del datore ma alla cura dei pazienti.

La Corte Suprema, basandosi sulla *dissenting opinion* di Ginsberg, contestò la conclusione del NLRB, la supervisione per la cura dei pazienti rientrava nell'interesse del datore di lavoro⁽⁶⁵⁾. Ginsberg rilevò: «se chi decide indipendente-

⁽⁵⁹⁾ 444 U.S. 689.

⁽⁶⁰⁾ 444 U.S. 686.

⁽⁶¹⁾ 29 U.S.C. § 152 (12) contiene una interessante definizione di *managerial employee*.

⁽⁶²⁾ 29 U.S.C. § 159 (b) sostiene che «il Cda non possa decidere di includere una certa unità produttiva a meno che una maggioranza dei lavoratori di tale unità non si pronuncino a favore di quella inclusione».

⁽⁶³⁾ *FHP, Inc and Union of American Physicians*, 274 NLRB 168, 1985.

⁽⁶⁴⁾ 511 U.S. 571, 1994.

⁽⁶⁵⁾ 511 U.S. 579-580.

mente di assegnare delle mansioni ad altri o di controllare il lavoro altrui è da considerarsi un *supervisor*, allora pochi professionisti che lavorano negli enti previsti dalla legge godranno della tutela della legge stessa»⁽⁶⁶⁾.

Tale affermazione è stata avvalorata dalla successiva sentenza della Corte riguardo allo *status* di supervisione dei professionisti. Nel caso *NLRB v. Kentucky River Community Care, Inc.*⁽⁶⁷⁾, deciso con una maggioranza di 5 voti contro 4, i giudici di maggioranza hanno dichiarato che la legge non può essere interpretata nel senso di comprendere ogni possibile aggiustamento per i professionisti, che abitualmente dirigono l'attività di assistenti non professionisti. I giudici hanno, tuttavia, ammesso un contrasto intrinseco nella legge che prevede da un lato l'esclusione dei *managerial* e dei *supervisory employees*, ma dall'altro lato prevede l'inclusione dei *professional*.

La Corte ha riconosciuto l'impossibilità di sostenere l'interpretazione della legge fornita dal *Board* perché avrebbe vanificato l'inclusione legislativa dei *professional employees* dal momento che molti professionisti (come avvocati, dottori ed infermieri) danno sistematicamente ed autonomamente delle direttive ai lavoratori meno specializzati con cui lavorano⁽⁶⁸⁾.

3.4. Molto è stato detto per dimostrare le differenze significative tra ordinamento tedesco e statunitense in relazione ai concetti di *executive staff* e *managerial employees*.

Come il *leitender Angestellte* nel diritto del lavoro tedesco, anche il *managerial employee* indica uno *status* speciale nel diritto del lavoro americano. Le similitudini, però, si fermano qui.

Lo *status* dirigenziale negli Stati Uniti determina un'esclusione dalle tutele previste dal NLRA. L'esclusione dall'ambito di applicazione del NLRA non significa esclusione da tutte le leggi federali o di Stato. Per esempio la *Federal Employment Discrimination Law*, il *Civil Rights Act* del 1964⁽⁶⁹⁾, l'*Age Discrimination in Employment Act*⁽⁷⁰⁾, e l'*Americans with Disabilities Act*⁽⁷¹⁾, forniscono una tutela molto ampia, che comprende anche i dirigenti. Nella sentenza *Clackamas Gastroenterology Associates v. Wells*⁽⁷²⁾, la Corte Suprema ha chiarito che i soci di una partnership, azionisti, amministratori d'affari e simili, possono essere considerati come lavoratori ai fini della legge federale anti-discriminazione, a seconda del grado di controllo esercitato dall'ente sul soggetto in questione.

4. Come si è visto in precedenza, negli Stati Uniti, la disciplina del rapporto di lavoro in gran parte è prevalentemente di competenza dei singoli Stati ed è regolato dai principi del diritto privato. La disciplina dell'assunzione e del rapporto di lavoro non è regolata dalla legge, salve le prescrizioni previste in materia anti-discriminatoria. Solo uno Stato, il Montana, ha una disciplina sui licenziamenti

⁽⁶⁶⁾ 511 U.S. 598.

⁽⁶⁷⁾ 532 U.S. 706, 2001.

⁽⁶⁸⁾ 532 U.S. 720.

⁽⁶⁹⁾ 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17.

⁽⁷⁰⁾ 29 U.S.C. §§ 621-634.

⁽⁷¹⁾ 42 U.S.C. §§ 12101-12102, 12111-12117, 12131-12134, 12201-12213.

⁽⁷²⁾ 538 U.S. 440, 2003.

ingiustificati, ma solo in limitate ipotesi eccezionali. Al di fuori di questi casi, si applicano le regole di *common law*. Peraltro, la proposta di *Restatement of Employment Law* dell'*American Law Institute*, propone di mantenere in vita la dottrina dell'*employment at will*, con limitazioni che riguardano i licenziamenti contrari all'ordine pubblico. Il proposto *Restatement* vorrebbe anche consacrare, all'interno dei rapporti di lavoro, le clausole di correttezza e buona fede. La introduzione di tali doveri è destinata principalmente a limitare i licenziamenti sia nei casi in cui condotte opportunistiche datoriali priverebbero i lavoratori di diritti previdenziali e assistenziali sia nei casi di licenziamento per rappresaglia.

Nel caso in cui un contratto di lavoro sussista, esso regola la fine del rapporto di lavoro. A meno che non sia stabilito diversamente, la fine anticipata del rapporto di lavoro dovrebbe richiedere una giusta causa. Generalmente i termini essenziali dei contratti di lavoro devono essere stabiliti dalle parti, senza l'intrusione del legislatore. Le limitazioni alla concorrenza sono di competenza dei singoli Stati.

In generale, nel determinare il valore vincolante dei patti di non concorrenza, le Corti devono verificare che il patto sia supportato da una causa adeguata, che tenga conto sia degli interessi datoriali, sia delle limitazioni spaziali e temporali imposte. Le soluzioni variano in maniera significativa da Stato a Stato: in California, addirittura, i patti di non concorrenza sono vietati per legge⁽⁷³⁾.

Per quanto riguarda l'orario di lavoro, salvo alcune eccezioni (previste a tutela di determinate attività o lavoratori, come ad esempio i lavoratori nel settore dei trasporti e i minori) negli Stati Uniti non vi è alcun limite per l'orario di lavoro, né tantomeno sono previste ferie (retribuite e non).

Il *Family Medical Leave Act*⁽⁷⁴⁾ offre ai lavoratori che soddisfino determinati requisiti (lavoratori da 12 mesi per un datore di lavoro che abbia 50 o più dipendenti, o che abbiano lavorato per almeno 1.250 ore nei 12 mesi precedenti alla richiesta di congedo)⁽⁷⁵⁾ la possibilità di usufruire di 12 mesi di aspettativa non retribuita per la nascita di un figlio, per l'adozione o l'affidamento di un bambino, per la cura di un familiare o del lavoratore medesimo.

Per quanto invece riguarda la retribuzione, generalmente ogni Stato ha una regolamentazione legislativa dei salari; tali disposizioni, tuttavia, hanno un impatto limitato sui dirigenti. Il *Federal Fair Labor Standards Act*⁽⁷⁶⁾ stabilisce un minimo salariale⁽⁷⁷⁾ e richiede il pagamento degli straordinari oltre le 40 ore per tutti i lavoratori ai quali la legge si applica; la legge esclude espressamente dal proprio ambito di applicazione i *bona fide executive employees*. Tra i requisiti per l'esclusione è necessario che il lavoratore abbia una retribuzione non inferiore a 455,00 dollari alla settimana.

In generale i requisiti per rientrare nell'esenzione sono più attenuati rispetto a quelli richiesti dall'ordinamento tedesco per i *leitender Angestellte*. Per quel che riguarda poi la retribuzione, alcuni dirigenti con alte retribuzioni hanno diritti di opzione (*stock options plan*) e alcuni datori di lavoro, ad esempio nelle imprese

⁽⁷³⁾ Cal. Bus. and Prof. Code, § 16600; cfr. *Advanced Bionics Corp. v. Medtronic, Inc.*, 59 P.3d 251, Cal. 2002.

⁽⁷⁴⁾ 29 U.S.C. §§ 2601 ss.

⁽⁷⁵⁾ Si veda 29 C.F.R. § 825.110.

⁽⁷⁶⁾ 29 U.S.C. § 201 ss.

⁽⁷⁷⁾ Il tasso federale è 5,85 dollari all'ora; gli Stati possono stabilire tassi più alti.

high-tech, hanno esteso tali diritti a tutti i loro dipendenti ⁽⁷⁸⁾.

Generalmente il diritto del lavoro statunitense non prevede per i dirigenti speciali forme di responsabilità per violazione di legge, i dirigenti possono però essere responsabili per i danni causati agli altri lavoratori. Tali danni sono rari, se infatti i dirigenti tengono un *reasonable business judgment*, non sono gravati da particolari forme di responsabilità. Vi possono essere però determinate situazioni, come per esempio ai sensi del *Sarbanes-Oxley Act*, in cui i dirigenti e gli amministratori possono avere delle forme di responsabilità.

I dirigenti del settore privato non ricevono alcuna protezione legislativa per quanto riguarda il diritto sindacale.

5. Se la Germania per ragioni sociali e storiche ha creato uno *status* legale speciale per i dirigenti e pertanto rappresenta un sistema *ideale*, gli Stati Uniti rappresentano, all'opposto, l'anti-tipo ideale.

Dirigenti e regolazione del mercato del lavoro negli Stati Uniti – Riassunto. *Secondo l'A., il termine executive staff non ha, nel diritto statunitense, un significato giuridico che possa in qualche modo coincidere con la nozione tedesca di leitender Angestellte. Gli Stati Uniti sono un sistema federale e la giurisdizione in materia di lavoro è quindi divisa tra il Governo federale e i singoli Stati. Il fattore più importante da considerare è che l'employment at will rappresenta una regola di default. La formulazione classica della at-will rule fu stabilita nel caso del 1884 Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co. A partire dalla metà degli anni Settanta, i tribunali di diversi Stati svilupparono una serie limitata di eccezioni. Le maggiori difficoltà sono sorte in merito ai concetti di supervisory o di managerial employees. Nella sua originaria formulazione del 1935, il National Labor Relation Act (NLRA) stabilì che «il termine employer (datore di lavoro) comprende chiunque agisca nell'interesse di un datore di lavoro, direttamente o indirettamente» e che «il termine employee (lavoratore) comprende qualsiasi dipendente [...]». Il Congresso negli emendamenti apportati al NLRA dal Taft-Hartley Act esclude però dall'ambito di applicazione della legge qualsiasi lavoratore che avesse funzione di supervisor. Nel 1950 il Board decise che i dirigenti non facevano parte dei lavoratori (employees) ai fini della legge (NLRA), e dunque non avevano diritto ad organizzarsi in sindacati, mentre nel 1970 il NLRB annunciò che da quel momento sarebbero stati esclusi dall'ambito di applicazione della legge solo quei dirigenti il cui lavoro riguardasse la formulazione e la messa in atto delle politiche relative ai rapporti di lavoro. Una definizione autorevole, anche se non priva di ambiguità, sullo status dei dirigenti, fu presa qualche anno dopo nella sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1974, NLRB v. Bell Aerospace Co, ripresa e ridiscussa nel 1980 nel caso NLRB v. Yeshiva Univ. La Restatement of Employment Law dell'American Law Institute propone di mantenere in vita la dottrina dell'employment at will, con limitazioni che riguardano i licenziamenti introducendo i doveri di correttezza e buona fede, per limitare condotte opportunistiche datoriali e licenziamenti per rappsaglia.*

A Study in Ideal Anti-Types: Executive Status and Labor Market Regulation in Comparative Perspective (Article in English) – Summary. *The term "executive staff" has no legal significance in American law, which has no special category that accords with the German notion of leitende Angestellte. In the first place, one should remember that the United States is a federal system. Jurisdiction over such matters is split between the federal government and the states. Perhaps the most important factor to keep in mind in thinking about labor market regulation issues is the fact that employment at will represents the default American employment rule. The classic formulation of the at-will rule was stated in the 1884 case of Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co. Starting sometime during the mid-1970s, the courts of several states developed a limited series of exceptions to the at-will rule. Any conceptual problems the notion of leitende Angestellte might present pale in comparison with the difficulties that have attended the notions of "supervisory" and*

⁽⁷⁸⁾ Cfr. *Vizcaino v. Microsoft Corp.*, 120 F.3d 1006 (9th Cir. 1997).

*“managerial” employee in American labor law. As originally enacted in 1935, the NLRA provided that «[t]he term ‘employer’ includes any person acting in the interest of an employer, directly or indirectly» and that «[t]he term ‘employee’ shall include any employee [...]». Congress, in the Taft-Hartley amendments to the NLRA, specifically excluded «any individual employed as a supervisor» from the statutory definition of an employee. In 1970 the NLRB announced that it would exclude from the Act’s coverage only those managerial employees whose work associated them with the «formulation and implementation of labor relations policies». An authoritative if not ambiguity-free resolution of the status of managerial employees came a few years later in the United States Supreme Court’s 1974 decision in *NLRB v. Bell Aerospace Co*, then analyzed again in the 1980 decision in *NLRB v. Yeshiva Univ*. The American Law Institute’s draft Restatement of Employment Law proposes to retain the employment at-will rule, with limitations that include discharges against public policy, introducing good faith and fair dealing into employment agreements, for preventing opportunistic terminations that would deprive an employee of the vesting or accrual of a right or benefit, such as a pension or a commission, and retaliatory discharges.*

I *senior managers* nel diritto del lavoro inglese

Aristea Koukiadaki

Sommario: **1.** Introduzione: il quadro legale e sociologico. – **2.** L'attuale inquadramento giuridico di *senior managers* e *company directors*. – **3.** La disciplina del rapporto di lavoro. – **3.1.** L'assunzione. – **3.2.** La retribuzione. – **3.3.** L'orario di lavoro. – **3.4.** La responsabilità. – **3.5.** Il recesso. – **3.6.** Limiti alla concorrenza. – **4.** Profili collettivi. – **4.1.** Contrattazione collettiva. – **4.2.** Lo sciopero. – **4.3.** Forme di rappresentanza.

1. In Inghilterra non esiste una disciplina unitaria di diritto del lavoro, le regole applicabili derivano da una molteplicità di fonti, legali e non, che interagiscono secondo modalità estremamente complesse. Determinare il diritto applicabile ad una determinata fattispecie, come quella dei *senior managers*, può rendere necessaria, pertanto, l'analisi ad ampio spettro delle fonti di produzione.

Preliminarmente occorre sottolineare che l'ordinamento inglese considera i dirigenti tendenzialmente come lavoratori subordinati al fine di garantire loro le tutele previste dal diritto del lavoro. Non esiste però una definizione giudiziale di "executive staff members", né tantomeno una di "senior management" o anche solo di "management"; la locuzione "executive staff members" non è nemmeno molto usata nel discorso corrente nel Regno Unito e in Irlanda. Se talvolta sono rinvenibili riferimenti ai termini "senior executives" o "executives", essi, tuttavia, sono molto generici e possono riferirsi sia ai "senior managers" sia ai componenti del consiglio di amministrazione, ovvero al "board level".

Il presente contributo fornisce un quadro ricostruttivo della categoria dei *senior managers*, vale a dire, di quei dipendenti che hanno prerogative simili a quelle dei datori dal momento che possono licenziare altri lavoratori e che hanno, nell'esercizio delle loro attività, indipendenza ed autonomia. I *senior managers* hanno infatti ampi poteri direttivi in relazione a consistenti attività aziendali (produzione, finanza, marketing e gestione delle risorse umane). In tale categoria possono poi rientrare anche alcuni dirigenti con funzioni non apicali (*middle management*) ma dotati di poteri autonomi e prerogative simili a quelle datoriali.

Prima di procedere all'esame del diritto vigente è utile passare in rapida rassegna l'evoluzione (storica) legale e sociologica del *senior manager*.

Come notato in dottrina ⁽¹⁾, il moderno contratto di lavoro ha visto la luce dopo le modifiche legislative degli anni Settanta dell'Ottocento, che abrogarono i

* *Junior research fellow, Centre for Business Research, Università di Cambridge, e research associate, Darwin College, Università di Cambridge. Traduzione dall'inglese a cura di Raffaele Galardi.*

⁽¹⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *Labor law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, IV ed., 21.

Master and Servant Acts e rimossero le ultime vestigia dettate dalla previgente disciplina lavoristica nello *Statute of Artificers*. Prima di tali modifiche, i *Master and Servant Acts* si applicavano ai soli operai ⁽²⁾ ma non ai dirigenti, agli agenti ed agli alti impiegati, che vennero esclusi in virtù di una concezione diversa e separata della funzione che svolgevano ⁽³⁾.

Nel diciannovesimo secolo emerse un nuovo modello contrattuale di lavoro, quello degli *employees*, espressione del ceto medio e caratterizzati da uno *status* privilegiato rispetto agli altri lavoratori, a cui non si applicava la legislazione esistente ⁽⁴⁾.

L'applicazione di tale nuovo modello era legato alle diverse condizioni economiche e sociali del ceto medio ⁽⁵⁾ e ciò è testimoniato sia dalla chiara distinzione che la giurisprudenza fece tra *employee* e *servant*, che denotavano diversi modelli contrattuali di lavoro, sia dalle differenze che riguardavano il periodo di preavviso. Nei primi casi giudiziari, gli *employees*, come i *managers* o i *clerks*, ottennero vantaggi economici legati alle loro assunzioni annuali; essi infatti potevano pretendere l'intera retribuzione annuale in caso di licenziamento illegittimo ⁽⁶⁾.

Anche l'attività legislativa fu condizionata da tale distinzione (che si identificava poi, a livello contrattuale, nella distinzione tra *contract of service* e *contract of employment*). L'*Employer's Liability Act* del 1880 e il *Workmen's Compensation Act* del 1906 hanno adottato il termine *workmen* piuttosto che quello di *employee* per descrivere i soggetti a cui si applicavano le loro previsioni.

Il termine *workman* ha un significato specifico che è legato indissolubilmente al lavoro manuale, tant'è che quei lavoratori con funzioni direttive (*supervisory employees*) furono espressamente esclusi dalla protezione della legge del 1880 ⁽⁷⁾. A seguito di tali leggi il concetto di *workman*, prima utilizzato in termini molto ampi, cominciò ad essere oggetto di un'interpretazione giudiziale restrittiva ⁽⁸⁾.

Secondo il *Workmen's Compensation Act* del 1906 un *workman* era qualsiasi persona che partecipasse (al lavoro) o lavorasse, in virtù di un *contract of service* o di apprendistato, per il datore di lavoro, sia che si trattasse di lavoro manuale, impiegatizio o altrimenti, sia esso stato concluso in modo esplicito o per fatti concludenti, in forma esplicita o verbale ⁽⁹⁾. È stato fatto notare che tale protezione legislativa escludeva gli estremi: da un lato (e dall'alto), venivano esclusi

⁽²⁾ Il *leading case* è *Lowther v. Earl of Radnor*, 1806, 8 East 113.

⁽³⁾ B.W. NAPIER, *The Contract of Service: the Concept and its Application*, Ph.D. Thesis, University of Cambridge, 1975.

⁽⁴⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 79.

⁽⁵⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 79.

⁽⁶⁾ *Beston v. Collyer*, 827, 4 Bing 307; *Fawcett v. Cash*, 1854, 5 B & A 904; *Davis v. Marshall*, 1861, 4 LT 216; *Foxall v. International Land Credit Co.*, 1852, 16 LT 637; *Buckingham v. Surrey & Hants. Canal Co.*, 1882, 46 LT 885.

⁽⁷⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 87-88.

⁽⁸⁾ Si vedano, ad esempio: *Morgan v. London General Omnibus Company*, 1884, LR 13 QBD 832; *Hunt v. Great Northern Railway Co.*, 1891, QB 601; *Bound v. Laurence*, 1892, 1 QB 226; *R v. Louth Justices*, 1900, 2 Ir R 714.

⁽⁹⁾ Vi erano, comunque, delle eccezioni che riguardavano lavoratori non manuali aventi una retribuzione annuale superiore a 250 sterline, lavoratori occasionali non impiegati stabilmente nell'impresa del datore di lavoro, i lavoratori a domicilio, i prestatori di lavoro familiare.

quei lavoratori con professionalità elevate, dall'altro (e dal basso) i lavoratori occasionali⁽¹⁰⁾. Analogamente, con il *National Insurance Act* del 1911 si garantiva l'applicazione dell'assicurazione sulla salute solo ai lavoratori *employed*, a quei lavoratori che prestavano la loro attività per effetto di un contratto di lavoro (*contract of service*) o di apprendistato, ma non a quei lavoratori non manuali con una retribuzione annuale superiore a 160 sterline, ai lavoratori occasionali non impiegati stabilmente nell'impresa del datore, agli agenti e a numerosi dipendenti pubblici, come gli impiegati pubblici, i militari, gli insegnanti sulla base della considerazione che essi venivano meglio tutelati dai sistemi previdenziali esistenti⁽¹¹⁾. Le appena tratteggiate distinzioni gerarchiche furono recepite dalla giurisprudenza, ed in particolare nel controllo che i giudici facevano per verificare l'esistenza di un *contract of service*⁽¹²⁾. Tale tipo di controllo, che affondava le proprie radici nel diciannovesimo secolo, riguardava l'applicazione della legislazione sociale, in particolare delle previsioni del *workmen's compensation* e del *National Insurance*⁽¹³⁾. I casi, risalenti al diciannovesimo secolo, che vennero più spesso citati a supporto dei controlli sull'esistenza del *contract of service* erano *R v. Negus* del 1873, che riguardava principalmente la definizione di *servant* ai sensi del *Larceny Act* del 1868 e *Yewens v. Noakes* del 1880, in cui, in un caso avente ad oggetto tributi, la Corte decise che un *clerk* con una retribuzione annuale non era propriamente un *servant*, né tanto meno era un direttore di banca, un capo-reparto con un'alta retribuzione, o un *gentlemen*.

In entrambe le decisioni, i giudici furono chiari: la condizione di *servant* era ben distinta da quella, più elevata, di *employee*. La principale differenza non stava tanto nel bagaglio di conoscenza, quanto nell'ampio potere del padrone (*master*) di impartire ordini al *servant*, un potere che i giudici avevano associato ad una concezione di *exclusive service*. L'elemento centrale per distinguere i rapporti di lavoro era rappresentato dalla presenza di un potere datoriale autoritativo⁽¹⁴⁾.

Il modello unitario di contratto di lavoro che, nel diritto del lavoro contemporaneo si estende a tutte le categorie di lavoratori che percepiscono uno stipendio, venne alla luce quando furono attuate ulteriori riforme della legislazione sociale, ed in particolare con l'estensione dell'assicurazione sociale ad opera del *National Insurance Act* del 1946. Tale riforma aveva come presupposto fondamentale il rapporto Beveridge, il cui dato centrale fu l'abolizione delle distinzioni tra le differenti categorie di prestatori di lavoro: tutti i lavoratori stipendiati (*wage-earners*), indipendentemente dal carattere annuale del reddito o dallo *status* professionale, dovevano soggiacere alla medesima classificazione contributiva⁽¹⁵⁾. Il *National Insurance Act* stabilì due principali classi di contribuenti: la prima riguardante gli *employed earner*, occupati in virtù di un *contract of service*, e la

⁽¹⁰⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 89.

⁽¹¹⁾ *National Insurance Act* 1911, s. 1.

⁽¹²⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 90.

⁽¹³⁾ Si vedano *Simmons v. Heath Laundry*, 1910, 1 KB 543; *Underwood v. Perry*, 1923, WC & I Rep. 63; *Scottish Insurance Commissioners v. Edinburgh Royal Infirmary*, 1913, SC 751; *Hill v. Beckett*, 1915, 1 KB 578.

⁽¹⁴⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *op. cit.*, 91-92.

⁽¹⁵⁾ Vedi anche *Social Insurance and Allied Services* Cmd. 6404, novembre 1942, § 314.

seconda rappresentata dai lavoratori autonomi ⁽¹⁶⁾. Ciò poi portò al consequenziale consolidamento della distinzione tra lavoratori subordinati (*employees*) e lavoratori autonomi (*self-employed*). Tale distinzione, infatti, fu utilizzata per la tassazione dei redditi ⁽¹⁷⁾ e, successivamente, per la legislazione protettiva dei rapporti di lavoro introdotta nei primi anni Sessanta ⁽¹⁸⁾.

Da allora i concetti di *contract of service* e di *contract of employment* divennero sinonimi, mettendo fine alla vecchia distinzione tra lavoro manuale e non ⁽¹⁹⁾.

Contemporaneamente anche lo sviluppo della contrattazione collettiva, sostenuta indirettamente dallo Stato, contribuì al rafforzamento ed allo sviluppo di una categoria unitaria di contratto di lavoro (*contract of employment*).

Riepilogando e schematizzando, fino al 1800 le categorie dei prestatori di lavoro si dividevano in:

- *servant*, lavoratori (senza carichi familiari) con contratto annuale, retribuiti in contanti o in natura indipendentemente dall'effettivo svolgimento del rapporto, con il diritto ad una ridotta indennità prevista dalla legge alla fine del contratto;
- *labourer*, lavoratori giornalieri o occasionali nell'agricoltura o in settori non regolamentati;
- *master, journeyman, apprentice*, lavoratori in settori protetti da regolamentazioni corporative.

Nel periodo compreso tra il 1800 e il 1865 i lavoratori si dividevano in:

- *servant*, lavoratori manuali nel settore agricolo o industriale a cui si applicava la legislazione del *Master and Servant*, con tutele retributive, previdenziali e di stabilità del posto di lavoro ridotte;
- *employee*, impiegati e lavoratori con funzioni direttive ai quali non si applicavano i *Master and Servants Acts* ed ai quali era garantita contrattualmente un buon livello di reddito e di protezione sociale;
- *independent contractor*, artigiani autonomi fuori dagli schemi regolativi dei *Master and Servant Acts*.

Nel periodo dal 1875 al 1950 invece vi erano:

- *workman*, lavoratori manuali soggetti alle previsioni disciplinari del *Workmen Act* del 1875, con una protezione sempre maggiore grazie alla crescita della contrattazione collettiva ed alle disposizioni protettive del *Workmen Compensation Act* e del *Social Insurance Act*.
- *employee*, lavoratori che all'inizio di tale periodo di riferimento erano lavoratori non manuali e con funzioni direttive. Alla fine di tale periodo, invece, erano lavoratori dipendenti, manuali o di concetto;
- *self-employed*, lavoratori autonomi.

Invece l'assenza di una distinzione tra lavoratori con più elevate professionalità e gli altri è derivata dalla mancanza di una precisa definizione (e di criteri utili per individuarla) di *senior management*. Ciò ha inoltre portato ad una confusione e

⁽¹⁶⁾ *National Insurance Act* 1946, s 1 (2).

⁽¹⁷⁾ La divisione tra lavoratori autonomi e subordinati a fini impositivi emerse nel primo dopoguerra.

⁽¹⁸⁾ La prima legge fu il *Contracts of Employment Act* del 1963; le previsioni più importanti sono ora contenute nell'*Employment Rights Act* (ERA) 1996, s 230 (1).

⁽¹⁹⁾ Si veda *Vandyk v. Minister of Pensions and National Insurance*, 1955, 1 QB 29.

sovrapposizione di figure nella prassi organizzativa. In dottrina⁽²⁰⁾ si è sostenuto che possono individuarsi alcune categorie di manager emergenti dalle prassi aziendali: i *top managers* e i direttori generali; i *senior managers*; i dirigenti “intermedi” (*middle management*); i dirigenti di primo livello (*junior managers*) e i manager con poteri di controllo. La *Management Charter Initiative* dell’*Institute of Management*, che ha stabilito i requisiti relativi a tutte le posizioni dirigenziali, distingue tra quattro livelli: i *senior managers*, i *middle-managers*, i *first-line managers* ed infine i *supervisory managers*.

L’evoluzione di tale figura dirigenziale ha avuto un notevole impulso, dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale, con la terziarizzazione dell’economia inglese. Le rilevazioni statistiche del 2004 (WERS – *Workplace Employment Relations Survey*) hanno dimostrato che l’11% dei lavoratori subordinati svolge funzioni dirigenziali e, soprattutto, che 9 imprese su 10 hanno almeno una figura dirigenziale. Dal lato dell’offerta di lavoro uno dei vettori dell’affermazione del *management* è stata la crescita dell’occupazione femminile. L’evoluzione è stata poi influenzata dalle politiche dei diversi governi che si sono alternati; si pensi ad esempio alle politiche, poste in essere dai Governi conservatori, di privatizzazione delle imprese pubbliche, di sostegno alla piccola impresa, di razionalizzazione dei servizi pubblici. A ciò si aggiunga poi la crescente importanza di imprese multinazionali.

Nelle relazioni industriali, la differenza tra *white collar* e *blue collar* ha cominciato a scomparire negli anni recenti, da quando i concetti di lavoro dirigenziale e lavoro qualificato hanno iniziato a confondersi, in virtù della delega verso il basso delle responsabilità decisionali nelle ampie strutture organizzative delle imprese. C’è stata anche la tendenza ad un’armonizzazione della disciplina sul *management* dal momento che, in molti settori, i dirigenti hanno manifestato l’interesse per una disciplina comune⁽²¹⁾.

Per quel che invece riguarda l’istruzione e la formazione, il *management* non era visto come una vera e propria professione ed i *managers* erano reputati meno qualificati rispetto a quelli degli altri Paesi⁽²²⁾.

La mancanza di competitività inglese ha stimolato, a partire dagli anni Ottanta, una richiesta di maggiore specializzazione. La consapevolezza dell’importanza della formazione professionale dei dirigenti ha portato ad una maggiore disponibilità dei datori di lavoro a premiare il merito e le competenze. L’affermazione del *management* è stata poi sostenuta da programmi formativi offerti dalle università (i *Masters of Business Administration*), dalle camere di commercio, dalle associazioni datoriali, da società di consulenza.

L’importanza della formazione e del merito ha consentito poi una democratizzazione dell’accesso al *management*.

⁽²⁰⁾ F. BOURNOIS, Y.F. LIVIAN, *Managers, Cadres, Leitende Angestellte: some landmarks about managerial titles and definition*, in Y.F. LIVIAN, J.G. BURGOYNE (eds.), *Middle Managers in Europe*, Routledge, London, 1997, 31.

⁽²¹⁾ K. SISSON, P. MARGINSON, *Management: Systems, Structures and Strategy*, in P. EDWARDS (ed.), *Industrial Relations: Theory and Practice*, Blackwell, Oxford, 2003, 178.

⁽²²⁾ G.J. BAMBER, E. SNAPE, *Britain*, in M.J. ROOMKIN, *Managers as Employees: An International Comparison of the Changing Character of Managerial Employment*, Oxford University Press, Oxford, 1989, 26.

Nel 1987 è stato istituito il *Council of Management Education and Development* composto da esponenti del mondo dell'impresa, dell'università e del Governo. Tale organismo ha diretto la creazione di un *Charter Group* di imprese che hanno realizzato una *Management Charter* che ha raccolto le principali buone prassi aziendali. Il sistema dei *National Occupational Standards for Management*, che consiste nel *benchmarking* delle *performances* dirigenziali che possono essere utilizzate in vari settori e che definisce anche i ruoli e determina gli standard di rendimento, è stato sviluppato dalla *Management Charter Initiative* ed è ora diretto dal *Management Standards Centre* (MSC). Tra il 2002 ed il 2004 il MSC è stato impegnato in un progetto pubblico teso a sviluppare un nuovo sistema di *National Occupational Standards* (NOS) per la dirigenza. Tali nuovi standard, approvati nel maggio 2004, descrivono i livelli di rendimento attesi da quei lavoratori che abbiano funzioni dirigenziali o che comunque svolgano attività caratterizzate da elevata professionalità.

2. La tradizionale distinzione tra lavoratore autonomo e subordinato nell'ordinamento inglese s'identifica con quella tra *self-employed* o *independent contractors* ed *employees*. Gli *employees* sono sottoposti all'esercizio del potere di controllo e di direzione del datore di lavoro. Tali poteri, se non sono espressamente previsti dal contratto di lavoro, vengono di solito considerati termini sottintesi ovvero *implied terms* del contratto stesso. I lavoratori subordinati sono destinatari dei sistemi protettivi e di sicurezza sociale previsti dalla legge: essi beneficiano di previsioni legislative di protezione della retribuzione, di limitazione dell'orario di lavoro, di sostegno al reddito e di tutela in caso di disoccupazione. Tali garanzie non si applicano invece ai lavoratori autonomi.

Un *employee* è secondo la legge una persona che lavora in base ad un contratto di lavoro (*contract of employment*)⁽²³⁾. Il *contract of employment* è un contratto di lavoro subordinato o di apprendistato, che sia stato concluso in modo esplicito o per fatti concludenti, in forma scritta o verbale.⁽²⁴⁾ Più ampia è la nozione di subordinazione prevista dalla legislazione antidiscriminatoria: è lavoratore subordinato il prestatore che lavora in base ad un contratto di lavoro subordinato, di apprendistato o *mediante altro tipo di lavoro* (*work or labour*)⁽²⁵⁾. Per effetto di tale ampia nozione è possibile che un lavoratore autonomo, il quale si accordi per effettuare personalmente una prestazione di lavoro, venga considerato un subordinato.

I *senior managers*, di cui manca una definizione legislativa, sono considerati *employees* ai fini dell'applicazione del diritto del lavoro. Più controverso, ed oggetto di interpretazione giudiziaria, è lo *status* dei componenti del consiglio di amministrazione (*company directors*). In linea di principio un *director* non è un lavoratore.

⁽²³⁾ ERA 1996, s 230 (1), *Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act* (TULRCA) 1992, s 295, *National Minimum Wage Act* 1998, s 54 (1), *Maternity and Parental Leave Regulations* 1999, reg 2, la *Flexible Working (Eligibility, Complaints and Remedies) Regulations* 2002, la *Paternity and Adoption Leave Regulations* 2002, e l'*Employment Act* (EA) 2002, s 40.

⁽²⁴⁾ ERA 1996, s 230 (2), ma anche nell'*Employment Tribunals Act* 1996, s 42 (1), ed il *National Minimum Wage Act* 1998, s 54 (2).

⁽²⁵⁾ *Sex Discrimination Act* 1975, s 82 (1); *Equal Pay Act* 1970, s 1 (6) (a), ed il *Race Relations Act* 1976, s 78 (1).

re subordinato e, dunque, non c'è bisogno di un contratto di lavoro con la società. Laddove non vi sia il contratto, la rimozione di un *director* non dà luogo ad alcun tipo di responsabilità prevista dal diritto del lavoro.

Diversa è la situazione dei *directors* di società quotate, i quali sono considerati lavoratori subordinati in virtù di un *service contract* o di un *service agreement*. Un *director* senza un contratto in forma espressa può sempre averne uno in forma tacita, la cui esistenza può esser fatta derivare dalla natura del lavoro prestato⁽²⁶⁾. Nel caso *Folami v. Nigerline (UK) Ltd*, si è affermato che «quando si è in presenza di un soggetto che è stato nominato amministratore delegato (*managing director*) di un'impresa con mansioni che comprendono l'effettiva amministrazione della società in tutti i suoi aspetti, il quale (lavoratore) è stato sollevato da tale incarico ed è stato remunerato dalla società, orbene la conclusione che deve trarsi *prima facie* è che si tratti di un lavoratore subordinato della società [...] sembra che si possa affermare che un *director*, nominato amministratore delegato con le relative mansioni, anche se sprovvisto di un apposito contratto *ha una relazione contrattuale con l'impresa* e, almeno per alcune specifiche finalità, deve essere considerato un lavoratore subordinato»⁽²⁷⁾.

Nel caso *Buchan v. Secretary of State for Employment*⁽²⁸⁾ un soggetto, *director* e maggior azionista di una piccola impresa insolvente, aveva chiesto di essere qualificato come lavoratore subordinato per ottenere la cassa integrazione ed altre forme di indennità da parte del *National Insurance Fund*. Il Tribunale del lavoro non solo rigettò la domanda, ma ritenne anche che il soggetto, non essendo subordinato, non avesse nemmeno la legittimazione ad agire. L'*Employment Appeal Tribunal* confermò tale decisione, ribadendo che nei casi in cui i *directors* siano azionisti di società private, essi non devono essere considerati come subordinati, generalmente perché l'abilità dell'azionista di prevenire il proprio licenziamento è cruciale⁽²⁹⁾.

Il caso *Secretary of State for Trade and Industry v. Botrill*⁽³⁰⁾ riguardava un lavoratore subordinato che divenne amministratore delegato ed unico azionista di una società inglese in virtù di un accordo che prevedeva che una società americana in un momento successivo avrebbe acquisito l'80% delle azioni della società inglese. Il lavoratore aveva un contratto di lavoro subordinato con la società inglese in virtù del quale egli percepiva una retribuzione da cui venivano poi dedotti i contributi previdenziali, nulla invece gli veniva corrisposto per l'incarico di amministratore. L'impresa successivamente andò in liquidazione ed il lavoratore presentò domanda per ottenere l'indennità di disoccupazione dal *Secretary of State* in virtù della sezione 182 dell'ERA del 1996.

La Corte ritenne che si trattasse di lavoro subordinato: in considerazione delle circostanze specifiche del caso, l'essere amministratore delegato ed azionista di un'impresa era, ai fini della qualificazione del rapporto, significativo ma non de-

⁽²⁶⁾ *James v. Thomas H Kent & Co Ltd*, 1951, 1 KB 551.

⁽²⁷⁾ 1978, ICR 277, 280.

⁽²⁸⁾ 1997, IRLR, 80.

⁽²⁹⁾ Di contro, la *Court of Session* in Scozia si rifiutò di applicare *Buchan* e sostenne che un azionista di maggioranza poteva essere un lavoratore subordinato (*Fleming v. Secretary of State for Trade and Industry*, 1997, IRLR 682).

⁽³⁰⁾ 1999, ICR 69.

terminante, e bisognava tener conto della fattispecie concreta. La Corte aveva poi fornito alcuni indici da tenere in conto. I Tribunali dovevano verificare: se c'era stato un contratto autentico tra la società e l'azionista; se tale contratto regolava un rapporto tra datore e lavoratore; se vi erano altri *directors*; se lo statuto della società conferiva all'azionista poteri che nella realtà quest'ultimo già possedeva e se l'azionista non poteva essere licenziato; se l'azionista aveva poteri di voto su materie in cui aveva un interesse personale; se la condotta delle parti seguiva le previsioni contrattuali.

Recentemente in *Clark v. (1) Clark Construction Initiatives Ltd, (2) Utility Consultancy Services Ltd* ⁽³¹⁾, Elias P. ha notato che il mero fatto che un soggetto sia azionista di maggioranza non impedisce di per sé che vi sia un contratto di lavoro.

3. Si procederà, ora, ad un'analisi delle principali aree della disciplina del rapporto di lavoro individuale e subordinato dei *senior managers*.

3.1. Ci sono poche formalità che governano le procedure di assunzione, così come pochi sono i diritti che spettano a coloro che fanno domanda di lavoro ⁽³²⁾. Il principio generale è quello della libertà contrattuale: il datore può rifiutarsi di assumere una persona per qualsiasi ragione o, addirittura, senza alcuna ragione ⁽³³⁾. Le discriminazioni nella fase di assunzione sono però vietate dalla legge in relazione ad alcuni specifici fattori tra cui il sesso, la razza, l'orientamento sessuale, il credo religioso, la condizione di disabilità, l'appartenenza o meno ad organizzazioni sindacali. Il *Rehabilitation of Offenders Act* del 1974 vieta le discriminazioni legate alla fedina penale del lavoratore ⁽³⁴⁾.

La recente legislazione ha posto poi in capo al datore l'obbligo, sanzionato penalmente in virtù dell'*Asylum and Immigration Act* del 1996, di verificare se l'aspirante lavoratore abbia un permesso di soggiorno per poter lavorare in Inghilterra.

Per quanto riguarda specificamente l'assunzione dei *senior managers*, nella prassi è molto comune rivolgersi a consulenti, a procacciatori di teste o comunque a reti specializzate. Molto diffusa è anche la pratica del *golden hello*, attraverso la quale dei gettoni d'ingresso, parzialmente detassati, vengono offerti per rendere più appetibile il lavoro.

Dagli anni Ottanta si è diffuso il ricorso a contratti a tempo determinato per i *senior managers*.

Entro due mesi dall'assunzione alcuni dettagli contrattuali devono essere forniti, in forma scritta, ai *senior managers* ed ai *directors* ⁽³⁵⁾. Si tratta della retribuzione, delle modalità attraverso le quali viene erogata, delle ferie, dell'indennità di malattia, della previdenza, degli strumenti di conciliazione delle controversie, del

⁽³¹⁾ EAT 5.2.08.

⁽³²⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *op. cit.*, 127-132.

⁽³³⁾ Come stabilito da *Allen v. Flood* (1898) a AC 1, 173 (Lord Dewey).

⁽³⁴⁾ CA 2006, S 4 (3).

⁽³⁵⁾ ERA 1996, ss 1-5. Tale disposizione però non si applica nel caso in cui i *directors* abbiano stipulato il contratto di lavoro in forma scritta ed abbiano contrattualmente previsto tali dettagli.

preavviso ⁽³⁶⁾.

Alcuni recenti interventi normativi hanno posto delle discipline specifiche per i *directors* delle società quotate. Il *Companies Act* (CA) del 2006 ha previsto che i contratti dei *directors* (*service contracts*, *contracts for services* e *letters of appointment*) devono essere disponibili presso la sede legale della società e possono essere oggetto di ispezione da parte dei consiglieri d'amministrazione ⁽³⁷⁾; ciascun componente ha diritto ad ottenere una copia dei contratti ⁽³⁸⁾; i contratti con durata superiore all'anno devono essere approvati dal consiglio di amministrazione ⁽³⁹⁾; in caso di violazione di tali prescrizioni, la facoltà di recesso dal contratto deve essere intesa in senso ampio: la società datrice può recedere dal contratto sempre purché ne dia un *reasonable* preavviso ⁽⁴⁰⁾. Il *Combined Code on Corporate Governance* del 2006 ha altresì previsto l'approvazione da parte degli azionisti dei contratti con durata superiore ai tre anni ⁽⁴¹⁾.

3.2. Se la determinazione della retribuzione normalmente è operata dalla contrattazione collettiva, questo non avviene per i dirigenti che, in generale, ricevono mensilmente una retribuzione svincolata dalla quantità di lavoro e dall'orario di lavoro.

Negli ultimi decenni la retribuzione è diventata sempre meno standardizzata e sempre più legata ai profitti dell'impresa o, addirittura, del gruppo di imprese a cui la società datrice appartiene.

Sin dalla metà degli anni Ottanta si è registrata una tendenza ⁽⁴²⁾ a svincolare la retribuzione e i *bonus* dei manager dalla crescita del costo della vita ed a collegarla ai risultati aziendali. Tale tendenza, che rispecchiava il bisogno dei *policy-makers* delle aziende di legare i loro premi all'andamento economico aziendale, fu anche favorita dai bassi livelli di inflazione registratisi negli anni Ottanta. Individualizzare e liberare la retribuzione dalla rigidità della contrattazione collettiva fu poi una politica chiara del partito conservatore in quegli anni.

I recenti dati statistici (2007) del *Chartered Institute of Personnel and Development* (CIPD) sui compensi dei *managers* testimoniano la chiara volontà dei *senior managers* di legare i loro compensi al mercato ed alle valutazioni degli azionisti piuttosto che ad accordi collettivi.

Le componenti essenziali della retribuzione dei manager sono: la retribuzione base, un *bonus* di breve termine (*short-term bonus*), somme legate alla partecipazione azionaria e/o forme di incentivi economici a lungo termine, la contribuzione previdenziale, le assicurazioni (vita, malattia di lunga durata e medica) e i *fringe benefits* (come autovetture, rifornimenti e abitazioni). La retribuzione base, unica componente "pensionabile" dell'intera retribuzione, è normalmente determinata sulla base di alcuni indici, tra cui le dimensioni della società, il fatturato,

⁽³⁶⁾ Secondo l'ERA 1996, s 4, le eventuali modifiche a tali clausole devono essere comunicate entro un mese.

⁽³⁷⁾ CA 2006, s 227.

⁽³⁸⁾ CA 2006, s 228.

⁽³⁹⁾ CA 2006, s 188.

⁽⁴⁰⁾ CA 2006, s 189.

⁽⁴¹⁾ Code on Corporate Governance A.7.1.

⁽⁴²⁾ IDS, *The Merit Factor: Rewarding Individual Performance*, Incomes Data Services, London, 1985.

la capitalizzazione di mercato, i compensi pagati in società concorrenti, la esperienza e le competenze del lavoratore, considerazioni generali sull'andamento dei mercati ed ogni circostanza particolare e contingente ⁽⁴³⁾. Lo *short-term bonus*, normalmente annuale, costituisce un incentivo molto comune che stimola il dirigente a migliorare i risultati della società, attraverso la condivisione dei "successi" in un breve periodo. Tale incentivo costituisce il più immediato e tangibile beneficio economico pagato ai *senior managers*.

I dirigenti però preferiscono gli incentivi economici a lungo termine, caratterizzati, per lo più, da forme di partecipazione differita agli utili.

Il *bonus* non viene pagato in contanti ma viene utilizzato per comprare azioni della società; alla fine di un determinato periodo, di solito non inferiore a 3 anni, se gli obiettivi di rendimento vengono raggiunti, i dirigenti vengono compensati con ulteriori azioni gratuite che si aggiungono a quelle già acquistate.

Il sistema di azionariato funziona sulla base di diritti d'opzione concessi ai *senior managers*, che possono essere esercitati, al valore di mercato fissato al momento della concessione, dopo un predeterminato periodo minimo purché alcune condizioni legate alla continuità del lavoro ed alla produttività siano soddisfatte. Il *benefit* del dirigente consiste nell'aumento di valore delle azioni dalla data di concessione alla data di esercizio. Tale tipo di compenso tuttavia è integralmente sottoposto a tassazione.

3.3. La versione originaria dell'articolo 20 dei *Working Time Regulations* del 1998, fedele riproduzione dell'articolo 17 della direttiva comunitaria sull'orario di lavoro, prevedeva che le generali regole sull'orario non si applicavano «quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose».

Le incertezze applicative della disposizione hanno condotto parte della dottrina ⁽⁴⁴⁾ a notare che, secondo l'originaria relazione del Ministero del commercio e dell'industria, le deroghe si applicavano solo a quei lavoratori che avevano pieno controllo sulle ore di lavoro e il cui orario non era né controllato né stabilito dal datore di lavoro. Questo potrebbe essere il caso di un lavoratore che è in grado o di decidere quando il lavoro deve essere prestato o di modulare l'orario secondo la propria convenienza.

Non era chiaro però se quei lavoratori che avevano determinati compiti da adempiere ma che avevano anche un ampio margine di autonomia, come i dirigenti al primo gradino della carriera, rientrassero nell'ipotesi derogatoria.

I *Working Time Regulations* del 1999 hanno aggiunto un secondo comma all'art. 20, la cui *ratio* è quella di estendere l'esenzione di cui al primo comma alle parti

⁽⁴³⁾ J. PADDOCK, *Tolley's Directors' Remuneration: A Practical Guide*, LexisNexis UK, Croydon, 2003, 13.

⁽⁴⁴⁾ C. BARNARD, S. DEAKIN, R. HOBBS, *Opting Out of the 48-Hour Week: Employer Necessity or Individual Choice? An Empirical Study of the Operation of Article 18(1)(b) of the Working Time Directive in the UK*, in *Industrial Law Journal*, 2003, n. 4, 223-252, 55.

di orario organizzate autonomamente dal lavoratore; per le quote di lavoro predefinite si applica, invece, il limite delle 48 ore settimanali.

Secondo la Relazione alla legge, l'elemento chiave per ricadere nell'esenzione risiede nella possibilità del lavoratore di scegliere, senza per questo subire alcun danno, il proprio orario di lavoro⁽⁴⁵⁾. La Relazione precisa che l'eccezione non si estende:

- ai lavori retribuiti ad ore;
- ai rapporti in cui vi siano delle ore espressamente previste di lavoro o in cui l'attività lavorativa sia sottoposta ad un controllo stringente;
- ad ogni caso in cui al lavoratore sia richiesto di lavorare espressamente (come nel caso di presenza a riunioni) o implicitamente richiesto di lavorare (in caso di carichi o richieste di lavoro o a causa di un possibile pregiudizio in caso di rifiuto del lavoratore).

L'esenzione è ristretta a coloro che possono scegliere quanto lavorare e quante ore fare, senza che ciò sia imposto dal datore.

Per quello che riguarda le ferie e le altre assenze, i *senior managers* hanno diritto alle ferie normalmente previste per legge a cui si aggiungono quelle previste dal contratto individuale. All'estinzione del rapporto, le ferie maturano su base giornaliera ed il lavoratore ha, ovviamente, diritto al pagamento delle ferie accumulate fino al momento della cessazione del rapporto.

3.4. Per quanto riguarda la responsabilità civile nel rapporto di lavoro, la regola è quella della responsabilità solidale. Nei confronti dei terzi il datore è indirettamente responsabile dei danni arrecati dal lavoratore nell'esercizio delle sue mansioni (*vicarious liability*); il datore ha il diritto di agire in regresso nei confronti del suo dipendente (sez. 1 (1) del *Civil Liability (Contribution) Act* del 1978). Il principio di *common law*, fissato dalla *House of Lords* in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co Ltd*⁽⁴⁶⁾, è che qualsiasi lavoratore (non solo quelli di elevata professionalità) è vincolato, anche tacitamente, ad eseguire la sua prestazione con diligenza e perizia; nel caso contrario (e quindi nel caso di danni arrecati per negligenza o imperizia) è responsabile per inadempimento contrattuale (*breach of contract*) per i danni causati al datore per la propria negligenza.

Il dovere del datore di salvaguardare la fiducia del dipendente (*maintain trust and confidence*) è stato esteso tanto che, ad esempio, un datore può essere tenuto ad indennizzare danni arrecati dal lavoratore nei confronti di terzi.

Altrimenti, un lavoratore che abbia commesso un solo atto riprovevole potrebbe andare incontro ad una bancarotta personale. La dottrina non ha mancato di sottolineare che tale affermazione è difficilmente compatibile con l'obbligo datoriale di collaborare all'adempimento dell'obbligazione lavorativa⁽⁴⁷⁾.

Una violazione dell'obbligo relativo alla salute e sicurezza dei lavoratori, quando è commessa con il consenso, connivenza, concorso di un dirigente o di un manager, può dar luogo sia ad una responsabilità penale sia ad una responsabilità aquiliana per violazione delle previsioni del *Health and Safety at Work Act* del

⁽⁴⁵⁾ S 8, Heading 4.

⁽⁴⁶⁾ 1957, AC 555.

⁽⁴⁷⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *op. cit.*, 332.

1974, e successive modifiche.

La regola base è che il datore deve assicurare, nella misura di quello che è ragionevolmente praticabile, la tutela della salute e della sicurezza di tutti i lavoratori⁽⁴⁸⁾; la violazione di tale obbligo costituisce delitto, con possibile, ed indeterminata, sanzione comminata dalla *Crown Court* (nei casi più seri l'accusa può chiedere fino a due anni di reclusione)⁽⁴⁹⁾. Un'altra ipotesi delittuosa è stata prevista dal *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* del 2007 per le società in caso di morte di una persona. I *directors* e i *senior managers* possono essere perseguiti per *gross negligence* nelle ipotesi di omicidio colposo o volontario e per i reati previsti a tutela della salute e sicurezza.

3.5. Per quello che riguarda l'estinzione del rapporto di lavoro, vi sono due diversi sistemi di regolazione: da un lato le regole di *common law* e, dall'altro, la tutela legislativa contro i licenziamenti ingiustificati, introdotta nel 1971.

Non vi è una prevalenza tra l'una e l'altra disciplina e un lavoratore licenziato, in astratto, potrebbe agire giudizialmente in virtù di entrambe. Di regola il regime legale è più vantaggioso per gran parte dei lavoratori ma non per quei prestatori di lavoro con elevate professionalità e retribuzioni, come i *directors* e i *senior managers*, che spesso hanno trovato più conveniente il *common law*⁽⁵⁰⁾. Tale preferenza è legata al fatto che, seguendo tale ultima opzione, è sempre possibile un accordo consensuale che risolva il contratto. In tale tipo di accordo, molto spesso, vengono previste per i dirigenti *golden handshake* (buonuscite d'oro) che evitano, di fatto, la fase contenziosa.

Per i *senior managers*, poi, è sempre più diffusa la prassi di pagare una somma di denaro sostitutiva del periodo di preavviso.

In *common law* si ha *wrongful dismissal* quando un lavoratore è stato licenziato senza preavviso o quando non gli è stato dato un congruo termine di preavviso o comunque quando il rapporto è stato risolto secondo modalità contrarie a quelle previste dal contratto di lavoro.

I contratti di lavoro normalmente contengono previsioni che specificano le procedure da seguire prima di intimare un licenziamento, e talvolta includono criteri sostanziali che devono essere soddisfatti prima che il contratto possa ritenersi legittimamente risolto. Le principali previsioni che abitualmente vengono violate sono: previsioni procedurali implicite (come ad esempio l'obbligo di preavviso) ed esplicite, espliciti presupposti di legittimità del recesso, *fringe benefits* ed altre previsioni contrattuali collegate.

Per quanto riguarda il preavviso, fin dalla fine del diciannovesimo secolo le Corti hanno ritenuto sussistente, per entrambe le parti, l'obbligo di dare un preavviso congruo (*reasonable notice*), anche quando il contratto nulla prevedeva in merito⁽⁵¹⁾.

Un periodo minimo è espressamente previsto da legge per tutti i contratti di lavoro.

⁽⁴⁸⁾ S 2 (1).

⁽⁴⁹⁾ S 33 (1) and (3) (b).

⁽⁵⁰⁾ H. COLLINS, K. EWING, A. MCCOLGAN, *Labour law: Text and Materials*, Hart Publishing, Oxford, 2005, II ed., 435.

⁽⁵¹⁾ *Delaney v. Staples t/a De Montfort Recruitment*, 1992, ICR 483.

ro che abbiano una durata non inferiore ad un mese ⁽⁵²⁾.

In tutti i casi la giurisprudenza ha dato un'estensione variabile al periodo di preavviso che normalmente si ritiene essere maggiore rispetto a quello minimo pre-stabilito.

In *Richardson v. Koefod* ⁽⁵³⁾ Lord Denning ha sostenuto, infatti, che il periodo di preavviso dipende dal caso concreto. In particolare si fa riferimento alla natura del rapporto di lavoro, all'anzianità di servizio, alla durata del rapporto e alla retribuzione.

I *senior managers* hanno diritto ad un periodo di preavviso considerevolmente più lungo di quello previsto dalla legge per effetto di clausole implicite ⁽⁵⁴⁾. Nel caso di un *director* di società quotate, il *Combined Code on Corporate Governance* prevede che il consiglio di amministrazione debba fissare i periodi di preavviso per quei *service contracts* di durata almeno annuale e tali previsioni non possono essere superiori ad un anno di durata, senza l'approvazione degli azionisti.

Il *Companies Act* 2006 prevede che le indennità nel caso di preavviso superiore ai due anni richiedano il consenso del consiglio di amministrazione.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno derivante da licenziamento, il principio generale è che il lavoratore ha diritto, salva la deduzione dei contributi fiscali e previdenziali, alla retribuzione ed ai *benefits* che avrebbe ricevuto se il rapporto non fosse stato illegittimamente interrotto ⁽⁵⁵⁾.

Secondo i principi del diritto contrattuale anche i *senior managers* hanno l'onere di ridurre le perdite derivanti dal licenziamento, cercando e trovando impieghi alternativi, che siano, però, realmente commisurati al loro *status*. Se nella maggior parte dei casi i danni che il datore dovrà risarcire per la violazione di una regola implicita di preavviso non rappresentano una somma ingente, ciò non vale per quei *senior managers* che hanno diritto ad un preavviso di molte mensilità e che non hanno potuto attenuare le loro perdite (in virtù del suddetto *duty to mitigate*).

L'estinzione del rapporto di lavoro priva poi il lavoratore di altri *fringe benefits*, (ad esempio diritti previdenziali legati all'occupazione, ferie retribuite ed altri elementi correlati come *bonus*, mutui, assicurazione sulla salute, azioni, auto aziendali), per i quali, in linea generale, il lavoratore ha diritto di chiedere il risarcimento.

È possibile, però, che il contratto rimetta alla discrezionalità del datore l'elargizione di tali benefici, discrezionalità che però ha incontrato dei limiti in giurisprudenza.

⁽⁵²⁾ La norma di riferimento è contenuta nella sezione 86 ss. dell'ERA 1996. Il lavoratore ha diritto, dopo un mese di lavoro continuativo, a ricevere almeno una settimana di preavviso di licenziamento; dopo 2 anni di lavoro il preavviso cresce, aumentando di una settimana per ogni anno successivo di lavoro fino al limite di 12 mesi di preavviso.

⁽⁵³⁾ 1969, 1 WLR 1812.

⁽⁵⁴⁾ Il *Reasonable notice* si aggira tra i 6 e i 12 mesi; vedi *Adams v. Union Cinemas Ltd*, 1939, 3 All ER 136.

⁽⁵⁵⁾ La regola generale è stata posta da Oliver J in *Radford v. De Froberville* (1977, 1 WLR 1262 a 1268): «*The rule of common law* è che ciascuna parte, allorché subisca pregiudizio per effetto di un inadempimento contrattuale, debba essere posta nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato eseguito».

Il *leading case* è *Clark v. Nomura International Plc* ⁽⁵⁶⁾, secondo cui un datore non può esercitare i suoi poteri in modo «irrational» e «perverse». In *Horkulak v. Cantor Fitzgerald International* ⁽⁵⁷⁾, i giudici hanno legato l'esercizio della discrezionalità ai canoni della buona fede e della ragionevolezza.

In tutti i casi per un lavoratore non è semplice ottenere giudizialmente dei *bonus*. Per esempio in *Commerzbank AG v. Keene* ⁽⁵⁸⁾, la *Court of Appeal* ha stabilito che ci vuole un *overwhelming case* ovvero una motivazione estremamente convincente per persuadere i giudici che si versi in ipotesi di esercizio non ragionevole e perverso dei poteri discrezionali del datore, soprattutto in un contesto, come quello bancario nel caso di specie, in cui la discrezionalità è legata alle fluttuazioni del mercato.

Nel caso di lavoratori con elevata professionalità, sovente vi sono ipotesi contrattuali tipiche di licenziamento legate ad inadempimento, come l'imprudenza e l'imperizia (*act of misconduct*), la scarsa professionalità (*incompetence*), il dolo o la colpa grave (*wilful e gross negligence*) e l'insubordinazione (*disobedience*). Sia quando si versi in tali ipotesi sia quando vi possano essere diverse circostanze, è necessario che la condotta del lavoratore sia di gravità tale da minare alla radice il rapporto fiduciario.

Per quanto concerne le previsioni legislative sulla responsabilità del datore per licenziamento ingiustificato, la sezione 95 (1) dell'ERA 1996 stabilisce che: «[...] un lavoratore è *dismissed* se (e solo se): a) sia stato posto in essere un recesso dal datore (con o senza preavviso); b) il lavoratore abbia un contratto di lavoro a tempo determinato che termini in presenza di un evento-limite (*limiting event*) e che non sia stato rinnovato, o c) il lavoratore receda dal contratto (con o senza preavviso) in ipotesi in cui ha diritto a recedere senza preavviso in ragione di un inadempimento datoriale».

Perché un licenziamento sia giustificato occorre svolgere una verifica a due livelli ⁽⁵⁹⁾. Al primo, il datore deve dimostrare che le ragioni che hanno fondato il licenziamento siano *potentially fair*. Al secondo, i giudici verificano se il datore ha agito *reasonably* o *unreasonably* in relazione alla sufficienza, nel caso concreto, della ragione addotta dal datore. Se il licenziamento è ritenuto *unfair* (iniquo) e il lavoratore dà la propria disponibilità a ritornare al lavoro, il giudice ordina al datore di reintegrare o riassumere il lavoratore ⁽⁶⁰⁾, altrimenti può essere stabilita un'indennità sostitutiva, in virtù delle previsioni delle sezioni dal 118 al 126 dell'ERA 1996. La giurisprudenza ha chiarito che i rimedi, in ordine di preferenza, sono: reintegrazione, riassunzione, indennità sostitutiva ⁽⁶¹⁾.

L'indennità sostitutiva si struttura in due componenti, una base ed un'altra di carattere risarcitorio. La prima è calcolata secondo le stesse modalità dell'indennità di fine rapporto (*redundancy payment*), in funzione dell'età, della carriera e della retribuzione del lavoratore ⁽⁶²⁾. La seconda può includere la perdita di tutti quei

⁽⁵⁶⁾ 2000, IRLR 766.

⁽⁵⁷⁾ 2004, IRLR 942.

⁽⁵⁸⁾ 2007, IRLR 132.

⁽⁵⁹⁾ ERA 1996, s 98.

⁽⁶⁰⁾ ERA 1996, ss 114, 115, 116 (1), (2).

⁽⁶¹⁾ *O'Loire v. Jackel International Ltd*, 1990, ICR 197, 200 (Lord Donaldson MR).

⁽⁶²⁾ ERA 1996, s 119.

vantaggi che il lavoratore avrebbe ragionevolmente ottenuto se non fosse stato licenziato ⁽⁶³⁾. A tale titolo i lavoratori hanno ricevuto *benefits* come l'auto aziendale o le azioni della società. Da febbraio 2007, il limite per tali somme è stato di 60.600 sterline ⁽⁶⁴⁾.

3.6. Uno dei più importanti obblighi del lavoratore è quello della fedeltà (*duty of fidelity or loyalty*), che nel *common law* costituisce un *implied term* del contratto. Durante la vigenza del contratto, il lavoratore, che può svolgere altre attività in astratto, ha un obbligo di non concorrenza o comunque di non prestare attività lavorative per un concorrente senza il consenso del datore. In *Hivac Ltd v. Park Royal Scientific Instruments Ltd* ⁽⁶⁵⁾ è stato sottolineato come l'obbligo di fedeltà possa avere un'estensione estremamente variabile in relazione a ciascuna categoria di lavoratore.

Nelle ipotesi in cui il contratto volga al termine (preavviso di dimissioni o di licenziamento), i datori (soprattutto di elevata professionalità), per limitare le possibili attività concorrenti, pagano la retribuzione fino alla scadenza del contratto, senza richiedere alcuna prestazione lavorativa. Durante questo periodo, c.d. di *garden leave*, il lavoratore ha una tranquillità economica tale da non aver bisogno di lavorare. In questo periodo non c'è la possibilità di scegliere se lavorare o meno ed i datori hanno la possibilità di chiedere, giudizialmente, un *injunction* che vieti al lavoratore di prestare attività per un concorrente ⁽⁶⁶⁾.

Come notato in dottrina ⁽⁶⁷⁾, il *garden leave* asseconda poco gli interessi dei lavoratori che non solo sono privati della possibilità di trovare un lavoro meglio retribuito ma, soprattutto, vedono ridotto il loro valore sul mercato dal momento che possono star fermi per un periodo consistente di tempo.

È possibile poi che le parti prevedano dei patti di non concorrenza (*restrictive covenants*) che limitano per un determinato periodo le attività potenzialmente concorrenti del lavoratore dopo la fine del rapporto ⁽⁶⁸⁾.

I patti, per essere vincolanti, devono essere espressamente previsti dal contratto ⁽⁶⁹⁾ e soggetti alla regola giudiziale dell'*illegality*, in virtù della quale i giudici possono disapplicarli se li ritengono non ragionevoli.

I fattori che vengono considerati sono: l'area di limitazione della concorrenza, il periodo di durata, la natura degli interessi che con il patto s'intende proteggere, il contenuto del patto ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶³⁾ S 123 (2).

⁽⁶⁴⁾ Vedi *Employment Rights (Increase of Limits) Order 2006*.

⁽⁶⁵⁾ 1946, Ch 169.

⁽⁶⁶⁾ In giurisprudenza si discute se il *garden leave* possa essere imposto anche se non è espressamente previsto dal contratto. In senso contrario *William Hill Organisation Ltd v. Tucker* (1999, ICR, 291). In senso favorevole, recentemente e proprio per un *senior manager*, *SG&R Valuation Service v. Boudrais* (2008, EWHC, 1340, QB).

⁽⁶⁷⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *op. cit.*, 345.

⁽⁶⁸⁾ I patti possono avere poi un contenuto variabile e seconda che si tratti di *non-compete covenants*, *non-solicitation covenants*, *non-dealing covenants*, *non-poaching covenants* e *non-interference covenants*.

⁽⁶⁹⁾ La regola generale è che se il datore non adempie al contratto di lavoro non può chiedere in giudizio il rispetto del patto di non concorrenza.

⁽⁷⁰⁾ R. UPEX, *The Law of Termination of Employment*, Jordan, Bristol, 2006, VII ed., 542.

4. Questa sezione affronta gli aspetti “collettivi” del rapporto di lavoro dei *senior managers*, trattando dapprima la contrattazione collettiva, poi il diritto di sciopero ed infine i sistemi di rappresentanza dei lavoratori.

4.1. Quando nell’ordinamento anglosassone l’appartenenza ad organizzazioni sindacali era necessaria per avere o conservare un lavoro, la giurisprudenza si era avvalsa del *right to work*, in considerazione del quale una domanda di un lavoratore non poteva essere respinta per motivi arbitrari. La questione attualmente sembra aver perso attualità in virtù delle modifiche legislative che hanno limitato i *closed shops*.

Anche la tradizionale presenza di sindacati di mestiere negli ultimi periodi ha lasciato il posto ad organizzazioni sindacali più ampie, nuove o derivate dalla fusione di preesistenti soggetti rappresentativi. Per quanto riguarda i lavoratori di elevata professionalità, un numero di sindacati che rappresentavano i *professional*, gli *executives* e i *clerical workers* in diversi settori industriali hanno dato luogo a più ampie organizzazioni sindacali ⁽⁷¹⁾. Residua, tuttavia, un numero limitato di sindacato di mestiere per i dirigenti, come per esempio il CONNECT ⁽⁷²⁾ e l’FDA ⁽⁷³⁾, che hanno mantenuto il controllo sulle negoziazioni. Tale atteggiamento di chiusura è stato giustificato dal timore di essere coinvolti in *militant action* di cui si facevano promotori lavoratori che non avevano lo *status* dirigenziale ⁽⁷⁴⁾.

Per quanto riguarda l’efficacia dei contratti collettivi, in Gran Bretagna mancano regole legali che garantiscano efficacia vincolante al contratto collettivo. Tale assenza è dovuta alla volontà dell’ordinamento ⁽⁷⁵⁾ di lasciare alle parti collettive la possibilità di stabilire meccanismi in grado di garantire la vincolatività dei contratti. Di fatto tale potere difficilmente è stato utilizzato.

A ciò si aggiunga l’assenza di meccanismi di integrazione automatica e obbligatoria delle clausole collettive nei contratti individuali, anche nell’ipotesi in cui le previsioni collettive siano state riconosciute dalla legge ⁽⁷⁶⁾. Ciononostante, i contratti collettivi, purché abbiano una formulazione chiara e precisa, possono rappresentare un utile strumento di regolazione del rapporto di lavoro. È prassi diffusa poi quella di incorporare, attraverso esplicite previsioni dei contratti individuali, le disposizioni collettive ⁽⁷⁷⁾.

Il ruolo della contrattazione collettiva dei manager è fortemente limitato, soprattutto nel settore privato. Ciò è la conseguenza del generale declino del ruolo della

⁽⁷¹⁾ Per quanto riguarda i dirigenti, ad esempio, l’*Association of Professional, Executive, Clerical and Computer Staff* (APEX) si è fusa con la *Britain’s General union* (GMB) nel 1989. *Prospect*, un sindacato che rappresenta i dirigenti, è nato nel 2001 dalla fusione di *Engineers’ and Managers’ Associations* (EMA) e dell’*Institute of Professionals, Managers and Specialists* (IPMS).

⁽⁷²⁾ CONNECT rappresenta i *managers* e i *professionals* nel settore delle telecomunicazioni.

⁽⁷³⁾ *First Division Association* (FDA) è il sindacato gli funzionari pubblici inglesi.

⁽⁷⁴⁾ Ciò è avvenuto in particolare nel settore pubblico.

⁽⁷⁵⁾ TULRCA 1992, s 179.

⁽⁷⁶⁾ Altra conseguenza della mancanza di una disciplina legislativa della contrattazione collettiva è che, quando vi sono accordi di differente livello e con soluzioni discordanti, non c’è una procedura che consenta di individuare quale sia il livello applicabile.

⁽⁷⁷⁾ L’incorporazione può avvenire anche implicitamente laddove vi sia una prassi diffusa in virtù della quale si applichino le disposizioni collettive.

contrattazione collettiva, della sua decentralizzazione, del basso tasso di sindacalizzazione dei dirigenti a cui si aggiunge, come notato prima, l'importanza fondamentale del contratto individuale.

4.2. La dottrina ⁽⁷⁸⁾ ha sottolineato come l'ordinamento inglese presenti quale elemento peculiare la mancanza di un sistema coerente di strumenti riguardanti il conflitto collettivo. In breve, la *common law* non riconosce formalmente né il diritto di scioperare né il diritto di organizzare scioperi. La libertà limitata di organizzare scioperi poteva essere riconosciuta nelle previsioni del *Trade Dispute Act* del 1906 e del 1965 e successivamente, dopo la breve vigenza dell'*Industrial Relations Act* del 1971, dal *Trade Union and Labour Relations Acts* del 1974 e del 1976.

Tali tutele, definite *immunities*, modificate e qualificate dalla legislazione lavoristica degli anni Ottanta ⁽⁷⁹⁾, consolidate nel *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* 1992 (TULRCA), sono state recentemente depotenziate, aumentando considerevolmente il rischio di azioni di responsabilità (civile) nei confronti degli organizzatori dello sciopero.

Vi sono particolari gruppi di lavoratori per i quali si applicano diverse restrizioni in materia di sciopero, restrizioni che non sono il prodotto di una strategia integrata relativa ai servizi pubblici essenziali. Essi comprendono la polizia, le forze armate, la marina mercantile, i lavoratori nel settore postale ed in quello delle telecomunicazioni, per i quali gli strumenti di conflitto collettivo sono illegali ⁽⁸⁰⁾. In relazione ad alcuni gruppi di lavoratori può sussistere una responsabilità per istigazione alla violazione di un dovere. In tale ipotesi non sussiste alcuna *immunity* prevista dalla legge.

Se è vero che sul diritto di sciopero dei dirigenti non esiste alcuna restrizione di fonte legale, bisogna rilevare che, per effetto dello scarso tasso di sindacalizzazione, le forme di autotutela di tali lavoratori sono state esigue. In tutti i casi occorre affermare che anche i *senior managers* sono titolari del *right to strike*.

4.3. La rappresentanza dei lavoratori in Inghilterra avveniva secondo il sistema del c.d. canale unico attraverso *recognized unions* ⁽⁸¹⁾ e *joint consultative committees* (JCC) ⁽⁸²⁾. Tale sistema è stato messo in crisi dalla legislazione comunitaria degli anni Settanta, in materia di licenziamenti collettivi e di trasferimento d'azienda, e dalla condanna della Corte di Giustizia (causa C-383/92, *Commissione v. Regno Unito*) per non aver previsto, in contrasto con le previsioni della direttiva n. 75/128/CE sui licenziamenti collettivi, meccanismi di rappresentanza elettiva dei lavoratori nelle aziende in cui il datore rifiutava di riconoscere un

⁽⁷⁸⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *op. cit.*, 968.

⁽⁷⁹⁾ Gli *Employment Acts* del 1980, 1982, 1988 e del 1990 ed il *Trade Union Act* del 1984.

⁽⁸⁰⁾ Reati penali connessi all'esercizio del diritto di sciopero nel settore del gas ed idrico sono stati abrogati dall'*Industrial Relations Act* del 1971.

⁽⁸¹⁾ Tale modello aveva due caratteristiche: primo, la rappresentanza dei lavoratori avveniva non per effetto di un sistema legislativo ma attraverso modalità emerse dalla prassi; secondo, la *recognized union* aveva il monopolio rappresentativo.

⁽⁸²⁾ La nozione di JCC si riferisce a comitati di dirigenti e lavoratori con funzioni prevalentemente consultive.

sindacato ⁽⁸³⁾.

La condanna della Corte di Giustizia ha portato ad una modifica del sistema a canale unico: la rappresentanza dei lavoratori è appannaggio delle *recognised unions* ma, in loro assenza, i lavoratori possono essere rappresentati da forme elettive di rappresentanza. L'attuazione della direttiva sui Comitati aziendali europei (direttiva n. 94/95/CE), attraverso i *Transnational Information and Consultation of Employees Regulations* del 1999, ha incrementato i diritti di informazione e consultazione dei lavoratori.

La più recente direttiva in materia di informazione e consultazione (n. 2002/14/CE) è stata attuata con l'*UK Information and Consultation of Employees Regulations 2004* (ICER) e si applica a tutte le organizzazioni con almeno 50 lavoratori all'aprile 2008 ⁽⁸⁴⁾. Nella nozione di *employees* prevista dall'ICER vengono fatti rientrare anche i *senior managers* ⁽⁸⁵⁾.

I senior managers nel diritto del lavoro inglese – Riassunto. *Il saggio analizza la figura del dirigente apicale (senior manager) nell'ordinamento inglese. Dopo alcune premesse legali e sociologiche, l'A. si sofferma sulla disciplina vigente del dirigente. In particolare, tale rapporto di lavoro viene approfondito nella sua disciplina legale e contrattuale e dal punto di vista giurisprudenziale. In generale, il diritto del lavoro contemporaneo considera i dirigenti come lavoratori subordinati. Residuano comunque delle differenze nella disciplina. In particolare, l'importanza crescente della corporate governance ha inciso su alcuni aspetti del rapporto di lavoro.*

The position and function of executive staff members in British labour law (Article in English) – Summary. *The paper provides an analysis of the position and function of senior managerial employees in British labour law. After setting out the legal and sociological background to the development of the notion of senior managerial employees the provisions regulating their status in modern law are examined. In particular, their employment relationship is considered from the perspectives of statutory regulation, common law, personnel practice and collective organization by means of collective bargaining between management and trade unions. Senior managers are generally treated as employees under modern British labour and social security law. However, elements of differentiation can be still observed in common law. In particular, the increasing importance of company policies and corporate governance issues has indirect repercussions on aspects of the employment relationship.*

⁽⁸³⁾ Analoghe motivazioni hanno sorretto la condanna del Regno Unito per il mancato rispetto della direttiva n. 77/187/CE sul trasferimento d'azienda (causa C-382/92, *Commissione v. Regno Unito*).

⁽⁸⁴⁾ ICER 2004, reg 3, Sch 1.

⁽⁸⁵⁾ Controversa è invece l'estensione ai *directors*. Per un'ampia analisi vedi S. DEAKIN, A. KOUKIADAKI, *The Capability Approach and the Reception of European Social Policy in the UK: The Case of the Information and Consultation of Employees Directive*, University of Cambridge, Cambridge, 2007, mimeo.

I cadres nell'ordinamento francese

Sophie Robin-Olivier

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La definizione. – 2.1. I cadres nel *Code du travail*. – 2.2. I cadres nella contrattazione collettiva. – 2.3. I cadres in giurisprudenza. – 3. L'applicazione del diritto del lavoro ai *top managers*. – 4. La disciplina del rapporto di lavoro. – 4.1. L'assunzione ed il periodo di prova. – 4.2. I limiti ai poteri datoriali sull'esecuzione del rapporto. – 4.3. La retribuzione. – 4.4. L'orario di lavoro. – 4.5. La responsabilità del lavoratore. – 4.6. Il recesso. – 4.7. Limiti alla concorrenza. – 5. I profili collettivi. – 6. Le controversie di lavoro.

1. L'identificazione di uno specifico *status* per i *managers* contrasta con l'idea secondo cui il diritto del lavoro abbia avuto, nella sua evoluzione, una traiettoria tesa ad unificare le diverse situazioni dei lavoratori ⁽¹⁾. Storicamente, tale tendenza unificatrice ha portato ad una convergenza tra colletti blu e colletti bianchi ed all'estensione a tutti i lavoratori delle medesime regole e tutele. Anche quei lavoratori che per le specifiche attività svolte sembravano essere esclusi dalla applicazione del diritto del lavoro (si pensi, ad esempio, agli artisti, ai giornalisti, ai lavoratori a domicilio) hanno comunque beneficiato delle tutele da esso previste. Nonostante tale generale evoluzione, i dirigenti hanno comunque sviluppato una identità "elitaria". Ciò è divenuto particolarmente evidente quando, nel 1944, è stato creato un sindacato rappresentativo dei loro specifici interessi (*Confédération Générale des Cadres, CGC*) la cui prima, e più pressante, richiesta è stata quella di assicurare ai rappresentati un sistema previdenziale tale da garantirgli un adeguato tenore di vita dopo il pensionamento ⁽²⁾. Se è vero che i dirigenti non si sono opposti all'inclusione nel sistema previdenziale generale creato nel 1945, essi hanno voluto che a tale sistema si affiancasse la creazione di un apposito schema di previdenza complementare. Si temeva, infatti, che la creazione di un sistema di sicurezza sociale che coprisse tutti i lavoratori compromettesse gli elevati livelli di pensione di cui beneficiavano i dirigenti in virtù di sistemi previdenziali e della contrattazione collettiva. Dopo una vera e propria fase conflittuale conclusasi con la sottoscrizione di un contratto collettivo, i dirigenti ottennero un apposito schema di previdenza complementare.

* Professore di Diritto europeo, Diritto comparato e Diritto privato, Università Paris X, e codirettrice, Centre d'études juridiques européennes et comparées. Traduzione dall'inglese a cura di Raffaele Galar-di.

⁽¹⁾ A. SUIPOT, *Critique du droit du travail*, PUF, Parigi, 2002, 34-35.

⁽²⁾ Vedi L. BOLTANSKI, *Les cadres, la formation d'un groupe social*, Editions de minuit, Parigi, 1982, e, più recentemente, A. PICHON, *Les cadres à l'épreuve*, PUF, Parigi, 2008.

Da allora non è stata più negata l'esistenza di una categoria unitaria di dirigenti, anche se poche sono state le regole specifiche adottate per proteggerne gli interessi, finché, recentemente, la particolare situazione dei dirigenti non ha condotto a ben delineate distinzioni nel diritto del lavoro.

C'è poi da rilevare che l'applicazione generalizzata del diritto del lavoro a prestatori di lavoro profondamente diversi tra loro ha creato un effetto paradossale. Da un lato, infatti, c'è stata l'emersione di una categoria di "lavoratori poveri", costretti a forme precarie di lavoro e con bassa retribuzione e per i quali il diritto del lavoro si è mostrato profondamente insoddisfacente. Dall'altro le garanzie e le tutele del diritto del lavoro (come per esempio la disciplina sui licenziamenti e sulle indennità di disoccupazione) è stata estesa anche a soggetti che si trovano ai vertici della gerarchia aziendale e che sono incaricati di dirigere le imprese (come i presidenti ed i direttori generali delle grandi società). Il fatto che tali soggetti avessero ricevuto dagli azionisti il mandato di amministrare e rappresentare le società non ha costituito per la giurisprudenza un ostacolo all'applicazione, a certe condizioni, del diritto del lavoro.

Per il diritto del lavoro contemporaneo una questione cruciale, anche per i dirigenti, è stata quella dell'orario di lavoro. In considerazione dell'esigenza di flessibilità delle imprese, il dibattito sull'orario si è concentrato prevalentemente sul ruolo da attribuire alle diverse fonti del diritto del lavoro (legge, autonomia individuale e collettiva) dal momento che la sola legge, con le sue previsioni generali ed astratte, non poteva tener conto delle differenze tra le categorie dei lavoratori. Per quanto riguarda specificamente i dirigenti, il dibattito sull'orario ha poi costretto gli operatori a considerare che l'evoluzione dell'organizzazione del lavoro ha reso molto difficile misurare, e retribuire, il lavoro prestato. Di conseguenza, il legislatore francese ha affiancato all'orario, come indice da monitorare, il carico di lavoro. Ciò presenta delle evidenti difficoltà perché, ad esempio, le modifiche dell'organizzazione del lavoro ed il ruolo delle nuove tecnologie hanno portato a confondere vita professionale e vita familiare. In tale contesto risulta molto difficile monitorare il carico di lavoro.

I dirigenti sono particolarmente coinvolti da queste trasformazioni non solo perché le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione non consentono di separare vita familiare e vita professionale, ma anche perché la natura del lavoro dirigenziale può implicare un coinvolgimento personale difficile da misurare.

I sociologi hanno anche mostrato l'evoluzione delle funzioni dei dirigenti. La capacità di mettere «l'uomo giusto al posto giusto» non è più così importante come l'abilità di promuovere iniziative e sviluppare la conoscenza, in un sistema di controllo meno rigido (l'autonomia e la responsabilità non è più riservata ai soli dirigenti) ⁽³⁾.

Strettamente connesso a tale fenomeno è poi il problema della sofferenza e dello stress, connesso allo sviluppo di nuovi tipi di organizzazione del lavoro. I dirigenti sono sempre più le vittime di malattie e di incidenti causati dallo stress. Tale considerazione è stata alimentata poi recentemente da una serie di suicidi di quadri nelle più grandi società.

⁽³⁾ Vedi P. DIEUAIDE, *Les cadres d'entreprise: radiographie d'un groupe en mutation*, in *Économies et Sociétés*, 2002, série AB, n. 22, 8, Note de lecture, 1371-1378.

Altre questioni, sicuramente meno importanti delle precedenti, hanno riguardato specialmente la situazione dei dirigenti. Si pensi, ad esempio, alla situazione di lavoratori qualificati, giovani e meno giovani. Sebbene i più alti tassi di disoccupazione riguardino i lavoratori meno qualificati, sempre maggiore è l'attenzione verso la disoccupazione dei lavoratori qualificati.

Un ulteriore recente sviluppo nell'ordinamento francese riguarda il *whistleblowing*, ovvero la denuncia di pratiche illegali o anomale. La protezione dei dirigenti che rivelano pratiche societarie illegali è stata a lungo richiesta dai sindacati che hanno ottenuto, solo recentemente, una legge che garantisce la protezione legale per gli informatori che rivelano ipotesi di corruzione⁽⁴⁾.

Tale provvedimento recepisce peraltro delle soluzioni già presenti in giurisprudenza. Per esempio è stato affermato che un lavoratore non può incorrere in sanzioni disciplinari per avere rivelato informazioni concernenti pratiche anomale avvenute nella società, se ha agito in buona fede e senza l'intento di recare pregiudizio alla società⁽⁵⁾.

Si discute attualmente dell'estensione di tale protezione anche per la protezione dell'ambiente. Questo sulla base della considerazione che i dirigenti, più degli altri lavoratori subordinati, sono in grado di individuare pratiche illegali o anomale che possano pregiudicare l'esistenza della società ed, in fin dei conti, possono anche essere ritenuti responsabili di tali pratiche davanti al giudice penale.

Questi sono solo pochi esempi in grado di illustrare la particolare situazione dei quadri e dei dirigenti in un momento di profonda trasformazione del diritto del lavoro.

2. Nel *Code du travail* non viene specificata una definizione unitaria della categoria dirigenziale, in molti casi la nozione è utilizzata senza essere definita.

Solo in alcune discipline specifiche si è tentato di fornire qualche definizione.

Così per le disposizioni del *Code du travail* sull'elezione dei rappresentanti dei lavoratori nel *Conseil de Prud'Hommes*, i *cadres* sono quei lavoratori, con competenze tecniche, amministrative, legali, commerciali o finanziarie, ai quali il datore conferiva poteri da esercitare sugli altri lavoratori. La giurisprudenza, tuttavia, ha messo in chiaro che laddove i dirigenti agiscano prevalentemente come datori di lavoro, partecipano alle elezioni come datori e non come lavoratori⁽⁶⁾.

Solo con la disciplina sull'orario di lavoro (legge n. 2000-37 del 19 gennaio 2000) la categoria dei dirigenti ha cominciato ad avere maggiore importanza. La riforma, che ha reso molto più visibili i dirigenti nel codice del lavoro, prende atto dell'eterogeneità di tale categoria scomponendola in tre sotto-categorie, recependo indicazioni provenienti dalla contrattazione collettiva.

La prima sotto-categoria è composta dai *cadres dirigeants*, per i quali non si applica la disciplina sull'orario di lavoro. Secondo il *Code du travail* essi sono quei soggetti «dotati di ampia responsabilità e autonomia nell'organizzazione del proprio orario di lavoro, che hanno un ampio potere discrezionale di scelta e che hanno diritto ad una retribuzione tra le più elevate nell'impresa in cui lavorano».

⁽⁴⁾ L. n. 2007-1598 del 13 novembre 2007, riguardante la lotta alla corruzione.

⁽⁵⁾ Cass. soc. 14 marzo 2002.

⁽⁶⁾ Vedi, per esempio, Cass. soc. 27 marzo 1984, in *Bulletin Civil*, 1984, V, n. 125.

La seconda è quella dei *cadres intégrés*, dirigenti cioè che sono considerati come tali dalla contrattazione collettiva e che hanno un orario di lavoro organizzato in maniera analoga a quello dei lavoratori che dirigono.

Il terzo gruppo, dei *cadres autonomes*, comprende i dirigenti individuati dalla contrattazione collettiva ai quali, però, non si applica l'organizzazione dell'orario di lavoro prevista contrattualmente.

La legge non definisce le ultime due sotto-categorie. La definizione è rimessa ai datori o alla contrattazione collettiva.

L'ultimo gruppo, quello dei *cadres autonomes*, è residuale: include tutti i dirigenti che non appartengono agli altri due gruppi. L'autonomia di tale ultimo gruppo non è individuata dalla legge, ma è, in un certo senso, presunta. La caratteristica principale consiste nell'impossibilità di determinare preventivamente e di monitorare l'orario di lavoro.

2.2. Un numero cospicuo di contratti collettivi contiene esplicite previsioni per i dirigenti.

Normalmente i contratti collettivi prevedono una nozione di *cadre* molto ampia, che ricomprende anche altri soggetti come gli ingegneri e gli impiegati con funzioni direttive.

Così, per esempio, il contratto del 1947, che ha creato un apposito sistema previdenziale per i dirigenti. Tale accordo ha avuto un ruolo particolare nella definizione della categoria dirigenziale perché ha costituito il punto di riferimento sia per le disposizioni sull'orario di lavoro sia per tutte le altre ipotesi in cui altri accordi si sono riferiti ai dirigenti.

La contrattazione, se da un lato comprende nella categoria dirigenziale diversi lavoratori, dall'altro scompone tale categoria in differenti gruppi, in relazione alla posizione gerarchica dei lavoratori. Molto spesso vengono individuati tre gruppi: i dirigenti all'inizio della carriera, quelli intermedi ed i *cadres supérieurs*. Un esempio è costituito dal contratto collettivo del settore automobilistico che da un lato definisce il dirigente come quel lavoratore che ha delle competenze ampie che richiedono un'elevata formazione e un potere direttivo sugli altri lavoratori e, dall'altro, scompone tale categoria in cinque gruppi.

2.3. La giurisprudenza spesso ha utilizzato le definizioni di dirigente date dagli accordi collettivi oltre che dalle disposizioni legislative.

In alcuni casi, sono stati individuati alcuni criteri per identificare la categoria dirigenziale: un elevato livello di formazione e competenza, l'autorità su altri lavoratori, ampie responsabilità ed un certo margine di autonomia sono stati considerati requisiti essenziali per appartenere alla categoria dei *cadres* ⁽⁷⁾.

È stato precisato poi che l'elevato livello di formazione richiesto non s'identifica necessariamente nel possesso di particolari titoli (laurea, master, ecc.); le ampie responsabilità richieste, secondo la giurisprudenza, sono legate all'esercizio di un potere decisionale che impegna la società (commercialmente, economicamente,

⁽⁷⁾ Vedi, per esempio, Cass. soc. 7 maggio 1991, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, 420, e Cass. soc. 13 ottobre 1992, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1992, n. 1224, che hanno considerato tali criteri cumulativi.

finanziariamente) ed agli obiettivi che ciascun dirigente deve raggiungere ⁽⁸⁾. L'autonomia implica che i dirigenti devono avere il potere di assumere decisioni in maniera indipendente o, almeno, di organizzare il proprio lavoro ⁽⁹⁾. Ad essi deve essere garantito un margine di discrezionalità tale da consentirgli di porre in essere azioni e di avere strumenti per portare a termine le loro missioni.

Vi sono poi altri criteri che possono essere utilizzati, anche se non sono da soli sufficienti a determinare l'appartenenza alla categoria. Si pensi, ad esempio, ai livelli di retribuzione, all'inquadramento nella contrattazione collettiva, alla applicazione di specifici sistemi previdenziali.

Nel caso in cui, poi, nel contratto individuale si sostenga che un determinato lavoratore è un dirigente, questi beneficia di tutti i diritti corrispondenti a tale *status*, anche se, di fatto, non sono soddisfatti tutti i requisiti previsti dalla contrattazione collettiva ⁽¹⁰⁾.

3. Particolarmente spinosa è la questione dei *top managers*, come il presidente o i membri del consiglio di amministrazione, ai quali, in aggiunta al diritto commerciale per il fatto che sono organi sociali, può anche applicarsi il diritto del lavoro. Tale soluzione può apparire sorprendente dal momento che presuppone la sussistenza di un vincolo di subordinazione, che comunque non si identifica in una dipendenza economica ma in una nozione giuridica legata alla sottoposizione del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro. Tuttavia la sussistenza della subordinazione per tali lavoratori è tutt'altro che ovvia, dal momento che essi esercitano svariate prerogative datoriali.

È necessaria, infatti, un'ampia nozione di subordinazione che è però potenzialmente in conflitto con il diritto commerciale: un contratto di lavoro è un ostacolo, ad esempio, a quella revoca, sempre possibile, del consiglio d'amministrazione.

La giurisprudenza ammette l'applicazione sia del diritto commerciale sia del diritto del lavoro ma a certe condizioni ⁽¹¹⁾: anzitutto l'attività che il dirigente deve svolgere come lavoratore subordinato deve essere specifica. Un contratto di lavoro richiede, infatti, una definizione delle mansioni che il lavoratore deve eseguire, dalla gestione della società e per le quali il lavoratore ha ricevuto specifico mandato ⁽¹²⁾. Inoltre tali mansioni devono essere eseguite sotto il controllo della società, in quanto datore di lavoro. Infine la retribuzione deve essere corrisposta solo per l'esecuzione di tali mansioni.

Nelle società a responsabilità limitata i dirigenti che non sono partner o che detengono solo una minoranza dei voti possono essere considerati lavoratori subordinati. Delle regole particolari sono state poste dal *Code de commerce* per le società per azioni. Secondo l'articolo L. 225-22 «un lavoratore può essere eletto come membro del consiglio d'amministrazione se vi sia un'effettiva attività lavorativa nella società. In tale caso, egli continua a beneficiare dei diritti previsti dal contratto di lavoro. In caso di violazione di tale previsione, la nomina è nulla. Il

⁽⁸⁾ Cass. soc. 6 luglio 1983, *Société CRIT c. Pringal*; Cass. soc. 28 marzo 1985, *Polyclinique d'Aubervilliers c. Perrion*; Cass. soc. 16 dicembre 1985, in *Bulletin Civil*, 1985, V, n. 613.

⁽⁹⁾ Cass. soc. 13 ottobre 1992, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1992, n. 1224.

⁽¹⁰⁾ Vedi specificamente Cass. soc. 17 luglio 1996, *Juris-Data* n. 003276.

⁽¹¹⁾ Vedi Cass. soc. 14 maggio 1998, in *Bulletin Civil*, 1998, V, n. 252.

⁽¹²⁾ Cass. soc. 22 maggio 1994, n. 94-41.787, *Juris-Data* n. 1995-001914.

numero dei membri del consiglio d'amministrazione che sono vincolati da un contratto di lavoro non può essere superiore ad un terzo dei membri del consiglio medesimo».

Nel caso in cui un dirigente venga assunto per dirigere una società controllata, la giurisprudenza ha ammesso, con spirito garantista, che il dirigente possa essere vincolato da un contratto di lavoro subordinato con la società capogruppo, anche se la sola missione è quella di dirigere la società⁽¹³⁾.

4. L'importanza della disciplina del rapporto individuale di lavoro dei dirigenti è cresciuta per effetto delle recenti evoluzioni del diritto del lavoro. Tale crescita non è solo visibile a livello legislativo ma è stata testimoniata anche dalla contrattazione collettiva, specialmente per quello che riguarda l'orario di lavoro. Vi sono stati orientamenti giurisprudenziali che hanno dato una particolare interpretazione delle norme lavoristiche proprio per la particolare situazione dei dirigenti.

4.1. Le procedure di assunzione dei dirigenti, in considerazione della particolarità dell'attività lavorativa che presteranno, è lunga e complessa. Molto spesso le società si rivolgono a specifici consulenti per la selezione del personale. Numerosi sono i test che vengono effettuati (anche di carattere psicologico e grafologico), tant'è che l'ordinamento francese, per limitarne il carattere intrusivo, ha previsto nel 1992 delle regole specifiche in grado di assicurare correttezza e trasparenza nelle procedure di assunzione (i metodi utilizzati e le informazioni richieste devono essere strettamente connessi alla verifica della capacità di ricoprire i posti di lavoro offerti, le informazioni a carattere personale non possono essere utilizzate senza il consenso dell'interessato).

Le disposizioni relative al periodo di prova sono per lo più previste dai contratti individuali. In genere il periodo di prova per gli *executive staff members* è piuttosto lungo (6 o 12 mesi). Recentemente la *loi de modernisation du marché du travail*⁽¹⁴⁾ ha previsto un massimo di 8 mesi (4 mesi rinnovabili una sola volta) per il periodo di prova dei dirigenti, così limitando i periodi più lunghi previsti dai contratti individuali o collettivi.

4.2. Nell'ultimo periodo la giurisprudenza si è trovata sempre più spesso a dover valutare previsioni del contratto individuale che conferivano al datore uno *jus variandi* molto, troppo, ampio. Gran parte di tali previsioni sono state annullate o, comunque, sono state considerate come abuso di potere o violazione della buona fede. In altri casi, poi, alcuni diritti fondamentali del lavoratore (come il diritto alla privacy) hanno consentito alla giurisprudenza di "forzare" la stretta applicazione delle previsioni contrattuali e tutelare i lavoratori. Naturalmente la giurisprudenza in tali valutazioni ha tenuto conto delle circostanze specifiche del caso, facendo riferimento, ad esempio, alla categoria del lavoratore (dirigente, impiegato, operaio).

Per un elevato numero di dirigenti, poi, il contratto individuale (o il contratto collettivo) prevede degli obiettivi specifici da perseguire. Il raggiungimento di tali

⁽¹³⁾ Vedi, per esempio, Cass. soc. 11 marzo 2003, D. 2003, 976.

⁽¹⁴⁾ L. n. 2008-596 del 25 giugno 2008.

obiettivi non produce effetti solo sulla retribuzione: un dirigente, infatti, può essere licenziato nel caso in cui non raggiunga gli obiettivi fissati; tali disposizioni, che non sono contrarie all'ordinamento francese, sono state temperate dalla giurisprudenza: non sempre il mancato raggiungimento degli obiettivi previsti dal contratto può essere il presupposto di un licenziamento⁽¹⁵⁾, il lavoratore deve essere messo in condizione di raggiungerli e può difendersi contro un eventuale licenziamento, provando che l'inadempimento è dipeso da fattori esterni (come la situazione di mercato, le condizioni delle società datrice, ecc.).

Ulteriori ipotesi sottoposte al vaglio del giudice hanno riguardato le condotte datoriali lesive dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Anche per i dirigenti, come per gli altri lavoratori, la libertà di espressione incontra dei limiti. I comportamenti che pregiudicano il funzionamento dell'impresa possono dar luogo all'irrogazione di sanzioni disciplinari⁽¹⁶⁾. La particolare posizione dei dirigenti, tuttavia, potrebbe giustificare una libertà di espressione ancora più ampia rispetto agli altri lavoratori. In un caso giurisprudenziale, un dirigente aveva aspramente criticato delle innovazioni nell'organizzazione della società in una riunione del consiglio di amministrazione. I giudici hanno ritenuto che tali critiche, che peraltro non costituivano nemmeno diffamazione, non potevano fondare un licenziamento.

I dirigenti hanno comunque un obbligo di riservatezza e così il fatto che un dirigente abbia criticato il *management* davanti agli altri lavoratori può costituire un abuso del diritto e legittimare sanzioni disciplinari e il licenziamento⁽¹⁷⁾.

4.3. La retribuzione dei dirigenti è fissata dal contratto individuale e da quello collettivo. Le previsioni contrattuali che consentono la modifica della retribuzione non sono vietate, ma la giurisprudenza ha ritenuto illegittime quelle clausole che possono essere modificate unilateralmente dal datore⁽¹⁸⁾. In tutti i casi, le variazioni *in pejus* della retribuzione non possono scendere al di sotto del minimo legale (SMIC).

Per quanto riguarda specificamente i *cadres*, la retribuzione viene, per lo più, stabilita forfettariamente e ciò comporta che le ore di straordinario prestate non siano retribuite. Tale soluzione tuttavia deve essere esplicitamente prevista dal contratto⁽¹⁹⁾.

Il *Code du travail*, con la sola eccezione dei *top managers* (*cadres dirigeants*), richiede che nel contratto siano previste le modalità di calcolo della retribuzione.

Per quanto riguarda infine il *quantum* della retribuzione occorre dar conto che nell'ordinamento francese sussistono due tendenze contrastanti.

Da un lato le recenti evoluzioni legislative hanno enfatizzato il concetto di parità di remunerazione per pari mansioni⁽²⁰⁾, dall'altro l'avvento della individualizza-

⁽¹⁵⁾ Vedi, per esempio, Cass. soc. 22 maggio 2001, n. 99-41970.

⁽¹⁶⁾ Cass. soc. 14 dicembre 1999, *Juris-Data* n. 004469.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc. 30 ottobre 2002.

⁽¹⁸⁾ Cass. soc. 14 giugno 2004, n. 01-43124.

⁽¹⁹⁾ Vedi, ad esempio, Cass. soc. 20 marzo 1997, *Juris-Data* n. 001424.

⁽²⁰⁾ Cass. soc. 23 ottobre 1996.

zione della retribuzione ⁽²¹⁾ ha stimolato la produttività dei lavoratori, soprattutto dei dirigenti.

Appare difficile conciliare l'individualizzazione della retribuzione ed il principio di parità di remunerazione per pari mansioni. Soprattutto quando entra in gioco l'elevata professionalità dei *managers*, il controllo giudiziale difficilmente si spinge a sindacare la discrezionalità del datore. I giudici francesi, nonostante il formale tributo dal 1996 al principio di parità di remunerazione per pari mansioni, sono restii a scrutinare tali poteri imprenditoriali.

4.4. La riforma dell'orario (1998-2000) ha ravvivato il dibattito sulla situazione dei *cadres*. La legge del 1998 aveva rimesso alle parti sociali la questione dell'orario di lavoro dei dirigenti. La legge del 2000 invece contiene al riguardo delle disposizioni sicuramente più considerevoli ed innovative.

Ulteriori interventi normativi si sono susseguiti (la *loi Aubry* del 2000 e la *loi Fillon* del 2003) ma la questione tuttavia resta molto complessa.

In generale si rende necessario ribadire che con la riforma dell'orario i dirigenti hanno cominciato ad essere considerati come una categoria unitaria di lavoratori.

Come accennato in precedenza, la legge distingue tra *cadres dirigeants*, *cadres intégrés* e *cadres autonomes*.

Alla prima categoria non si applica la disciplina sull'orario. Tale soluzione, ora consacrata a livello legislativo, è di derivazione giurisprudenziale ⁽²²⁾. I *top managers* hanno diritto solo a cinque settimane di ferie annue retribuite, come tutti gli altri lavoratori.

Il secondo gruppo comprende quei dirigenti la cui organizzazione del lavoro è simile a quella dei lavoratori del dipartimento o del gruppo a cui appartengono (si pensi, ad esempio, ai direttori di un servizio vendita o agli avvocati in uffici legali delle società). Due sono le condizioni richieste: l'orario di lavoro deve essere un orario collettivo e i dirigenti devono appartenere ad un gruppo, ad un team o ad un servizio. I *cadres intégrés* beneficiano della disciplina sull'orario ed hanno il lavoro straordinario retribuito. La legge consente, dunque, che l'orario di lavoro si basi sul numero di ore settimanali o mensili.

Il terzo gruppo è residuale. Tali dirigenti sono denominati anche *cadres au forfait* perché il loro orario di lavoro è organizzato in maniera forfettaria. Due sono le possibili modalità organizzative del lavoro (modalità che devono essere espressamente previste nel contratto di lavoro). La prima possibile organizzazione dell'orario è basata su un numero di giorni all'anno (*forfait annuel jours*). Tale sistema, per il quale è necessaria un'apposita regolamentazione collettiva, è riservato a coloro che possono autonomamente organizzare il proprio orario di lavoro (ad esempio consulenti, direttori vendite). Dal 2005 tale sistema è stato esteso anche a quei lavoratori che, pur non essendo dirigenti, non possono avere un orario predeterminato (ad esempio il personale direttivo).

La seconda opzione richiede la definizione di un certo numero di ore che devono essere calcolate annualmente, mensilmente o settimanalmente. Come è evidente

⁽²¹⁾ Vedi C. AUBERT, T. AUBERT-MONPEYSSEN, *L'individualisation de la rémunération: Approches économiques et juridiques*, CFE-CGC, Paris, 2005.

⁽²²⁾ Cass. soc. 21 ottobre 1999, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2000, n. 1471.

tale opzione riguarda quei lavoratori (ricercatori, specialisti, giornalisti) il cui orario è comunque monitorato.

La legge del 2000 ha dato ai *cadres autonomes* il diritto ad una riduzione dell'orario di lavoro. Si tratta di un diritto rilevante che consente, ai dirigenti, di agire nei confronti del datore allorché il loro orario di lavoro non sia stato ridotto o quando la retribuzione non sia corrispondente all'intensità del lavoro che devono effettuare ⁽²³⁾.

Quando l'organizzazione flessibile del tempo richiede un accordo collettivo, tale accordo deve specificare a quali gruppi di dirigenti si applica e gli elementi più rilevanti dell'orario, specialmente il numero di ore e di giorni all'anno. In tutti i casi ai *cadres autonomes* devono essere garantiti dei periodi di riposo minimo (11 ore continuative al giorno e 24 continuative a settimana). Si richiede, inoltre, quando l'organizzazione dell'orario avviene su base annuale, che il loro carico di lavoro sia monitorato.

Per quanto riguarda, infine, la remunerazione dello straordinario, molte sono le questioni aperte. La giurisprudenza ha costantemente affermato che i dirigenti, in quanto tali, non sono esclusi da tale remunerazione. L'autonomia e la libertà di organizzare l'orario non escludono una remunerazione per il lavoro straordinario. Sussiste però la grossa difficoltà di dimostrare tale orario straordinario, soprattutto nel caso in cui non esista una definizione dell'orario di lavoro ordinario.

4.5. L'ordinamento francese limita fortemente la possibilità per i datori di agire contro i propri lavoratori per i danni derivanti dalle condotte di questi ultimi. L'azione datoriale può avere successo solo se sono provati il dolo o la colpa gravissima del dipendente (*faute lourde*). Tale principio che è stato posto dalla giurisprudenza nel 1958 ⁽²⁴⁾ non è mai stato superato. Non vi sono poi regole specifiche per i dirigenti, che, però, più degli altri lavoratori, possono essere esposti ad azioni civili e penali promosse da terzi o da altri lavoratori.

Per quel che concerne la responsabilità penale, i dirigenti possono essere perseguiti quando hanno avuto deleghe di funzioni da parte del datore. E così, ad esempio, possono essere perseguiti per violazione delle norme sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a condizione però che la delega di poteri sia espressa, precisa, effettiva e accettata dal dirigente stesso ⁽²⁵⁾. Di recente stanno aumentando le azioni nei confronti dei dirigenti per *mobbing*.

Il *Code du travail* esclude, in linea di massima, la responsabilità civile del lavoratore. I datori sono responsabili delle condotte dei lavoratori, quando questi non abbiano oltrepassato i limiti corrispondenti alle loro funzioni (articolo 1384, § 5, del *Code civil*). Recentemente ⁽²⁶⁾, in giurisprudenza si è affermato che un lavoratore non può essere chiamato in giudizio da un terzo se ha agito nei limiti dell'incarico conferitogli dal datore. Vi sono state poi delle pronunce giudiziali che hanno temperato l'assolutezza di tale principio. Nel 2001, per esempio, in relazione a reati per i quali il datore abbia richiesto al lavoratore di tenere una con-

⁽²³⁾ Per un esempio, vedi Cass. soc. 31 ottobre 2007, n. 06-43.876.

⁽²⁴⁾ Cass. soc. 27 novembre 1958, in *Bulletin Civil*, 1958, IV, n. 1258.

⁽²⁵⁾ Vedi, per esempio, Cass. crim. 14 marzo 2006, in *Juris Classeur Périodique*, ed. Sociale, 2006, 1358.

⁽²⁶⁾ AP, 25 febbraio 2000, D. 2000, 673.

dotta illecita ⁽²⁷⁾, non è stata esclusa la responsabilità civile del lavoratore.

4.6. Nel caso in cui il recesso provenga dal lavoratore, la decisione deve essere chiara ed inequivoca. Nella verifica di tali requisiti la giurisprudenza è più elastica nelle ipotesi per i dirigenti in considerazione della loro formazione e professionalità.

Il periodo di preavviso che i dirigenti devono dare normalmente è più lungo rispetto a quello degli altri lavoratori. La legge non ne disciplina la durata del preavviso, la contrattazione, collettiva ed individuale, richiede di solito un periodo di preavviso che varia dalle tre alle sei mensilità.

Nelle ipotesi di licenziamento dei dirigenti, appare molto più semplice per i datori, in caso di controversie giudiziali riguardanti l'esecuzione del contratto, convincere i giudici della sussistenza di *cause réelle et sérieuse* giustificativa del recesso. Sarà più facile, ad esempio, convincere un giudice del fatto che un conflitto tra dirigente e datore e la perdita di fiducia conseguente a tale conflitto costituiscono un valido presupposto fattuale di licenziamento. La fiducia, che normalmente da sola non giustifica un licenziamento, nel caso dei dirigenti è un requisito fondamentale del rapporto di lavoro.

Quando il licenziamento avviene per motivi economici, il *Code du travail* prevede specifiche previsioni per i dirigenti, anche se nella sostanza non vi sono grosse differenze con gli altri lavoratori.

Non ci sono disposizioni specifiche sul preavviso di licenziamento dei dirigenti. Se non vi è l'integrazione di altre fonti il periodo è di tre mesi. Normalmente la contrattazione prevede un periodo che varia da tre a sei mesi.

4.7. I contratti collettivi ed individuali spesso prevedono limiti alla concorrenza per i dirigenti. Tali clausole sono state limitate dalla giurisprudenza al fine di evitare un'eccessiva compressione della *liberté du travail*. Dal 2002 tali limitazioni devono soddisfare tre condizioni: devono essere necessarie per proteggere gli interessi della società, devono avere un limitato ambito di applicazione (sia in termini spaziali che temporali) e devono essere a carattere oneroso.

Le limitazioni alla concorrenza derivano poi dal contratto di lavoro (obbligo di non concorrenza). Le maggiori questioni riguardano le attività personali del lavoratore esercitate nel medesimo settore dell'impresa datrice di lavoro.

Il licenziamento del dirigente motivato dalla violazione dell'obbligo di non concorrenza è difficile da ribaltare in giudizio. Qualche spiraglio potrebbe esserci se l'attività, afferente alla sfera personale del lavoratore, non reca pregiudizio alla società. In un caso deciso nel 2001 ⁽²⁸⁾ che riguardava un dirigente licenziato per aver svolto un'attività lavorativa parallela durante l'orario di lavoro e con il computer professionale – attività scoperta dal datore attraverso un file denominato “personal” – i giudici hanno accolto la domanda del lavoratore ma solo perché vi era stata violazione del diritto alla privacy.

⁽²⁷⁾ AP, 14 dicembre 2001, *Bull.* n. 2.

⁽²⁸⁾ Cass. soc. 2 ottobre 2001, *Nikon*, in *Bulletin Civil*, 2001, V, n. 291.

5. Già nel 1944 in Francia è stata creata una specifica organizzazione sindacale (CGC, diventata poi CFE-CGC, *Confédération Française de l'Encadrement-Confédération Générale des Cadres*) per la tutela degli interessi dei dirigenti che prioritariamente si è battuta per la retribuzione e la previdenza dei rappresentati. La CFE-CGC nel 2002 aveva tra i 130 ed i 140.000 iscritti. Gran parte dei membri di tale sindacato sono dirigenti ed ingegneri: tali ultimi lavoratori rappresentano quasi il 70% degli iscritti, la restante parte è poi composta da personale direttivo e tecnici. Il 65% degli iscritti possiede poi un elevato livello di formazione.

La CFE-CGC non è l'unico sindacato rappresentativo degli interessi dei dirigenti. All'interno della CGT (*Confédération Générale du Travail*) nel 1948 è stata creata l'UGIC (divenuta poi UGICT nel 1969). Analogamente nell'ambito della CFDT (*Confédération Française Démocratique du Travail*) è stata creata la CFDT-Cadres che rappresenta 70.000 ingegneri e dirigenti.

La CFE-CGC e, più limitatamente, l'UGICT e la CFDT rappresentano i dirigenti nella contrattazione di livello nazionale.

A livello aziendale, prima della riforma dell'agosto 2008, ciascun sindacato affiliato alla CFE-CGC era considerato rappresentativo e poteva, pertanto, beneficiare di tutti i diritti sindacali garantiti a livello aziendale. L'affiliazione alla CFE-CGC consentiva, in particolare, di nominare, nelle imprese con più di cinquanta dipendenti nell'unità produttiva, un *délégué syndical*, che ha il diritto di negoziare e firmare il contratto collettivo⁽²⁹⁾.

Oltre alla CGC, gli altri sindacati possono negoziare e firmare contratti collettivi aziendali che si applicano anche ai dirigenti. Molti contratti collettivi, infatti, prevedono disposizioni specifiche per i dirigenti.

Accanto alla rappresentanza sindacale vi sono forme di rappresentanza elettive. Ciascuna delle due forme di rappresentanza riveste un ruolo specifico ed esiste una connessione tra le modalità con cui i rappresentanti sono selezionati ed i poteri ad essi conferiti.

La principale funzione della rappresentanza sindacale attiene alla contrattazione collettiva e il principale potere è quello di sottoscrivere contratti.

I rappresentanti elettivi giocano un ruolo importante nelle procedure di informazione e consultazione. Due sono gli organi fondamentali, i *délégués du personnel* e i *Comité d'entreprise*.

I lavoratori eleggono i *délégués du personnel*, che hanno il compito di proporre rivendicazioni e richieste al datore. Come elettori, i dirigenti votano separatamente a patto che siano occupati nell'impresa almeno venticinque lavoratori. Esiste una speciale rappresentanza per la categoria dei lavoratori che include i dirigenti.

Se l'impresa occupa più di cinquanta lavoratori, in aggiunta ai *délégués du per-*

⁽²⁹⁾ Nel corso della pubblicazione del presente contributo è intervenuta la legge n. 2008-789 del 20 agosto 2008 (*portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail*) che ha fortemente limitato la rappresentatività presunta delle grandi confederazioni sindacali. Si è passati infatti da una *présomption irrefragable* di rappresentatività delle grandi confederazioni (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CFE-CGC) ad una presunzione semplice. La rappresentatività a qualsiasi livello di negoziazione deve essere provata (*principe de concordance*) attraverso sette indici: il rispetto dei valori repubblicani, l'indipendenza, la trasparenza finanziaria, un'attività sindacale almeno biennale, l'*audience*, l'influenza ed il numero degli iscritti.

sonnel, viene eletto anche un *Comité d'entreprise*. All'interno di tali comitati aziendali, il *Code du travail* richiede una specifica rappresentanza dei dirigenti, che dipende non solo dalla grandezza della società ma anche dal numero degli stessi dirigenti occupati. Se la società occupa più di cinquanta lavoratori, dei quali almeno venticinque sono dirigenti, i lavoratori "elettori" sono divisi in tre gruppi. Uno di tali gruppi è composto dai dirigenti e dagli ingegneri.

Lo stesso principio si applica per l'elezione del comitato per la salute e la sicurezza. A seconda dei lavoratori occupati nell'impresa, i dirigenti possono avere uno o più rappresentanti.

La giurisprudenza ha chiaramente evidenziato che i dirigenti che, rappresentando la società, esercitano funzioni datoriali nei confronti di altri dipendenti (ad esempio i direttori delle risorse umane) non possono partecipare all'elezione dei rappresentanti dei lavoratori.

Infine, per quanto riguarda poi lo sciopero, non esiste una disciplina specifica per i dirigenti. Il diritto di sciopero però è costituzionalmente previsto.

6. Gli organi che hanno giurisdizione per le controversie individuali di lavoro sono i *Conseils de Prud'Hommes*. Si tratta di organi composti in egual misura da rappresentanti elettivi dei datori e dei lavoratori. Dal 1979 tali organi sono divisi in cinque sezioni diverse, una delle quali riguarda i dirigenti.

I rappresentanti datoriali della sezione dei dirigenti sono eletti non solo dai datori medesimi ma anche dai *cadres dirigeants*, cioè da quei soggetti che, sulla base di una delega scritta, esercitano poteri datoriali in relazione ad un servizio, un dipartimento o uno stabilimento della società.

Tutti i dirigenti possono agire davanti al *Conseil de Prud'Hommes*, anche se votano come datori nelle elezioni.

I cadres nell'ordinamento francese – Riassunto. *Il saggio analizza la disciplina dei dirigenti nel diritto del lavoro francese. Dopo un'analisi dettagliata delle definizioni legali relative a tale gruppo di lavoratori, l'A. focalizza prima l'attenzione sul rapporto individuale di lavoro, con particolare riguardo alla disciplina dell'orario di lavoro, e poi sulla disciplina collettiva dei rapporti di lavoro.*

The position and function of executive staff members in French labour law (Article in English) – Summary. *This paper deals with the labour conditions of executive staff members in French labour law. After going into detail about terminology in the law to define this kind of employee, the paper focuses on individual labour law, in particular working time regulations, and then collective labour law.*

Le figure dirigenziali nell'ordinamento tedesco

Achim Seifert

Sommario: **1.** Premessa storico-sociologica. – **2.** Chiarimenti terminologici. – **2.1.** Il *leitender Angestellte* come lavoratore subordinato. – **2.2.** La definizione di *leitender Angestellte* prevista dalla sezione 5 del BetrVG. – **2.3.** Le altre definizioni. – **3.** Il rapporto individuale di lavoro. – **3.1.** L'assunzione. – **3.2.** La retribuzione. – **3.3.** L'orario di lavoro. – **3.4.** La responsabilità. – **3.5.** L'estinzione del rapporto di lavoro. – **3.6.** Le limitazioni della concorrenza. – **4.** La contrattazione collettiva ed il diritto di sciopero. – **5.** Le forme istituzionalizzate di rappresentanza dei lavoratori.

1. L'affermazione di figure dirigenziali (*leitender Angestellte*) è legata indissolubilmente a quella separazione in seno all'impresa tra proprietà e controllo, che è principale caratteristica del moderno diritto societario ⁽¹⁾. Questo sviluppo storico del capitalismo è avvenuto in Germania intorno alla fine del XIX secolo con l'avvento di grandi compagnie (come la Krupp, Thyssen e l'AEG), nelle quali è emersa la nuova classe sociale dei dirigenti. Tale nuovo gruppo è stato ben presto definito come il nuovo ceto medio, in aperto contrasto con quella vecchia rappresentata dai proprietari delle imprese. Una nuova borghesia la cui mentalità comunque era lontana dalla classe operaia e che aveva uno *status* giuridico piuttosto vicino a quello dei lavoratori autonomi.

Se si considera tale differenza di posizione sociale rispetto alla classe operaia e si pone mente al fatto che il diritto del lavoro tedesco era sorto per tutelare le condizioni di questi ultimi lavoratori al fine di limitare gli effetti della industrializzazione, non è difficile comprendere perché i dirigenti siano stati esclusi dalle previsioni del diritto del lavoro tedesco della fine del XIX secolo.

La legislazione sociale che nel periodo dell'Impero (1871-1918) ⁽²⁾ cominciò a muovere i primi passi non si estendeva ai dirigenti. I *leitender Angestellte* non furono destinatari né della riforma bismarckiana sull'assicurazione per gli infortuni del 1884, né dei sistemi previdenziali stabiliti per i lavoratori nel 1884 e per i datori nel 1911.

Senza esagerazione si può affermare che durante l'impero i dirigenti non erano stati considerati come un gruppo che necessitasse di una protezione sociale.

* *Professore di Diritto del lavoro, Johann Wolfgang Goethe-Universität di Francoforte. Traduzione dall'inglese a cura di Raffaele Galardi.*

⁽¹⁾ A.A. BERLE, G.C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, New York, 1932.

⁽²⁾ Per un'ampia analisi sui dirigenti in questo periodo storico vedi W. HROMADKA, *Recht der leitenden Angestellten*, C.H. Beck, Monaco, 1979, 91-108.

Tale impostazione fu seguita anche durante la Repubblica di Weimar (1918-1933). Così, per esempio, i dirigenti furono esclusi dalla legge sulla partecipazione dei lavoratori in azienda del 1920 (*Betriebrätegesetz*) e dalla regolamentazione dell'orario di lavoro del 1923, che fissò il limite giornaliero in otto ore di lavoro. In tale periodo però ci fu un importante segnale: i dirigenti proposero un proprio gruppo di interessi. Dopo la Prima Guerra Mondiale, infatti, furono fondate la Federazione dei dirigenti nell'industria e nel commercio (*Vereinigung der leitenden Angestellten in Handel und Industrie*, Vela) e la Federazione per il settore chimico e degli ingegneri *Bund angestellter Chemiker und Ingenieure* (Budaci). Questo sviluppo rappresentò un forte segnale dell'emersione, negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, dei *leitender Angestellte* come specifico gruppo sociale.

Nel periodo nazista (1933-1945), tali federazioni furono dissolte e sostituite dal *Deutsche Arbeitsfront*, che univa datori e lavoratori. Il *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* del 1934, la legge fondamentale del diritto del lavoro nazista, si basava sull'idea di una impresa intesa come comunità tra lavoratori e datore. I dirigenti furono considerati come lavoratori subordinati e le differenze normative con gli altri lavoratori scomparvero.

Nei primi due decenni della Repubblica federale tedesca, nel periodo del cosiddetto "miracolo economico", il legislatore tedesco proseguì l'impostazione legislativa antecedente al secondo conflitto mondiale: i dirigenti non furono rappresentati negli organismi rappresentativi dei lavoratori previsti nel 1952 né furono coperti dalla legislazione contro i licenziamenti del 1951.

Il clima cambiò verso la fine degli anni Sessanta a causa di rallentamenti nella economia che segnarono, nel 1967, la fine del *boom* economico tedesco. Molti dirigenti del settore industriale persero il loro lavoro e cominciò a manifestarsi la necessità di una tutela legislativa della categoria dirigenziale. Sulla scorta di tali mutamenti socio-economici, le federazioni dei dirigenti tentarono una battaglia per estendere ai loro rappresentati la legislazione protettiva sui licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*, KschG), e così, nel 1969, tale disciplina fu modificata ed estesa ai direttori generali ed agli altri dirigenti, che avevano il potere di assumere e di licenziare gli altri lavoratori.

Negli anni successivi, altre aree del diritto del lavoro furono estese ai dirigenti (ad esempio la legislazione sulla rappresentanza nei luoghi di lavoro).

Alcune osservazioni vanno svolte, ora, sulla rilevanza sociologica dei dirigenti in Germania. Secondo recenti stime dell'*Institut der Deutschen Wirtschaft* ci sono circa 500.000 dirigenti in Germania, corrispondenti all'1% dell'intera forza lavoro.

Tali stime si basano sulla sola nozione legale di dirigente prevista dalla sezione 5, § 3, del *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) del 1972.

2. Nonostante non sia esagerato parlare di un diritto del lavoro speciale per i dirigenti, non vi è una definizione legale unica della categoria. Vi sono due importanti nozioni che meritano di essere analizzate: la definizione prevista dalla sezione 5, §§ 3 e 4, del BetrVG e quella della sezione 12, § 2, del KschG. Prima, però, è necessario delimitare gli ambiti di competenza del diritto del lavoro e del diritto commerciale relativamente ai dirigenti.

2.1. Il diritto del lavoro è, per tradizione, il diritto del lavoro dipendente, in un sistema, come quello tedesco, basato sulla distinzione chiave tra autonomia e subordinazione. La subordinazione si identifica con il livello di dipendenza personale del prestatore che lavora *vis à vis* con il suo partner contrattuale. Gli indici di riferimento per la subordinazione sono la collaborazione nell'attività dell'impresa e la sottomissione al potere direttivo e di controllo del datore (in relazione al tempo, al luogo ed all'esecuzione della prestazione).

Alla luce di tali elementi, appare più che evidente che i dirigenti hanno un livello di dipendenza personale di gran lunga inferiore a quella degli altri lavoratori. I *managers*, comunque, sono sottoposti all'etero-direzione ed al controllo del datore e, per questo, sono stati considerati lavoratori subordinati ma con una importante eccezione: non sono lavoratori subordinati quei dirigenti che sono membri del consiglio di amministrazione dell'impresa o, anche, azionisti della società. Tali soggetti, infatti, rappresentano il datore e non sono personalmente dipendenti dal datore medesimo. In particolare la disciplina dei dirigenti delle società, quotate o meno, è regolata dal diritto commerciale.

Lo *status* dei *directors* è legato a due diversi rapporti. Il potere di rappresentare la compagnia è disciplinato dal diritto societario, lo *status* legale di dirigente è però legato al diritto dei contratti: il rapporto contrattuale deriva da un contratto di servizio per il quale, ai sensi della sezione 611 del BGB, non si applicano le regole del diritto del lavoro.

2.2. La definizione più importante di *leitender Angestellte*, di carattere inderogabile, è contenuta nella sezione 5, §§ 3 e 4, del BetrVG del 1972. Il paragrafo 3, sezione 5, enuclea tre differenti casi in presenza dei quali un lavoratore subordinato è dirigente. Sono dirigenti:

- 1) tutti quei soggetti che possono autonomamente assumere e licenziare i lavoratori nell'unità produttiva o nella divisione in cui lavorano. La dottrina richiede, però, che tale potere sia rilevante in relazione all'esistenza ed allo sviluppo della società⁽³⁾;
- 2) tutti gli agenti ed i dirigenti con considerevoli poteri che siano autorizzati o registrati secondo le modalità previste dal diritto commerciale;
- 3) tutti quei soggetti, con esperienze ed elevata formazione, che hanno una funzione rilevante per l'esistenza e lo sviluppo dell'impresa, indipendentemente dal fatto che essi abbiano un potere decisionale autonomo rispetto alle direttive del datore.

Tale ultimo gruppo ha destato numerosi problemi interpretativi finché, nel 1988, il legislatore è intervenuto, prevedendo quattro criteri formali per essere considerati dirigenti; così sono dirigenti:

- 1) coloro che sono stati considerati tali nelle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori e dei dirigenti o dalla giurisprudenza;
- 2) coloro che lavorano nella medesima posizione aziendale di altri dirigenti della società;
- 3) chi riceve una retribuzione corrispondente a quella dei dirigenti;

⁽³⁾ K. FITTING, G. ENGELS, I. SCHMIDT, Y. TREBINGEN, W. LINSENMAIER, *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung*, Handkommentar, Monaco, 2006, XXIII ed., sez. 5, § 337.

4) chi comunque riceve una retribuzione superiore al triplo di una soglia reddituale prevista dalla legislazione previdenziale.

2.3. Ci sono poi varie altre definizioni di dirigente, come quelle prevista dalla sezione 5, § 1, dell'*Arbeitsgerichtsgesetz* e dalla sezione 14, § 2, del *KschG*.

L'*Arbeitsgerichtsgesetz* esclude dalla competenza giurisdizionale dei giudici del lavoro quei soggetti che, in virtù del diritto commerciale o degli statuti societari, hanno il potere di rappresentare la società; la sezione 14, § 2, del *KschG* estende la disciplina sui licenziamenti anche ai rapporti di lavoro dei componenti del consiglio di amministrazione, degli amministratori delegati e degli altri dirigenti che sono autorizzati ad assumere e licenziare i lavoratori. Per tale ultima categoria si richiede che il potere sia rilevante in relazione all'esistenza ed allo sviluppo della società.

La ultima definizione appare identica a quella, già menzionata, del n. 1, della sezione 5, § 3, del *BetrVG*. In realtà tale ultima definizione è più restrittiva: è possibile infatti che un lavoratore con potere di assumere e di licenziare sia considerato dirigente ai sensi della normativa sui licenziamenti (*KschG*), mentre il suo superiore gerarchico, sprovvisto di tali poteri, non possa essere considerato dirigente ai sensi del *BetrVG*.

3.1. Non ci sono regole speciali per quanto riguarda l'assunzione dei dirigenti, che avvengono a seguito di interviste e questionari sui profili professionali dei candidati. In considerazione del fatto che i dirigenti rivestiranno funzioni di fiducia, è ovvio che le imprese abbiano un forte interesse a ricevere informazioni non solo sui profili professionali ma anche su altre circostanze personali e sui profili caratteriali. A garanzia dei diritti alla privacy del lavoratore, tutelati dal combinato disposto degli articoli 1, § 1, e 2, § 1, della Costituzione, l'ordinamento tedesco richiede che il diritto del datore di proporre domande nelle interviste o nei questionari possa essere esercitato solo in presenza di una giusta causa (*just reason*)⁽⁴⁾. Nel caso in cui al lavoratore vengano proposte domande lesive della sua personalità, questi può non solo rifiutarsi di rispondere ma addirittura *può mentire*. Nel caso però di risposta intenzionalmente sbagliata ad una domanda legittima, che abbia costituito un presupposto fondamentale per l'assunzione, il datore può ritenersi non vincolato dal contratto (sezione 123, § 1, del *BGB*).

Ovviamente anche la fase di assunzione è presidiata dal divieto di discriminazioni attualmente previsto dall'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006, che ha attuato le direttive comunitarie in materia.

3.2. La retribuzione del dirigente è divisa in una componente base ed in una variabile.

Per quanto riguarda la componente base, di solito, le parti del contratto prevedono una retribuzione corrisposta in 12 o 13 mensilità. Tale forma base, normalmente, viene rinegoziata ogni anno, tenendo conto, eventualmente, del tasso di inflazione.

La componente variabile, legata alle prestazioni o ai profitti, corrisponde statisti-

⁽⁴⁾ Vedi *ErfK/Preis*, *BGB* sez. 611, § 271.

amente ad una quota compresa tra il 25% e il 40% della retribuzione dei componenti del consiglio di amministrazione e ad una quota compresa tra il 25% e 30% per gli altri dirigenti.

La forma più importante di retribuzione variabile è quella dei *bonus*, normalmente legati ai risultati aziendali e/o a quelle individuali del dirigente. La corrispondenza di *bonus* per le prestazioni dei dirigenti è legata ad obiettivi fissati nel contratto di lavoro. Gli obiettivi da perseguire possono essere fonte di molti conflitti. Proprio per evitare potenziali conflitti le imprese molto spesso rimettono la valutazione della prestazione dei dirigenti ai loro superiori gerarchici e non a colleghi di lavoro. Un altro problema rilevante è che molto spesso gli obiettivi sono legati all'andamento generale della compagnia e, così, è possibile che gli sforzi individuali siano vanificati dal cattivo andamento dell'impresa medesima.

La giurisprudenza non ha avuto molte occasioni per chiarire i numerosi problemi legati agli obiettivi.

Il sistema dei *bonus* è ammesso solo al di sopra di determinate percentuali della retribuzione. Secondo la Corte federale del lavoro (⁵), le forme di retribuzione connesse alle *performances* o ai profitti, il cui ammontare sia determinato unilateralmente dal datore, sono ammesse a condizione che non rappresentino delle forme elusive della disciplina sui licenziamenti.

Un'altra forma variabile, soprattutto per quei soggetti dotati di altissima professionalità, è rappresentata dalla remunerazione sotto forma di azioni, ovvero dagli *stock options plans*. Occorre rilevare, però, che la crisi dei mercati azionari del 2001 ha fortemente limitato la rilevanza pratica degli *stock options plans*. L'attuale crisi finanziaria non può che aggravare tale tendenza.

3.3. La disciplina sull'orario di lavoro prevista dall'*Arbeitszeitgesetz* del 1994 non si applica ai dirigenti, così come definiti dalla sezione 5, § 3 del BetrVG (⁶).

L'esenzione prevista non significa, però, che i dirigenti non abbiano alcune regole minime in materia di orario di lavoro. Il datore, che può richiedere al dirigente un orario di lavoro più lungo di quello degli altri lavoratori, tuttavia deve rispettare il generale obbligo previsto a tutela della salute e sicurezza del lavoratore (sezione 618 del BGB). La stessa direttiva sull'orario di lavoro (93/104/CE) all'art. 17, § 1, consente la deroga alla disciplina sull'orario per i dirigenti, «nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori». Le previsioni sull'orario di lavoro non hanno generato un contenzioso rilevante.

3.4. L'ordinamento tedesco prevede limitazioni della responsabilità del lavoratore per i danni commessi nell'esercizio dell'attività sia nei confronti del datore sia nei confronti dei terzi. La questione assume una rilevanza maggiore per i dirigenti che, per definizione, hanno ampie responsabilità e dispongono di cospicue somme di denaro nell'esercizio delle loro funzioni.

Le limitazioni alla responsabilità sono state frutto di un'intensa attività interpretativa giurisprudenziale, la quale ha limitato la responsabilità del lavoratore dap-

⁵) *Bundesarbeitsgericht*, 21 aprile 1993, AZR 297/92, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1994, 476.

⁶) L'esenzione è in linea con l'art. 17, § 1, della direttiva n. 93/104/CE sull'orario di lavoro.

prima per le sole attività pericolose e solo per colpa grave ⁽⁷⁾ e poi per tutti i casi di responsabilità connessa al lavoro ⁽⁸⁾. Le limitazioni sono state ancorate alla sussistenza di un concorso di colpa tra lavoratore e datore, il quale è responsabile per il solo fatto di esporre il lavoratore al rischio di provocare danni.

Recentemente la Corte Federale tedesca ha enucleato quattro livelli di responsabilità. In caso di colpa lieve il lavoratore non è responsabile. In caso di *mittlere Fahrlässigkeit* (colpa intermedia), la responsabilità viene ripartita tra le parti in considerazione di tutte le circostanze che hanno causato il danno e delle conseguenze del danno medesimo (ad esempio, il grado di colpa, il carattere pericoloso dell'attività lavorativa, l'entità del danno, la retribuzione del lavoratore, la assicurazione del rischio, ecc.). In caso di dolo o colpa grave il lavoratore è integralmente responsabile, anche se c'è una forte tendenza giurisprudenziale a limitare la responsabilità del lavoratore, nel caso di colpa grave, se il danno è enorme e il risarcimento può nuocere gravemente alle condizioni economiche del lavoratore ⁽⁹⁾.

Sull'estensione di tale regime di responsabilità ai dirigenti vi è stato un contrasto giurisprudenziale. La Corte Suprema Federale, in alcune pronunce, aveva negato l'estensione ai manager di tale responsabilità limitata, in considerazione dell'ampio margine di autonomia che essi avevano nell'esecuzione delle prestazioni ⁽¹⁰⁾. Di contro, la Corte Federale aveva stabilito che ai dirigenti si applicassero i principi di responsabilità limitata da essa stessa elaborati ⁽¹¹⁾. Recentemente anche la Corte Suprema ha applicato tali principi ma solo per quei dirigenti che non sono componenti del consiglio di amministrazione ⁽¹²⁾.

In teoria uno degli strumenti che consentirebbe di limitare la responsabilità dei dirigenti nei confronti del datore potrebbero essere le *D&O Insurances (Director and Officer Liability Insurance)* ovvero le assicurazioni sulla responsabilità dei dirigenti contratte dal datore. Così, un dirigente che arrechi un danno al datore potrebbe essere ritenuto responsabile solo per i premi assicurativi non corrisposti dal datore medesimo. Nella pratica sono pochissimi i sistemi assicurativi previsti per gli alti dirigenti.

3.5. Per molto tempo è sembrato che l'applicazione della disciplina sui licenziamenti ai dirigenti avesse una scarsa rilevanza pratica, in considerazione del fatto che spesso le parti si accordavano per risolvere consensualmente il rapporto. La situazione è profondamente cambiata negli anni Novanta quando anche i dirigenti sono stati coinvolti in ampi processi di riduzione del personale ⁽¹³⁾.

La risoluzione per mutuo consenso è comunque molto importante nella pratica.

⁽⁷⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 25 settembre 1957, AP §§ 898, 899, n. 4.

⁽⁸⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 27 settembre 1994, AP § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, n. 103.

⁽⁹⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 25 settembre 1997, AP § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, n. 111.

⁽¹⁰⁾ Tra le tante, vedi *Bundesgerichtshof*, 14 febbraio 1985, IX ZR 145/83, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, 2194.

⁽¹¹⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 11 novembre 1976, 3 AZR 266/75, AP § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, n. 80.

⁽¹²⁾ *Bundesgerichtshof*, sentenza del 25 giugno 2001, II ZR 38/99, *BGHZ* 148, 167.

⁽¹³⁾ Vedi W. HRMADKA, *Kündigungsschutz für leitende Angestellte – Geltes Recht und rechtspolitische Überlegungen*, in H. OETKER, U. PREIS, V. RIEBLE, *50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, C.H. Beck, Monaco, 2004, 395.

Preliminarmente si ricorda che i dirigenti sono coperti dalla legislazione protettiva sui licenziamenti del 1969 (*Kündigungsschutz*). Nelle unità produttive con più di 10 dipendenti, il licenziamento, del dirigente o di qualsiasi altro lavoratore, richiede una giustificazione che, ai sensi della sezione 1, § 2, del *Kündigungsschutz*, può essere legata: a) alla persona del lavoratore (incapacità/inidoneità a svolgere la prestazione lavorativa, malattia, perdita dell'autorizzazione a lavorare in Germania richiesta agli stranieri); b) al comportamento del lavoratore; c) a ragioni economiche.

Nel caso in cui uno di tali requisiti sia soddisfatto, il licenziamento deve poi essere proporzionato nel senso che l'interesse del datore a mettere fine al rapporto deve essere superiore a quello del lavoratore a mantenerlo. La valutazione della proporzionalità del licenziamento deve tenere conto di tutte le circostanze concrete.

Per il personale dirigenziale, poi, a tale tipo di valutazione se ne affianca una ulteriore connessa al suo elevato livello gerarchico. Nei licenziamenti per motivi economici tale posizione nella gerarchia aziendale può essere fortemente svantaggiosa: si pensi, ad esempio, alla difficoltà di impiegare i dirigenti in altre mansioni per evitare loro il licenziamento oppure si consideri che, nella fase della scelta dei licenziandi nei licenziamenti collettivi, ben pochi lavoratori sono comparabili con i dirigenti. È evidente che la protezione delle figure dirigenziali in caso di licenziamenti economici è molto limitata rispetto a quella degli altri lavoratori.

Sebbene nell'ordinamento tedesco si preferisca in generale reintegrare il lavoratore ingiustamente licenziato e non compensarlo economicamente per la perdita del posto di lavoro, vi è un'importante eccezione, molto rilevante nella pratica: il giudice del lavoro può sciogliere definitivamente il contratto di lavoro a determinate condizioni a fronte di una richiesta espressa del datore o del lavoratore. Nel caso in cui la richiesta venga dal datore, il contratto può essere sciolto solo se il licenziamento è socialmente giustificato e non vi è alcun margine possibile per una proficua collaborazione tra le parti contrattuali⁽¹⁴⁾. La domanda del datore deve essere motivata e su di lui incombe l'onere di provare i fatti costitutivi della ragione di scioglimento. Tale forma di estinzione del rapporto non è gratuita per il datore che è tenuto a pagare un'indennità di fine rapporto, il cui ammontare è definito dal giudice entro i massimali stabiliti dalla legge⁽¹⁵⁾. In generale, il datore è tenuto a pagare tra il 50 ed il 100% della retribuzione mensile per ogni anno di servizio.

Nel caso di componenti del consiglio di amministrazione o comunque di dirigenti con potere di assumere e licenziare, la domanda del datore di scioglimento del rapporto non deve essere motivata⁽¹⁶⁾ e, così, l'obiettivo dell'ordinamento tedesco tendente a favorire la reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato, nel caso dei dirigenti, si risolve in una mera garanzia di corresponsione di una indennità. Tale riduzione di tutela è collegata all'imprescindibile rapporto fiduciario che deve sussistere tra dirigente e datore.

⁽¹⁴⁾ Sez. 9, § 2, del *Kündigungsschutz*.

⁽¹⁵⁾ La sez. 10 *Kündigungsschutz* prevede un massimo di 10 mensilità.

⁽¹⁶⁾ Sez. 14, § 2, del *Kündigungsschutz*.

In generale poi il recesso dal rapporto di lavoro richiede la forma scritta. Normalmente ad ogni recesso è collegato il pagamento di un'indennità finale che è calcolata sulla base di alcuni criteri fissati dalle sezioni 9 e 10 del *Kündigungsschutz*: età del lavoratore, anzianità di servizio, eventuali obblighi di mantenimento, situazione economica del datore. Salvo circostanze eccezionali, il datore paga un'indennità di fine rapporto pari al 50% della retribuzione lorda per ogni anno di servizio. Nel caso di dirigenti tale somma è più elevata: tra il 75 ed il 150% della retribuzione lorda per ogni anno di servizio.

3.6. Per quanto riguarda le limitazioni alla concorrenza nell'ordinamento tedesco sussiste un obbligo di fedeltà (previsto dalla sezione 60 del codice del commercio – *Handelsgesetzbuch*) del lavoratore che produce i suoi effetti in costanza del rapporto di lavoro.

Per la fase successiva al contratto, originariamente esisteva solo una previsione che riguardava il patto di non concorrenza per i lavoratori nel settore del commercio (sezioni 74 e 75 dell'*Handelsgesetzbuch*) che prima dalla giurisprudenza⁽¹⁷⁾ e poi dal legislatore nel 2004 è stata estesa a tutti i lavoratori.

Il patto di non concorrenza deve essere stipulato in forma scritta e deve essere temporalmente (massimo due anni) e spazialmente limitato.

Nei contenuti ci possono essere due tipi di clausole: le limitazioni possono riguardare una specifica attività, e dunque per il datore è possibile escludere che il lavoratore possa esercitare la stessa attività od una simile per un concorrente ma non altre attività; le limitazioni possono essere riferite ad alcune compagnie concorrenti, di conseguenza il lavoratore non può essere assunto per tutta la durata del patto.

Il patto di non concorrenza non è però vincolante per il lavoratore se non corrisponde ad un legittimo interesse commerciale del datore o se costituisce – considerando il corrispettivo che il datore versa – un inaccettabile ostacolo alla carriera del lavoratore (sezione 74a, § 1, dell'*Handelsgesetzbuch*).

È necessario che le limitazioni alla concorrenza siano bilanciate da un corrispettivo economico: il datore deve compensare il lavoratore per gli ostacoli alla carriera del lavoratore causati dal patto.

4. Ci sono varie organizzazioni che rappresentano, almeno in teoria, gli interessi delle figure dirigenziali. I maggiori sindacati appartenenti alla *Deutscher Gewerkschaftsbund*, DGB (la Confederazione Tedesca dei Sindacati), come per esempio il sindacato dei metalmeccanici o quello del settore dei servizi, non sono sindacati di mestiere ma di settore e rappresentano anche i dirigenti del relativo settore. Nella pratica però pochissimi dirigenti appartengono a sindacati che compongono la DGB. Molto più importanti sono quei sindacati che rappresentano specificamente i dirigenti, tra i quali il più rilevante è il *Deutscher Führungskräfteverband* (ULA)⁽¹⁸⁾, che copre diversi settori. Il *Bundesverband Führungs- und Führungsnachwuchskräfte in der Chemie* (VAA), che rappresenta i dirigenti nel

⁽¹⁷⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 13 settembre 1969, AZR 138/68, AP § 611 BGB Konkurrenzklauseln, n. 24.

⁽¹⁸⁾ Per maggiori informazioni vedi il sito www.ula.de.

settore chimico, ha 27.000 membri ⁽¹⁹⁾. La federazione *die Führungskräfte* rappresenta più di 18.000 dirigenti in tutti i settori ad eccezione di quello assicurativo. I dirigenti di tale ultimo settore sono organizzati nel *Bundesverband der Assekuranzführungskräfte* (VGA) ⁽²⁰⁾. La *Berufsverband Agrar, Ernährung und Umwelt* (VDL) ⁽²¹⁾ rappresenta 4.000 dirigenti nel settore agricolo. Vi sono poi organizzazioni minori tra le quali bisogna ricordare la *Magburger Bund* che rappresenta più di 110.000 medici, ed il *Vereinigung Cockpit* che rappresenta 8.200 piloti. I rappresentati da tali ultimi sindacati non rientrano nelle definizioni legali di dirigente prima analizzate, anche se sono comunque in possesso di elevate professionalità. Infine bisogna ricordare che in molte società, in passato a partecipazione statale (come la *Deutsche Post* e la *Volkswagen AG*), ci sono poi rappresentanti elettivi dei dirigenti che sono indipendenti dalle organizzazioni dell'ULA e che rappresentano i dirigenti nella fabbrica o nell'azienda.

Normalmente, però, le condizioni di lavoro dei dirigenti sono determinate non dalla contrattazione collettiva ma dal contratto individuale o, nel caso in cui ci siano organi rappresentativi dei dirigenti in fabbrica o in azienda, dagli accordi conclusi tra tali soggetti ed il datore. L'attività negoziale delle grandi confederazioni come la DGB e l'ULA è molto limitata. In special modo per l'ULA occorre rilevare che al momento non si registra alcuno sforzo politico diretto a rafforzare i poteri della contrattazione. L'unica eccezione è costituita dal settore della industria chimica, dove il *Bundesverband der Führungs- und Führungsnachwuchskräfte der Chemie und in angrenzenden Bereichen* (VAA), ovvero la associazione dei dirigenti del settore chimico ed affini, ha stipulato contratti collettivi con le rispettive associazioni datoriali. Recentemente si è poi sviluppata l'attività negoziale di alcuni piccoli soggetti sindacali non affiliati all'ULA come il *Marburger Bund* ed il *Cockpit*. Tale sviluppo però è stato criticato dalla dottrina, la quale si è interrogata sull'opportunità di mantenere il principio, di derivazione giurisprudenziale, secondo il quale un solo contratto collettivo (normalmente quello di settore) può esistere in ogni azienda, al fine di evitare l'atomizzazione della contrattazione collettiva nel sistema di relazioni industriali tedesco ⁽²²⁾.

Per quanto riguarda il diritto di sciopero, esso è strettamente connesso al contratto collettivo. In linea generale, i soli scioperi per fini contrattuali sono consentiti, a condizione però che rispettino i limiti del principio di proporzionalità ⁽²³⁾. Solo il diritto dei lavoratori di fare pressione economica sulla controparte datoriale rende possibile un bilanciamento dei poteri tra le parti contrattuali e rappresenta la *condicio sine qua non* per la conclusione di un buon compromesso tra gli interessi contrapposti. Questa è la ragione principale del perché il diritto di sciopero è considerato dalla giurisprudenza costituzionale un diritto fondamentale ai sensi

⁽¹⁹⁾ Per maggiori informazioni vedi il sito www.vaa.de.

⁽²⁰⁾ Per maggiori informazioni vedi il sito www.vga-koeln.de.

⁽²¹⁾ Per maggiori informazioni vedi il sito www.vdl.de.

⁽²²⁾ In particolare vedi M. FRANZEN, *Das Ende der Tarifeinheit und die Folgen*, RdA 2008, 193-205.

⁽²³⁾ Per un'analisi più dettagliata sul diritto di sciopero vedi M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour law in the Federal Republic of Germany*, § 493 ss.

dell'articolo 9, § 3, della Costituzione tedesca ⁽²⁴⁾.

Alla luce di questi principi si può sostenere che anche le associazioni dei dirigenti hanno il diritto di scioperare per il contratto collettivo di riferimento ⁽²⁵⁾. In teoria i dirigenti possono scioperare per il contratto collettivo che vogliono sottoscrivere con il datore o con le associazioni datoriali. Nella pratica tuttavia non vi è mai stato uno sciopero dei dirigenti, con la sola eccezione dello sciopero politico del 1988, durante il dibattito parlamentare relativo alla approvazione della legge di rappresentanza dirigenti (*Sprecherausschussgesetz*).

Emerge, dunque, che lo sciopero dei dirigenti rappresenta più una questione di rilevanza teorica che pratica.

5. Accanto alla contrattazione collettiva, che rappresenta solo un pilastro delle relazioni industriali, l'ordinamento tedesco prevede, come secondo pilastro, diverse forme istituzionalizzate di rappresentanza dei lavoratori. In tale secondo ambito si suole poi distinguere tra forme di rappresentanza nello stabilimento e forme di rappresentanza a livello aziendale, che fanno parte dei consigli di sorveglianza delle grandi società (*Aufsichtsratsmitbestimmung*).

Lo *status* dei dirigenti in tali forme rappresentative varia considerevolmente.

Le previsioni sui *Betriebsrat*, ad esempio, non si estendono ai dirigenti ai sensi della sezione 5, § 3, del BetrVG.

Nelle unità produttive con più di 5 lavoratori, il BetrVG del 1972 ha previsto che un *Betriebsrat* deve essere eletto dai lavoratori ⁽²⁶⁾. Tali consigli rappresentano l'intera forza lavoro, sindacalizzata o meno, dello stabilimento e sono legalmente indipendenti dalle organizzazioni sindacali, che in teoria non hanno sezioni sindacali sul posto di lavoro ⁽²⁷⁾. I *Betriebsrat* hanno vari diritti di partecipazione, come quelli di informazione, consultazione e cogestione. Tale ultimo diritto è particolarmente rilevante se si pone mente al fatto che esso normalmente rientra tra le prerogative datoriali. La cogestione poi investe vari e relevantissimi ambiti della stessa contrattazione collettiva come l'orario di lavoro, la previdenza, la selezione del personale ed anche questioni "economiche" relative a misure sociali in caso di chiusura di uno stabilimento. In tali ambiti i comitati aziendali hanno il diritto di concludere degli accordi con il datore (*Betriebsvereinbarungen*) che producono effetti diretti, ed inderogabili, sui rapporti di lavoro nello stabilimento. Come detto, i dirigenti sono esclusi dall'ambito di applicazione della legislazione relativa al *Betriebsrat* (BetrVG) e così non hanno alcun diritto di voto nelle elezioni dei consigli, dai quali non sono rappresentati. La ragione dell'esclusione risiede nella posizione gerarchica dei dirigenti, molto vicina al datore e quindi potenzialmente suscettibile di influenzare l'attività dei comitati medesimi.

Alla luce di tali premesse non sorprende che il BetrVG consideri i dirigenti solo

⁽²⁴⁾ Vedi, *Bundesverfassungsgericht*, 10 settembre 2004, 1 BvR 1191/03, AP GG Art. 9, n. 167; 4 luglio 1995, 1 BvF 2/86 et al., AP § 116 AFG, n. 4; 2 marzo 1993, 1 BvR 1213/85, AP GG Art. 9 Arbeitskampf n. 126.

⁽²⁵⁾ Vedi K.P. MARTENS, *Das Arbeitsrecht der leitenden Angestellten*, Wiesbaden and Stuttgart, 1982, 424 ss.

⁽²⁶⁾ Vedi M. WEISS, M. SCHMIDT, *op. cit.*, § 546-625.

⁽²⁷⁾ In pratica, però, più dell'80% dei membri dei comitati appartengono ad uno dei sindacati affiliati alla DGB.

nelle ipotesi in cui la loro posizione possa essere rilevante sulla forza lavoro rappresentata: e così, l'assunzione, il trasferimento e il licenziamento dei dirigenti devono essere comunicati preventivamente al *Betriebsrat*. Il BetrVg lascia la porta aperta ai dirigenti quando la competenza di questi ultimi può essere d'ausilio ai comitati. In tale contesto, la legge consente che anche i dirigenti possano essere membri del Comitato per gli affari economici (*Wirtschaftsausschuss*)⁽²⁸⁾ e che tale ultimo Comitato possa consultare i dirigenti in qualità di esperti.

Alcune specifiche forme di rappresentanza dei dirigenti nell'unità produttiva hanno cominciato ad essere richieste dall'ULA già negli anni Sessanta. Nonostante il supporto del partito cristiano democratico, neppure la riforma del BetrVg del 1972 affrontò la questione.

Negli anni successivi, però, varie imprese riconobbero delle forme di rappresentanza dei dirigenti a base volontaria (*Sprecherausschüsse*), in particolar modo nell'industria chimica. La Corte Federale del lavoro nel 1975⁽²⁹⁾ considerò legittime tali forme di rappresentanza a condizione che esse rappresentassero unicamente gli interessi di quei dirigenti che le avevano votate o che almeno le avevano riconosciute dopo le elezioni.

Contemporaneamente l'ULA continuò la sua battaglia per una regolamentazione legislativa di questi soggetti rappresentativi dei dirigenti, finché, dopo vari disegni di legge, la legge sugli organi rappresentativi dei dirigenti (*Sprecherausschussgesetz*) fu approvata nel giugno 1988.

Secondo tale legge, un organismo rappresentativo dei dirigenti può essere previsto in quegli stabilimenti con almeno 10 dirigenti. Tale organismo elettivo, il cui mandato dura 4 anni, deve collaborare con il datore in buona fede per il benessere dei dirigenti e dello stabilimento (sezione 1, § 1). L'organo rappresentativo ha come funzione principale la tutela degli interessi collettivi della categoria rappresentata, anche se non è esclusa un'attività di supporto agli interessi individuali del dirigente in relazione ai suoi rapporti con il datore.

Diversamente dal *Betriebsrat*, gli organi rappresentativi dei dirigenti vantano solo dei diritti di informazione e consultazione nei confronti del datore, ma non hanno alcun diritto di veto o di cogestione.

Il datore deve preventivamente informare e consultare i rappresentanti dei dirigenti per i cambiamenti sulla struttura delle retribuzioni e sulle altre condizioni di lavoro (sezione 30), per l'assunzione o il trasferimento di un dirigente (sezione 31, § 1). In caso di licenziamento di un dirigente è necessario un parere preventivo dei rappresentanti pena la nullità del licenziamento (sezione 31, § 2). Una volta all'anno, poi, il datore deve informare tali rappresentanti sulla situazione economica e finanziaria della società. Nel caso di modificazioni (economiche e societarie) con effetti anche sui dirigenti, il datore deve negoziare con i rappresentanti delle misure che riducano gli effetti sociali determinati dalle scelte imprenditoriali⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Il *Wirtschaftsausschuss* deve essere costituito nelle imprese con più di 100 lavoratori ed è composto dai rappresentanti del *Betriebsrat* e dal datore.

⁽²⁹⁾ *Bundesarbeitsgericht*, 19 febbraio 1975, *Aktenzeichen*, Der Betrieb 1975, 1320.

⁽³⁰⁾ Diversamente dal *Betriebsrat*, i dirigenti non possono agire giudizialmente per ottenere il rispetto delle misure sociali.

In tutti i casi, il datore ed i dirigenti possono siglare degli accordi (*Sprecherabschussrichtlinien*) su tutte quelle condizioni di lavoro dei dirigenti che possono essere previste da un contratto individuale di lavoro.

Tali accordi possono essere di due tipi: le parti possono prevedere che l'accordo abbia l'efficacia di un contratto e vincoli, pertanto, solo le parti e non direttamente i contratti individuali di lavoro; le parti possono conferire agli accordi efficacia diretta ed inderogabile (sezione 28, § 2) analogamente a quanto avviene per gli accordi stipulati dal *Betriebsrat* con il datore di lavoro (sezione 77, § 4, del BetrVG).

Nonostante la natura volontaria, tali accordi sono molto diffusi nella prassi, soprattutto nel settore dell'industria chimica. Normalmente essi regolano la struttura della retribuzione, i *fringe benefits* e sistemi previdenziali. Tali accordi spesso contengono previsioni in materia di preavviso di licenziamento o di indennità di fine rapporto, nel caso di licenziamenti collettivi. In alcuni casi le parti hanno addirittura concluso degli accordi di protezione del lavoro (*Standortsicherungsvereinbarungen*), che hanno escluso i licenziamenti dei dirigenti per determinati periodi di tempo⁽³¹⁾.

Accanto ai consigli di fabbrica, l'ordinamento tedesco prevede anche delle forme di rappresentanza a livello aziendale. La cosiddetta *Mitbestimmung* (cogestione) non si applica a tutte le società ma solo alle società a responsabilità limitata ed alle società per azioni.

La cogestione avviene normalmente nei consigli di sorveglianza delle grandi società. Ci sono tre differenti modalità di cogestione che variano in relazione sia ai settori economici sia alla grandezza delle società. La legge sulla partecipazione dei lavoratori prevede anche una forma di cogestione negoziata nella Società europea. La posizione delle figure dirigenziali varia notevolmente.

La più antica forma di cogestione è quella dei settori industriali del carbone, del ferro e dell'acciaio. Una legge del 1951 (*Montanmitbestimmungsgesetz*) ha previsto una quasi paritaria cogestione dei lavoratori nei consigli di sorveglianza delle società con più di 1.000 dipendenti⁽³²⁾. Da tale modello sono tuttavia esplicitamente esclusi i dirigenti che, pertanto, non hanno diritto di voto né alcun diritto di prendere la parola. Ai dirigenti non si applica nemmeno la legge del 2004 (*Drittelbeteiligungsgesetz*) che conferisce ai rappresentanti dei lavoratori solo un terzo dei seggi del consiglio di sorveglianza nelle imprese che occupano tra 500 e 2.000 lavoratori.

Riepilogando, gli interessi economici e sociali dei dirigenti non sono rappresentati nei consigli di sorveglianza ai sensi della legge sulla co-determinazione nelle industrie del carbone, del ferro e dell'acciaio e della legge sulla cogestione del 2004.

Contrariamente, la legge del 1976 (*Mitbestimmungsgesetz*) ha incluso, per i settori a cui si applica, i dirigenti nella forza lavoro rappresentata nei consigli di sorveglianza delle società. La relativa definizione di dirigente è quella prevista dalla

⁽³¹⁾ Per un'analisi più approfondita di tali *alliances for jobs* vedi A. SEIFERT, *Employment protection and employment promotion as goals of collective bargaining in the Federal Republic of Germany*, in *I-JCLLR*, 1999, n. 4, 343-363.

⁽³²⁾ Per maggiori informazioni vedi M. WEISS, M. SCHMIDT, *op. cit.*, § 211.

sezione 5, § 3, del BetrVG⁽³³⁾.

Il *Mitbestimmungsgesetz* si applica alle imprese con più di 2.000 dipendenti e garantisce ai lavoratori un numero di seggi nel consiglio di sorveglianza uguale a quello dei rappresentanti degli azionisti. Tale modello, apparentemente paritario, non influisce comunque sulla prevalenza, di fatto, dei rappresentanti del capitale all'interno dei consigli di sorveglianza. In caso di parità, infatti, il presidente, che normalmente è espressione del capitale, ha un voto doppio e così, di fatto, i lavoratori hanno sempre un voto in meno.

Il *Mitbestimmungsgesetz* non solo si applica ai dirigenti ma garantisce a questi ultimi un seggio, tra quelli riservati ai lavoratori, nel consiglio di sorveglianza (sezione 15, § 2). Il rappresentante delle figure dirigenziali deve essere eletto dai dirigenti delle società. Si tratta, come è evidente, di un atteggiamento di particolare favore per i dirigenti che ha un fondamento politico: il partito socialista, allora al Governo, per ottenere l'appoggio dei liberali, concesse loro un seggio nei consigli di sorveglianza.

Il movimento sindacale non ha visto con particolare favore tale concessione perché riteneva infatti che la rappresentanza dei lavoratori sarebbe stata depotenziata. La pratica però ha smentito tale previsione. In un recente studio condotto dal *Wissenschaftszentrum Berlin* è stato dimostrato che non c'è nella maggior parte dei casi una divergenza di interessi tra lavoratori e dirigenti, che votano tendenzialmente allo stesso modo.

Anche la legge sulla partecipazione dei lavoratori nella Società europea del dicembre 2004 (*Gesetz über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft*, SEBG), di attuazione della direttiva n. 2001/86/CE (che completa lo statuto della Società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori), fa riferimento ai dirigenti anche se la posizione di questi ultimi è più debole in confronto a quella della legge del 1976 (*Mitbestimmungsgesetz*). Si prevede che nelle delegazioni speciali di negoziazione, con più di 6 componenti provenienti dalla Germania, almeno uno dei componenti deve appartenere alla categoria dirigenziale.

Le figure dirigenziali nell'ordinamento tedesco – Riassunto. *Il saggio descrive le caratteristiche fondamentali del dirigente nell'ordinamento tedesco. Dopo una breve rassegna dell'evoluzione storica e sociologica della figura, viene analizzata la disciplina del rapporto individuale di lavoro del dirigente che, in linea di massima, è considerato un lavoratore subordinato. La seconda parte del saggio affronta la dimensione collettiva della figura, focalizzandosi in particolare sui sistemi istituzionalizzati di partecipazione dei lavoratori.*

Position and function of executive staff members in German law (Article in English) – Summary. *The paper provides an analysis of the position and function of executives in German law. After setting out the legal and sociological background, the paper deals with individual labour law of executives, that, in principle, are considered to be employees. The second part of the paper analyses collective labour law, focusing on the institutionalised system of worker participation.*

⁽³³⁾ Vedi § 2.2.

Il *personal de alta dirección* nell'ordinamento spagnolo

Manuel Luque

Sommario: **1.** Il contesto storico. – **2.** Chiarificazioni terminologiche. – **3.** Il rapporto individuale di lavoro. – **3.1.** L'assunzione. – **3.2.** La retribuzione. – **3.3.** L'orario di lavoro. – **3.4.** La responsabilità. – **3.5.** La cessazione del rapporto di lavoro. – **3.6.** Le limitazioni alla concorrenza. – **4.** I profili collettivi.

1. La nascita del diritto del lavoro in Spagna si colloca tradizionalmente tra il 1917 e il 1923 ⁽¹⁾ e proprio a questo periodo risale il primo riferimento normativo alla dirigenza. Si tratta, tuttavia, di un riferimento in “negativo”, nel senso che il diritto del lavoro si applicava agli operai ed agli impiegati, non ai dirigenti. Infatti, il regio decreto del 3 aprile 1919, nel fissare l'orario di lavoro giornaliero massimo a 8 ore, espressamente escludeva «direttori generali, dirigenti, e alti funzionari», peraltro in linea con l'Accordo n. 1 dell'ILO.

In modo analogo il Codice del lavoro del 1926 escludeva dalla competenza delle Corti industriali (oggi i tribunali commerciali/del lavoro) le controversie di lavoro riguardanti i dirigenti.

Questa tendenza all'esclusione è continuata durante la Seconda Repubblica, come dimostra la non applicabilità della legge sul contratto di lavoro del 1931 «ai direttori, dirigenti e alti funzionari delle società che, per la natura della loro funzione, per la loro competenza altamente tecnica, per l'importanza dei loro emolumenti e l'effettiva natura del loro lavoro, devono essere considerati come lavoratori autonomi» (articolo 7).

Nel 1976, ossia durante il periodo di transizione spagnolo ⁽²⁾, in occasione della promulgazione della legge sul lavoro, per la prima volta si fece menzione della condizione di lavoro del personale dirigente in una mozione sottoposta al governo, tuttavia rimasta inevasa. Infine, con l'avvento della democrazia, lo Statuto dei lavoratori ⁽³⁾ qualificò quella degli *altos directivos* come una *speciale* categoria di lavoratori.

* *Professore di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Università Pompeu Fabra di Barcellona. Traduzione dall'inglese a cura di Elena Cunati.*

⁽¹⁾ Anche in precedenza vi sono stati interventi normativi di “diritto del lavoro”, come ad esempio la *Ley Benot* sul lavoro minorile (1873) e la legge sugli infortuni sul lavoro (1900).

⁽²⁾ Si ritiene che tale periodo si protragga dalla morte del Generale Francisco Franco (22 novembre 1975) fino all'entrata in vigore della Costituzione spagnola (29 dicembre 1978).

⁽³⁾ L. 10 marzo 1980, n. 8.

Tale condizione venne poi positivamente normata solo con il regio decreto del 1° agosto 1985, n. 1382, disciplina che – in maniera piuttosto insolita per il diritto spagnolo – non è stata poi più modificata ⁽⁴⁾.

Come accaduto per altre speciali categorie di lavoratori ⁽⁵⁾, anche in questo caso si è posto il problema della compatibilità di tale disciplina speciale con il principio di uguaglianza (articolo 14 della Costituzione spagnola). La questione – seppure con un po' di esitazione – è stata risolta positivamente dalla Corte Costituzionale spagnola, che sostanzialmente ha ritenuto tale trattamento differenziato giustificato sulla base del legame di necessaria fiducia che intercorre tra il datore di lavoro e il dirigente ⁽⁶⁾.

2. Non v'è dubbio che l'aspetto più controverso della disciplina del *personal de alta dirección* consista nell'individuazione dei soggetti che effettivamente fanno parte di tale categoria. La nozione di dirigente assume infatti rilevanza in un duplice senso: da un lato, per distinguere il rapporto di lavoro dirigenziale da quello degli altri lavoratori; dall'altro, per distinguere il rapporto di lavoro dirigenziale da quello strettamente commerciale caratterizzato dall'assunzione del c.d. rischio d'impresa.

Così, l'articolo 1, comma 2, del regio decreto n. 1382/1985 stabilisce che «per *personal de alta dirección* si intendono quei lavoratori che esercitano poteri inerenti la titolarità giuridica e gli obiettivi generali della società, con indipendenza e piena responsabilità soggetta solo alle direttive impartite dalla persona o dagli organi di più alto livello gerarchico, responsabili per l'intera gestione ed amministrazione della società». Il terzo comma della norma esclude inoltre dal proprio ambito di applicazione coloro che svolgono «un'attività che sia limitata, puramente e semplicemente, alla mera esecuzione della carica di membro del consiglio di amministrazione o di membro degli organi di governo nell'ambito di società a responsabilità patrimoniale limitata».

In breve, da un lato tale dirigente si distingue da un lavoratore ordinario per il fatto che – sebbene sia egli stesso sottoposto ad un potere direttivo – il suo lavoro è limitato solo dalle istruzioni direttamente impartite dal consiglio di amministrazione; dall'altro, il suo rapporto con la società va qualificato come di lavoro e non commerciale, in quanto presta un'attività non autonoma ma per conto del datore di lavoro.

La Suprema Corte spagnola ha, poi, evidenziato tre criteri di definizione ⁽⁷⁾:

⁽⁴⁾ Va notato che la disciplina previdenziale dei dirigenti è stata meno lenta. Durante la Guerra Civile, alla categoria non solo venne estesa già la tutela del sussidio di famiglia secondo la legge del 18 luglio 1938, ma essa venne anche inclusa nel decreto del 1950 sul Mutuo Soccorso e, in particolare, nella legge di regolamentazione della sicurezza sociale del 19 dicembre 1963, che le riconobbe una protezione sociale simile a quella degli altri lavoratori.

⁽⁵⁾ Il riferimento va soprattutto a: personale domestico, detenuti, sportivi professionisti, agenti, lavoratori disabili occupati in speciali centri per il lavoro, lavoratori portuali e, dal novembre 2006, avvocati individuali o associati.

⁽⁶⁾ In proposito, vedi Corte Costituzionale, sentenze n. 79 del 1983, n. 35 del 1984 e n. 56 del 1988.

⁽⁷⁾ In merito, si rinvia a: Corte Suprema, 4 luglio 1999, n. 5067, e 18 dicembre 2000, n. 818. Lo stesso approccio è stato seguito dalla Corte Suprema di Madrid del 14 febbraio 2007, n. 2702 (Appello di seconda istanza) e dell'Andalusia del 14 febbraio 2007, n. 1587 (Appello di seconda istanza).

1) il criterio funzionale: sono *altos directivos* coloro che «esercitano poteri inerenti alla titolarità giuridica della società», indipendentemente dall'esistenza di un atto formale che ne prevede il potere di rappresentanza;

2) il criterio gerarchico: l'*alto directivo* svolge la propria attività «con autonomia e piena responsabilità limitate solo dalle direttive e dai criteri impartiti dalla persona o dagli organi di governo societari»;

3) il criterio oggettivo: i poteri di azione di tale dirigente devono fare riferimento a «gli obiettivi generali della società». Ciò significa che i poteri conferiti – oltre a riguardare aree funzionali di indiscutibile importanza per l'attività economica – devono normalmente riferirsi alla attività integrale o ad aspetti significativi degli obiettivi della società.

Deve concludersi che il parametro di differenziazione più esplicito tra rapporto di lavoro ordinario e quello del *personal de alta dirección* sia quello della subordinazione, nel senso che, per i dirigenti, tale condizione, forte per le restanti categorie di lavoro, è così lieve che in molte occasioni è scarsamente rilevabile e si manifesta solo quando questi debba riferire alla persona o all'organo di governo della società titolare dell'attività economica.

Pertanto, il fatto che l'*alto directivo* debba riferire ai più alti vertici della società (consiglio di amministrazione, direttore generale, amministratore delegato, ecc.) e a nessun altro dirigente o lavoratore è un fattore basilare per l'esistenza di questo speciale *status*.

Da tale requisito giuridico si deduce che ove il dirigente non vanti tali prerogative, per quanto possieda ampi poteri in una o in diverse aree (marketing, vendite, risorse umane, ecc.), questi non sarà un *alto directivo*, ma semplicemente un dirigente “ordinario” sottoposto allo Statuto dei lavoratori e alla legislazione ordinaria di diritto del lavoro.

Vi è poi il problema del “doppio vincolo”, che si presenta quando il dirigente sia anche membro del consiglio di amministrazione della società.

Le corti spagnole, in numerose occasioni, hanno cercato di qualificare il tipo di prestazione di coloro che combinano la carica di membri del consiglio di amministrazione (condizione che esclude la natura subordinata del rapporto, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, lettera c, dello Statuto dei lavoratori) con un formale contratto di lavoro da dirigente all'interno della società.

Nel dibattito, la maggior parte delle pronunce della Suprema Corte respingono la possibilità di un doppio vincolo, considerando che l'integrazione organica con il consiglio di amministrazione impedisce il mantenimento del legame come *alto directivo*. Il fondamento dell'esclusione sta non tanto nel tipo di compiti svolti dal soggetto, quanto nella natura del suo legame con la società. Perché vi sia lo speciale lavoro dirigenziale, è necessario che i compiti siano svolti da un *lavoratore in senso stretto*, circostanza che non si realizza se vengono adempiuti da un direttore nel corso di un incarico⁽⁸⁾.

Pertanto, per parte della giurisprudenza spagnola, l'esistenza di un rapporto di lavoro dirigenziale non è compatibile con la *governance*, come membro del consiglio di amministrazione, visto che lo *status* di lavoratore perde di sostanza in

⁽⁸⁾ In questo senso, per tutti, vedi Corte Suprema, 29 settembre 1988, n. 7143; 25 giugno 1989, n. 5916; 22 dicembre 1994, n. 10221; 16 giugno 1998, n. 5400; 20 novembre 2002, n. 2699.

quanto assorbito da quello di direttore, a sua volta assorbito da quello di amministratore della società⁽⁹⁾.

Ciononostante, una parte significativa della dottrina è critica circa il rifiuto dell'esistenza di questo doppio legame⁽¹⁰⁾: la tesi della Corte Suprema non rispetta né la lettera né la volontà della legge (articolo 1, comma 3, lettera c, dello Statuto dei lavoratori) e, in definitiva, trasferisce alle parti il potere di qualificare l'attività svolta, sicché alla fine sarà lo statuto della società a determinare se i poteri manageriali verranno esercitati sia dai membri del consiglio di amministrazione che dagli *altos directivos*, con rischio di violazione delle tutele previste dal diritto del lavoro.

Secondo la legislazione societaria spagnola, gli statuti possono infatti liberamente stabilire i mezzi e il modo in cui amministrare una società, così come i limiti dei poteri che possono essere conferiti dal consiglio di amministrazione ai terzi (dirigenti). Pertanto, nella pratica, ben si possono trovare *general managers* aventi i medesimi poteri dell'amministratore delegato nella gestione della società e viceversa.

Data questa situazione, secondo la linea espressa dalla Suprema Corte, la differenza tra il *directivo* e i membri di organi di governo della società non può fondarsi sul contenuto dell'attività, ma piuttosto sulla natura della relazione, nel senso che il vincolo commerciale prevarrà su quello di lavoro, tutte le volte che tali compiti sono svolti in contemporanea con la partecipazione.

Tutto questo con importanti ricadute sul lavoratore, tra cui, ad esempio, la esclusione della competenza dei tribunali del lavoro in caso di controversia, la esclusione del compenso ricevuto come membro del consiglio di amministrazione dal concetto di retribuzione e il necessario rispetto delle norme di diritto commerciale, la tassazione integrale dell'indennità eventualmente da corrispondere in caso di cessazione del rapporto.

Per questi motivi, alcune decisioni della Suprema Corte e delle corti di seconda istanza ammettono il "doppio vincolo" (commerciale/di lavoro) quando nello statuto le funzioni di direttore gestionale o commerciale sono distinte da quelle del consiglio di amministrazione della società, cosicché, in casi di duplice partecipazione al consiglio, non è impedito il mantenimento del rapporto di lavoro da dirigente.

La Corte Suprema ha sostenuto che «non si verifica una simile confusione quando negli statuti, la direzione è espressamente configurata, distinguendola dal consiglio di amministrazione della società e perciò i servizi resi meritano un contrat-

⁽⁹⁾ Uno degli esempi più recenti di questo orientamento si fonda sulla sentenza d'appello della Suprema Corte di Navarre (17 settembre 2007, n. 2976), ove si esamina il caso di un lavoratore avente un doppio *status* nella società in quanto *chairman* del consiglio di amministrazione e *general manager*, in aggiunta al possesso di una piccola percentuale di azioni della società ammontanti al 4,99%. Le parti avevano qualificato la prestazione come lavoro dirigente e il suo ruolo nel consiglio di amministrazione come non dirigente. La Corte ha invece concluso che l'esercizio del ruolo di *chairman* del Consiglio di amministrazione esclude la competenza dei tribunali del lavoro e qualifica la natura non dirigenziale dell'incarico.

⁽¹⁰⁾ Tra i tanti, vedi T. SALA FRANCO, *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Editorial Deusto, Bilbao, 1990.

to di lavoro dirigenziale»⁽¹⁾). Questo approccio è ribadito dalla decisione del 26 febbraio 2003.

Di recente, la pronuncia della Suprema Corte della Catalogna del 29 gennaio 2007, n. 2195, afferma che «un legame commerciale con la società datrice di lavoro come azionista e membro del consiglio di amministrazione non impedisce l'esistenza di un vincolo di subordinazione».

3. Superata la controversa individuazione della nozione di *alto directivo*, si impone una serie di rilevanti interrogativi relativamente alla dimensione individuale di questo speciale rapporto di lavoro.

A differenza del lavoro ordinario – caratterizzato da un considerevole interventismo giuridico e normativo e da un ruolo fondamentale degli strumenti collettivi – quando si esamina la disciplina relativa al *personal de alta dirección* si vede come essa riconosca un ruolo essenziale al contratto individuale.

In effetti, lo stesso regio decreto n. 1382 del 1985 afferma che «si è deciso di dare molto peso all'accordo tra le parti in questo tipo di relazione, come un elemento della configurazione del suo contenuto, spettando invece alla normativa stabilire il modello base degli aspetti da affrontare nel contratto e porre enfasi su questioni quali, per esempio, quelle relative alle cause e agli effetti della cessazione del contratto, riguardo a cui dovrebbe esservi un trattamento normativo maggiormente ampio, poiché le parti sono meno inclini ad accordarsi su questi aspetti».

Di conseguenza, non deve sorprendere che nella disciplina spagnola del dirigente le norme sui due aspetti alla base di ogni relazione di lavoro, ossia retribuzione ed orario di lavoro, siano scarse.

Sintetizzando, questo rapporto di lavoro è basato, come stabilito dall'articolo 2 del regio decreto n. 1382/1985, su «la reciproca fiducia tra le parti, le quali devono regolare l'esercizio dei propri diritti e dei propri obblighi sui presupposti della buona fede». Pertanto, l'articolo 3 dello stesso testo individua come fonti normative del rapporto la volontà delle parti e le disposizioni del regio decreto, cosicché quanto disposto dalle norme di lavoro ordinarie diviene applicabile solo quando espressamente stabilito dalle parti o per esplicito rinvio dello stesso regio decreto, divenendo sussidiaria la legislazione civile e commerciale, e non del lavoro, in ogni aspetto non regolato dalle parti o dal regio decreto.

⁽¹⁾ Cfr. sentenza del 13 maggio 1991, n. 3906. Con riguardo ad affermazioni dello stesso tenore fatte dalle corti di seconda istanza, vedi Corte Suprema di Madrid del giugno 2006, n. 3227, in cui il duplice ruolo è stato ammesso poiché «questo emendamento [delle norme statutarie] è implementato così che i diritti dell'attore non possono essere messi in pericolo alla luce della speciale natura del rapporto di lavoro dell'alta dirigenza [...]. I comportamenti della società sono conclusivi nel riconoscere l'esistenza di due categorie di lavoro separate [...]». Nello stesso senso, vedi Corte Suprema di Madrid, 28 giugno 2005, n. 2205, e 5 aprile 2005, n. 998. Ancora, la compatibilità è stata ammessa senza discussioni in fattispecie in cui i compiti di membro del consiglio di amministrazione sono simultanei con un rapporto di lavoro ordinario (Corte Suprema, 20 novembre 2002, n. 2699). Così, i giudici hanno ritenuto che la situazione differisce se il rapporto di lavoro è comune o ordinario, purché sia provato che la prestazione di lavoro è compatibile con una categoria di lavoro subordinato, sicuramente ove vi è un evidente elemento di subordinazione e un mandato da parte di un terzo.

Entro questo contesto di fonti del diritto, si esamineranno sei specifici profili: il processo di assunzione, la retribuzione, l'orario di lavoro, la responsabilità, la cessazione del rapporto di lavoro e le limitazioni alla concorrenza.

3.1. Per l'assunzione, la regola generale è che, salvo accordo contrario, il contratto si presume a tempo indeterminato (articolo 4 del regio decreto).

Il contratto deve essere stipulato in forma scritta, la violazione di tale prescrizione comporta, in aggiunta ad una sanzione amministrativa, la presunzione che il contratto sia a tempo indeterminato. La forma scritta è richiesta anche quando sia un lavoratore ordinario a svolgere funzioni dirigenziali nella stessa società o in un'altra del gruppo (articolo 9 del regio decreto).

A riguardo, la decisione della Suprema Corte del 14 febbraio 1990 ha stabilito che, sia nel caso di designazione originaria che in quello di promozione interna, il requisito della forma scritta sia richiesto solo *ad probationem*. Tale orientamento segue il principio generale dell'ordinamento della libertà della forma nella assunzione.

L'articolo 4.2 del regio decreto individua come contenuto minimo del contratto: a) l'identificazione delle parti; b) l'oggetto del contratto; c) la retribuzione stabilita, con la specificazione delle singole differenti somme dovute; d) la durata del contratto e «e) le rimanenti clausole richieste in questo regio decreto».

Infine, relativamente al periodo di prova, il comma 5 dello stesso articolo stabilisce che «in nessun caso può eccedere i nove mesi se il contratto è a tempo indeterminato». Ciò in deroga al termine di 6 mesi previsto per il lavoro ordinario.

3.2. In tema di retribuzione, le disposizioni del regio decreto sono piuttosto scarse e si riferiscono solo alla loro necessaria specificazione per iscritto ed alle garanzie in caso di insolvenza del datore di lavoro.

Come ricordato, l'articolo 4, comma 2, lettera c, prevede che il contratto deve includere il corrispettivo stabilito, specificandone le differenti componenti e le modalità di pagamento. La disciplina ordinaria – con particolare riferimento al salario minimo interprofessionale – non è applicabile nel caso di specie.

Tuttavia, l'articolo 15, comma 1, estende alla retribuzione dei dirigenti le garanzie salariali previste per il lavoro ordinario, nello specifico gli articoli 27.2, 29, 32 e 33. Tali norme devono poi essere completate con le altre previste nella legge fallimentare (legge 9 luglio 2003, n. 22).

Salvo tali accorgimenti, la società e il dirigente sono liberi di stabilire sia la struttura sia l'ammontare della retribuzione.

Tuttavia, nonostante la varietà di situazioni cui l'autonomia contrattuale ha dato vita, nella pratica ricorrono maggiormente le seguenti formule salariali: retribuzione-base; retribuzione variabile; *benefits* non monetari.

Un problema relativo ai *benefits* non monetari (ossia quelle utilità pagate in forma diversa dal denaro ma come corrispettivo della prestazione svolta) è quello dei criteri di valutazione applicabili. Essi vengono solitamente valutati sulla base del loro normale valore di mercato o del prezzo di costo, sebbene in alcuni casi la legislazione tributaria imponga regole particolari.

Ciò detto – e a prescindere dal fatto che la questione riguarda in generale il sistema salariale dei *managers* (siano o meno dirigenti) – va fatto breve cenno alle *stock options* e all'esistenza di contrasto in materia.

Generalmente, i sistemi tipicamente utilizzati per fidelizzare i soggetti con elevatissime professionalità sono: il trasferimento di azioni; la remunerazione correlata al valore delle azioni; le *stock options*.

Tale ultima ipotesi si realizza quando il titolare dell'impresa riconosce, in capo al dirigente, il diritto di opzione, da esercitarsi entro un periodo specifico e ad un prezzo predeterminato, per comprare un pacchetto azionario della società che potrà essere in seguito rivenduto con un incremento sul prezzo d'acquisto.

Anche se è noto che le *stock options* costituiscono un efficace strumento di gestione delle risorse umane, ciò non ha impedito un ampio dibattito giuridico su alcuni aspetti dell'istituto, in particolare sulla loro natura.

In proposito, si distinguono tre momenti rilevanti:

1) la garanzia dell'opzione: in questa fase, il dirigente è titolare dell'opzione di acquistare le azioni per un determinato valore monetario, che non viene considerato come retribuzione.

Le *stock options* possono essere concordate dalle parti nel contratto o garantite unilateralmente dalla società. Vi è la possibilità, anche se assai remota, che un diritto del genere sia previsto dagli accordi aziendali o collettivi.

Una volta previsto, il diritto di opzione può essere modificato od escluso solo con il consenso di entrambe le parti, secondo le condizioni stabilite nel contratto o dai principi generali (come, ad esempio, nel caso di cessazione del contratto di lavoro prima del suo esercizio).

2) l'esercizio dell'opzione: riconosciuta l'opzione, il dirigente può acquistare le azioni. È proprio in questa fase che le *stock options* acquistano maggiore importanza sotto il profilo salariale, poiché la differenza tra il prezzo pagato dal dirigente e quello di mercato delle azioni viene considerata come retribuzione, in linea con le decisioni della Suprema Corte del 24 ottobre 2001, 4 febbraio, 10 e 11 aprile 2002, 1° ottobre 2002 e 12 febbraio 2004.

Ciò può risultare importante a fini compensativi, in particolare con riguardo a quelle indennità (per "ingiusto" licenziamento del dirigente, dimissioni *ex* articolo 10, comma 3, del regio decreto, ecc.) che vengono calcolate tenendo conto solo della retribuzione in denaro e non anche dei *benefits* non monetari ricevuti.

Va detto che, sebbene la legislazione tributaria ritenga tale differenza di prezzo come un pagamento non monetario per le prestazioni rese, alcune corti – ed in particolare quella Suprema di Madrid – l'hanno considerata come retribuzione in denaro e non in natura. La questione è pertanto controversa.

3) vendita delle azioni: in questa ipotesi, va sottolineato che la differenza tra il prezzo pagato e la somma ottenuta per la vendita non va considerata come retribuzione, poiché il guadagno in conto capitale che il dirigente ottiene non ha diretta attinenza al lavoro svolto per la società. In ogni caso, è possibile che le parti stabiliscano a favore di quest'ultima un diritto di prelazione nel riacquisto delle azioni.

Quanto invece alle garanzie, la posizione del *personal de alta dirección* è assimilabile a quella del lavoratore ordinario, soprattutto per i seguenti aspetti: non confiscabilità della retribuzione per un valore pari al salario minimo interprofessio-

nale, che per il 2008 è di 8.400 euro all'anno (regio decreto 28 dicembre 2007, n. 1763); saldo e pagamento della retribuzione in maniera regolare e alla data e nel luogo concordato secondo gli usi e i costumi; crediti privilegiati – a determinate condizioni – sia che l'imprenditore-datore di lavoro sia insolvente o no.

Oltre a quanto sopra, il FOGASA (Fondo di Garanzia della Retribuzione – un ente autonomo vigilato dal Ministero del lavoro e degli affari sociali) copre la retribuzione in attesa di pagamento a seguito dell'insolvenza (giudizialmente accertata) dell'imprenditore, con garanzia limitata alla somma derivante dalla moltiplicazione del triplo del salario interprofessionale minimo giornaliero per i giorni non pagati, fino a un tetto di 150 giorni.

In società con meno di 25 lavoratori, se la cessazione del rapporto di lavoro è dovuta a ragioni obiettive o alla chiusura dell'attività o alla dichiarazione di insolvenza, la copertura del FOGASA può raggiungere il 40% dell'indennità legale (20 giorni per ogni anno lavorato con un massimo di un anno di retribuzione), assicurando tuttavia che non ecceda il triplo del salario interprofessionale minimo.

3.3. L'orario è senz'altro uno degli aspetti essenziali del lavoro. Relativamente al lavoro ordinario, è infatti stabilito un sistema pregnante con riguardo all'orario massimo giornaliero (9-12 ore) o settimanale (40 ore), al tetto massimo per lo straordinario (80 ore all'anno), al periodo minimo di riposo giornaliero (12 ore), settimanale (1,5 giorni su una media di 2 settimane) o annuale (30 giorni), al numero di festività per anno e, infine, alle disposizioni previste per altri tipi di permessi o per il diritto di conciliare i tempi di vita e quelli di lavoro.

In realtà, nessuna di tali previsioni si applica ai dirigenti per i quali l'articolo 7 del regio decreto stabilisce solo che «le ore di lavoro, inclusi i giorni e l'orario, le festività e i giorni di riposo, come i periodi dei permessi annuali, sono previste dalle relative clausole del contratto, purché esse non impongano obblighi sul lavoratore manifestamente eccedenti quelli consueti del settore professionale di pertinenza». Di conseguenza, solo ove il tempo di lavoro sia evidentemente abnorme rispetto al settore professionale di riferimento, sarà configurabile una situazione di conflitto tra la società e il dirigente, fatto questo che, nella pratica, generalmente non si verifica.

In ogni caso, si ritiene che la legislazione spagnola dovrebbe prevedere regole volte a garantire sia la salute che la sicurezza dei dirigenti, come il loro diritto di conciliare i tempi di vita e quelli di lavoro.

3.4. Sotto il profilo della responsabilità, la posizione del dirigente è identica a quella di ogni altro lavoratore ordinario, nel senso che eventuali responsabilità penali, disciplinari o civili possono nascere dalla loro attività professionale, mentre in nessun caso possono essere soggetti a responsabilità amministrativa.

Difatti, la legislazione spagnola in tema di responsabilità amministrativa derivante da inadempimento alle discipline lavoristiche (in senso lato) riconosce solo la responsabilità del datore di lavoro (persona fisica o giuridica) e non del lavoratore, a prescindere dal fatto che sia un dirigente (regio decreto legislativo 4 agosto 2000, n. 5).

Lo stesso vale in caso di possibili sanzioni per infortuni sul lavoro o malattie professionali derivanti dall'inosservanza delle normative relative alla prevenzione

dei rischi sul luogo di lavoro (articolo 123, regio decreto legislativo 20 giugno 1994, n. 1), in quanto entrambe le responsabilità cadono sul datore di lavoro.

La responsabilità dei dirigenti, che di base è analoga a quella degli altri lavoratori, può però estendersi in relazione alle specifiche attività e responsabilità che gli stessi assumono.

Sotto il profilo penale, il dirigente può essere ritenuto responsabile sia per attività connesse al contratto di lavoro sia per condotte legate all'esercizio di cariche societarie. Molti sono i casi di dirigenti ritenuti colpevoli di reati societari, falsi documentali, reati ambientali oppure concernenti salute e sicurezza sul luogo di lavoro, reati contro l'economia pubblica e la sicurezza sociale, bancarotta e sospensione di pagamenti, frode, appropriazione indebita, reati relativi al mercato ed ai consumatori o alla proprietà industriale o intellettuale, ecc.

Con riguardo alla responsabilità disciplinare, l'articolo 13 del regio decreto n. 1382/1985 stabilisce che «l'*alto directivo* risponde per le violazioni degli obblighi che derivano da tale peculiare rapporto di lavoro, sulla base di quanto previsto nel singolo contratto. Tanto le violazioni contestate quanto le relative sanzioni devono poter essere oggetto di verifica giurisdizionale. In ogni caso, tali violazioni non possono essere contestate decorsi 12 mesi dal momento in cui sono state commesse ovvero il datore di lavoro ne ha avuto conoscenza».

In considerazione della peculiare posizione del dirigente e della difficoltà oggettiva di identificare eventuali inadempienze di questa categoria di lavoratori, la disposizione in esame aumenta fino a 12 mesi il termine entro cui è possibile contestare eventuali violazioni, termine che per gli altri lavoratori è di 6 mesi.

Nelle ipotesi di condotta continuata – come in caso di ripetizione di atti della stessa natura compiuti per la medesima finalità (ad esempio quando un dirigente storna ogni mese parte dei profitti della società sul proprio conto corrente ovvero, sebbene abbia cessato la relativa condotta, continui a facilitare la divulgazione di informazioni riservate) – il termine prescrizione viene postposto al momento di cessazione della continuazione. In altre parole, finché la condotta continua non si prescrive.

Inoltre, eccezionalmente la prescrizione non inizia a decorrere da quando l'illecito è nascosto al datore di lavoro attraverso una condotta commissiva, o grazie all'attuale posizione di lavoro senza alcuna necessità di occultamento (così, ad esempio, nel caso in cui un *general manager* si appropri indebitamente del denaro della società, quando celi il fatto al consiglio di amministrazione alterandone i conti ovvero quando, pur senza alterarli, il consiglio non sia conscio di tale uso distorto).

Malgrado ciò, l'articolo 11 della legge sul processo del lavoro (regio decreto legislativo n. 2/1995) dichiara che ogni sanzione non stabilita dalla legge o dagli accordi collettivi è nulla. In proposito, si replica che il regio decreto n. 1378/1985 fa riferimento esclusivamente al licenziamento disciplinare e alla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione come strumenti per penalizzare gli *altos directivos*. Questo fatto, insieme con l'esclusione di tale gruppo di lavoratori dall'ambito di applicazione degli accordi collettivi (ove generalmente le condotte e le sanzioni sono tipizzate), significa che, tecnicamente, la sospensione e il licenziamento sono le uniche due sanzioni possibili a carico del dirigente, sebbene in pratica la so-

la misura imposta è il licenziamento disciplinare per infrazioni molto gravi (violazione di buona fede contrattuale).

In ogni caso, se il dirigente contesta la sanzione di licenziamento da parte della società, la questione potrà essere sottoposta al tribunale del lavoro che deciderà sulla fondatezza della stessa.

Per giungere a tale decisione, il giudice dovrà analizzare la violazione commessa dal dirigente e determinarne il livello di gravità nonché della colpa, al fine di accertare la proporzione tra la condotta sanzionata e il licenziamento. In altre parole, la gravità dell'offesa commessa deve riflettersi sulla sanzione, assicurando che sia stata irrogata una misura adeguata.

In caso di licenziamento dell'*alto directivo* – come per gli altri lavoratori – la società deve comunicarlo con lettera scritta, indicando la data di cessazione del rapporto e i motivi della decisione in modo sufficientemente dettagliato, così da individuare inequivocabilmente i fatti allo stesso addebitati anche ai fini di un'eventuale difesa.

In modo analogo al rapporto di lavoro ordinario, il licenziamento verrà dichiarato legittimo quando i fatti attribuiti al dirigente nella lettera siano debitamente provati. In ogni caso, tali infrazioni dovranno essere gravi e colpevoli in linea con la teoria gradualista. L'effetto del licenziamento porterà a ritenere terminato il contratto dal giorno indicato nella lettera. Il dirigente non avrà diritto a ricevere alcuna indennità ad eccezione di quella di disoccupazione.

In caso contrario, il licenziamento sarà dichiarato illegittimo: ciò si verifica quando i fatti allegati nella lettera non siano provati ovvero quando non sufficientemente gravi. Il giudice, in tali ipotesi, ordinerà alla società di pagare le somme previste nel contratto. Ove tali accordi non siano previsti, egli determinerà le somme dovute moltiplicando 20 giorni di retribuzione del dirigente per il numero di anni di servizio, con il limite di 20 mensilità.

In alternativa, quando il giudice permetta alle parti di riammettere il dirigente nel suo ruolo, l'indennità non sarà pagata. Salvo che le parti non riescano a pervenire ad un accordo.

Il licenziamento è invalido quando è dimostrato che sia avvenuto sulla base di una discriminazione proibita dalla Costituzione o dalla legge, ovvero se vi è stata una violazione di diritti fondamentali e delle libertà pubbliche del dirigente, come nel caso di gravidanza, maternità, congedi parentali o di discriminazioni di genere.

Gli effetti del licenziamento invalido sono, sostanzialmente, i medesimi di quello illegittimo; in aggiunta all'indennizzo dovuto a titolo di perdita del posto di lavoro, ad esempio quello stabilito nel contratto o dalla legge, può essere chiesta al giudice l'ulteriore condanna al pagamento dei danni sofferti a causa della discriminazione o della violazione dei diritti fondamentali del dirigente.

Infine, relativamente alla responsabilità civile, per il dirigente apicale non vi sono particolarità rispetto alla situazione del lavoratore ordinario, in quanto, in entrambi i casi, il diritto del lavoro riconosce sia la responsabilità civile del lavoratore nei confronti del datore di lavoro (articoli 1101 e ss. del codice civile) sia nei confronti dei terzi (articolo 1902 del codice civile), sebbene in questo caso risponda il datore di lavoro per i fatti commessi dai suoi ausiliari (articolo 1903 del

codice civile), salvo azione di regresso nei confronti del dipendente (articolo 1094 del codice civile).

3.5. Con riguardo alla cessazione del rapporto di lavoro, il regio decreto n. 1378/1985 individua tre diverse situazioni: recesso del dirigente, recesso del datore di lavoro e, in ultimo, il caso unico di cessazione dello speciale incarico dirigenziale ove preesistesse un rapporto di lavoro ordinario. A tali circostanze vanno aggiunte, dato il rinvio dell'articolo 12 del regio decreto, quelle previste dallo Statuto dei lavoratori, come il licenziamento disciplinare. Altre cause di cessazione del rapporto possono essere: i motivi stabiliti nel contratto ovvero la scadenza del termine ivi previsto; il pensionamento; gravi o totali invalidità permanenti del lavoratore o del datore di lavoro; situazioni discriminatorie.

L'ipotesi del recesso dell'*alto directivo* è disciplinata dall'articolo 10 del regio decreto. Tale recesso può avvenire per giusta causa: la legge stabilisce che tali circostanze non richiedono preavviso e conferiscono al dirigente il diritto alla indennità sostitutiva prestabilita ossia, in mancanza, ad una somma pari alla retribuzione di 7 giorni per anno di servizio, con il limite di 6 mensilità. Si pensi, ad esempio, alle modificazioni significative delle condizioni di lavoro pregiudizievoli per la dignità del lavoratore, al mancato pagamento o continui ritardi nella corresponsione della retribuzione concordata; ad ogni altra seria violazione delle obbligazioni contrattuali da parte del datore di lavoro, con l'eccezione della forza maggiore; al trasferimento di azienda o importanti cambiamenti nella sua titolarità, con l'effetto conseguente del rinnovo dei suoi organi di governo o del contenuto o dell'oggetto della sua attività, purché le dimissioni pervengano entro 3 mesi dai citati cambiamenti. Con riguardo a tale ultima eventualità, molto rilevante nella pratica, si fa riferimento all'ipotesi in cui vi sia un nuovo proprietario ovvero un avvicendamento nella titolarità del pacchetto azionario di controllo.

Tuttavia, una lettura approfondita della norma rivela che il trasferimento della proprietà o i suoi mutamenti, sebbene necessari, non sono sufficienti a giustificare la cessazione del rapporto per giusta causa, in quanto tale circostanza deriva sia dal rinnovo del consiglio di amministrazione sia degli organi di governo ovvero da cambiamenti nell'orientamento o nell'oggetto dell'attività commerciale.

La giustificazione per questo tipo di cessazione è basata sulla relazione di fiducia e sullo speciale legame tra gli alti dirigenti e le persone fisiche che esprimono la volontà del titolare (persona fisica o giuridica) dell'attività economica. Pertanto, tale cambiamento soggettivo diventa il fattore determinante per la fine del rapporto.

Ugualmente, è possibile la cessazione anche ove il dirigente sia in disaccordo con la nuova politica od oggetto dell'attività commerciale. Ciò si basa sull'interesse del lavoratore a preservare la propria "identità", riflessa nell'immagine pubblica della società, oltre a cui deve sussistere un certo grado di insicurezza derivante dal nuovo corso intrapreso. Tale insicurezza potrà acuirsi ove la sfera di azione della società sia ampliata fino a ricomprendere settori e mercati del tutto estranei al dirigente.

Infine, l'*alto directivo* deve analizzare e valutare le ripercussioni di tali cambiamenti entro 3 mesi da quando si sono verificati, senza dover prendere decisioni immediatamente. Tuttavia, in alcuni casi tale termine sembra essere troppo breve.

Allo scadere di questo periodo, che non ammette interruzioni, si presume che la nuova situazione si sia consolidata. Quanto alla precisa identificazione del *dies a quo*, stante l'ambiguità della formula legislativa, si può dire che il giorno iniziale sia quello in cui il cambiamento è diventato effettivo oppure quello in cui il dirigente ne è stato informato ovvero avrebbe dovuto esserlo, come in caso di pubblicazione dei registri societari.

Quando invece la cessazione non è il risultato di un grave inadempimento contrattuale subito, deve essere dato il preavviso di 3 mesi (fino a 6 in caso di contratto a tempo indeterminato o di durata superiore a 5 anni), pena il pagamento, a favore del datore di lavoro, di un indennizzo pari alla retribuzione corrispondente alla durata del periodo per cui l'obbligazione non è stata rispettata.

Obiettivo della disposizione è quello di contemperare le esigenze del dirigente con le ragioni della società, che potrebbero essere compromesse da un abbandono improvviso. Inoltre, l'obbligo di preavviso è una conseguenza del dovere di buona fede contrattuale (articolo 2 del regio decreto n. 1378/1985 e articolo 7 del codice civile).

Il riferimento per il calcolo dell'indennità economica è la retribuzione, nei suoi aspetti sia monetari che non monetari, che il dirigente avrebbe percepito se avesse continuato ad operare durante tale periodo. Ciò non riguarda il risarcimento dei danni causati dall'assenza di preavviso; la legge prevede una "configurazione bilaterale del preavviso", positiva perché abolisce il bisogno di determinazione giudiziale delle somme dovute. Tuttavia, dal punto di vista della società, tale misura è insufficiente in quanto il danno causato da dimissioni improvvise è raramente coperto dalla retribuzione dovuta per il periodo in cui il preavviso non è stato dato.

Oltre all'ipotesi di licenziamento basato su una comprovata grave violazione contrattuale da parte dell'*alto directivo*, il datore di lavoro ha il potere di recedere unilateralmente senza giusta causa, con il limite del preavviso e delle ricordate conseguenze in caso di inottemperanza.

Quando ciò si verifica, il dirigente ha diritto a ricevere l'indennità stabilita dal contratto; se non è prevista, la somma dovuta è di 7 giorni di retribuzione per anno di servizio, con il tetto di 6 mensilità.

Ovviamente, se la decisione del datore di lavoro è discriminatoria o viola diritti e libertà fondamentali, il licenziamento deve essere dichiarato invalido con gli effetti in precedenza richiamati (gli stessi relativi a quello illegittimo più il risarcimento del danno).

Quanto all'ultima ipotesi, l'articolo 9 del regio decreto stabilisce una norma di grande rilevanza nel caso in cui il dirigente fosse in precedenza un dipendente della società, poi promosso allo svolgimento di incarichi *de alta dirección* nell'ambito della stessa società ovvero nello stesso gruppo.

In tale caso, il contratto specifica se il nuovo rapporto di lavoro dirigenziale sostituisce quello ordinario oppure se rimane sospeso. Ove nulla sia espressamente stabilito, esso si intende sospeso. Pertanto, in questo caso, il dirigente avrà la opzione di tornare al lavoro ordinario, senza pregiudicare il suo diritto all'indennità, salvo ovviamente che il rapporto dirigenziale non si sia interrotto sulla base di un licenziamento disciplinare legittimo.

Ove tale ritorno alla posizione precedente non si verifichi, il lavoratore avrà diritto ad una somma per il licenziamento illegittimo relativo al periodo in cui ha svolto il lavoro ordinario, calcolato sottraendo il tempo in cui è stato dirigente e sulla base della retribuzione percepita in precedenza.

Se, al contrario, il contratto dirigenziale è sostituito da quello ordinario, questo avrà effetto solo decorsi 2 anni da quando la novazione è stata formalizzata, così da evitare l'immediata cessazione del contratto da dirigente e la conseguente perdita delle relative prerogative, essenzialmente con riguardo all'indennità.

3.6. In tema di restrizioni della concorrenza, i principali punti di riferimento sono le clausole di esclusiva, le clausole di permanenza e i patti di non concorrenza.

Con riguardo alle *clausole di esclusiva*, diversamente dall'articolo 22 dello Statuto dei lavoratori, l'esclusiva dedizione del dirigente alla società consiste in un'obbligazione o in un patto tacito, che non dà diritto a un indennizzo economico.

L'articolo 8, comma 1, del regio decreto stabilisce che «il personale dell'alta dirigenza non può avere un rapporto di lavoro con altre compagnie, salvo autorizzazione del datore di lavoro o quanto diversamente concordato per iscritto. L'autorizzazione si presume ove la relazione con un'altra società sia pubblicamente nota e non sia stata esclusa dal contratto di lavoro dirigenziale».

Ovviamente, la violazione di tale obbligo può portare al licenziamento disciplinare e non esime, se del caso, da un'azione per risarcimento del danno da parte della società.

Per quel che concerne le *clausole di permanenza*, l'articolo 8, comma 2, del regio decreto stabilisce che «quando l'alto dirigente ha ricevuto una formazione professionale specializzante a spese della società per oltre uno specifico periodo di tempo, ove previsto il datore di lavoro può chiedere il risarcimento del danno in caso di dimissioni del lavoratore prima del termine pattuito».

Diversamente dal lavoratore ordinario, per il dirigente non è prevista una durata massima della clausola. Tuttavia, stante la limitazione del diritto costituzionale al lavoro (articolo 35 della Costituzione spagnola), l'estensione della limitazione deve essere ragguagliata alla formazione ricevuta, insieme con lo specifico sviluppo dei progetti commerciali.

Come per il lavoro ordinario, l'interpretazione data alla «specializzazione professionale» è dubbia. Va detto che non possono ritenersi ricompresi tutti gli sviluppi professionali, ma solo quella formazione integrale e completa che fornisce capacità o miglioramenti qualitativi al dirigente al fine di svolgere specifiche attività o operazioni economiche. La validità di simili accordi va per tanto determinata caso per caso.

Le eventuali violazioni di tali clausole sono motivo di risarcimento del danno. Se la somma non è predeterminata o se il dirigente si rivolge al giudice per accertarne l'entità, le corti tendono a valutare principalmente i seguenti parametri: il costo della specializzazione, i danni all'operazione economica per cui è stata impartita (fallimento/ritardo), l'esigenza di formare o assumere nuovi lavoratori per portare avanti il progetto.

Quanto al *patto di non concorrenza*, non vi è una vera differenza tra l'articolo 21 dello Statuto dei lavoratori e l'articolo 8, comma 3, del regio decreto del 1985.

Entrambi richiedono: 1) l'esistenza di un serio interesse industriale o commerciale del datore di lavoro, 2) l'esistenza di un adeguato corrispettivo economico e, infine, 3) che la durata non ecceda i due anni.

Va sottolineato che, una volta che la clausola sia divenuta operativa, è necessario il comune accordo delle parti per eliminarla, mentre non è ammissibile la prassi societaria di modificarla od escluderla unilateralmente.

La Suprema Corte, nelle sentenze del 2 luglio 2003 e del 21 gennaio 2004, ha in particolare stabilito che il datore di lavoro non può riservarsi l'opzione, normalmente al momento della cessazione del contratto, di rendere il precedente patto di non concorrenza privo di effetti.

Con riguardo al requisito del «serio interesse industriale o commerciale del datore di lavoro», sono considerati meritevoli di tutela quegli aspetti relativi alla conservazione ed al miglioramento delle relazioni commerciali più importanti o alla protezione di informazioni rilevanti ai fini della concorrenza.

Insieme a questi tre tipi di patti, è consuetudine inserire clausole di riservatezza a tutela dei segreti aziendali. Tutte le informazioni, conoscenze o idee con valore concorrenziale – dal contenuto chiaramente originale e identificabile e dal potenziale concorrenziale – sono incluse.

4. Un argomento particolarmente controverso è quello relativo agli aspetti della tutela collettiva dei dirigenti, con riguardo a cui la disciplina legale è estremamente scarsa ed estremamente restrittiva.

L'articolo 16 del regio decreto n. 1382/1985 stabilisce che «senza pregiudizio ad altre forme di rappresentanza, il *personal de alta dirección* non può partecipare come elettore o candidato agli organismi rappresentativi disciplinati dal Titolo II dello Statuto dei lavoratori». In altre parole, è esclusa ogni possibilità per questi lavoratori di far parte di quelle associazioni che, in definitiva, contrattano con il datore di lavoro per giungere alla stipula degli accordi collettivi.

La Suprema Corte ha giustificato tale esclusione con il fatto che «quei lavoratori legati alla società da un rapporto di lavoro di natura così speciale che li priva della necessaria indipendenza per difendere gli obiettivi sindacali non possono partecipare a tali organismi rappresentativi né come elettori né come candidati»⁽¹²⁾.

Ciò non significa che tali dirigenti non abbiano diritto di associazione o di organizzazione sindacale, ma che è loro impedito di partecipare ad organismi rappresentativi di tutti i lavoratori e di utilizzare gli stessi come canale per ottenere migliori condizioni di lavoro.

La Suprema Corte ha pertanto ritenuto che i relativi diritti debbano essere tutelati attraverso forme di rappresentanza diverse da quelle proprie dei lavoratori ordinari, dal momento che questa esclusione «non significa che gli alti dirigenti sono privati della loro libertà di organizzazione sindacale, riconosciuta dall'art. 37.1 della Costituzione, ma che tale contrattazione deve essere svolta attraverso i loro propri specifici canali»⁽¹³⁾.

Per la giurisprudenza, l'esclusione non viola né il principio di eguaglianza né la libertà di associazione: «l'articolo 2, comma 1, dello Statuto dei lavoratori consi-

⁽¹²⁾ Cfr. sentenza del 22 ottobre 1987, n. 6902.

⁽¹³⁾ Cfr. sentenza del 15 marzo 1990, n. 2084.

dera al punto a) la speciale condizione degli alti dirigenti non inclusa nell'articolo 1, comma 3, lettera c, ed autorizza il Governo a regolare il regime giuridico di questo rapporto di lavoro per il periodo ivi stabilito, come modificato dall'articolo 1 della legge del 2 agosto 1984, di cui il regio decreto n. 1382/1985 fa parte [...]: per le ragioni indicate, tale disposizione non è in contrasto con la libertà di associazione di cui all'articolo 28 della Costituzione e soddisfa, senza superarne i limiti, la delega conferita al Governo dalle leggi di autorizzazione dello Statuto dei lavoratori».

Tutto quanto sopra non ha impedito la creazione di un importante “movimento” collettivo della “dirigenza” in senso ampio, ad esempio non solo costituito dai dirigenti ma anche da coloro che vantano una condizione di lavoro ordinaria ma svolgono funzioni direttive nelle società. Ciononostante, questo movimento è assimilabile più ad un'associazione economica che ad un sindacato.

Degne di nota sono la Confederazione Spagnola degli Alti Dirigenti (CEDE), fondata dall'Associazione Spagnola degli Alti Dirigenti (AED), e l'Associazione Spagnola dei Direttori Finanziari (AEEF), il cui obiettivo principale è organizzare le diverse associazioni dirigenziali e fornire loro la rappresentanza corrispondente al rilevante ruolo che svolgono nel sistema socio-economico, oltre ad incoraggiare la loro attività ed a coordinarne l'azione a vantaggio degli organismi confederati e dei loro membri. Dalla sua fondazione nel 1997, alla Confederazione hanno preso parte altre associazioni da diversi settori ed aree geografiche. Attualmente, la CEDE è un'organizzazione ad ombrello comprendente 42 associazioni e più di 75.000 dirigenti e sta raggiungendo un importante livello di rappresentatività, che prevedibilmente continuerà ad aumentare, anche in futuro.

Per quanto riguarda, infine, le forme di autotutela, vi sono rilevanti restrizioni al diritto di sciopero (articolo 28.2 della Costituzione spagnola e regio decreto n. 17/1977) a carico di specifiche categorie di lavoratori (corpo militare e penitenziario) e dei dipendenti pubblici (polizia, forze armate, guardia civile, giudici, tra gli altri). Tuttavia, nessuna esclusione è prevista per i dirigenti.

Il personal de alta dirección nell'ordinamento spagnolo – Riassunto. *L'A. presenta i principali arresti del diritto del lavoro spagnolo in merito alla posizione ed alla funzione dell'alta dirigenza. La recente normativa relativa alle condizioni di lavoro di questa categoria di lavoratori (1985) non ha smorzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale su temi di grande rilevanza quali la natura di questo speciale rapporto di lavoro e la sua differenziazione rispetto al vincolo commerciale che lega i membri del consiglio di amministrazione alla società. L'articolo prosegue analizzando alcuni specifici aspetti della disciplina individuale e collettiva degli altos directivos.*

Position and function of executive personnel in Spain (Article in English) – Summary. *This paper provides an overview of the position and function of senior management in labour law in Spain. The regulation on the working conditions of these workers (1985) has not prevented legal scholars and case law from debating matters such as the nature of this special employment relationship and its differentiation from the business relation which links board members to the company. Moreover, the paper analyses some specific aspects of senior management in individual and collective labour law.*

I dirigenti nel diritto del lavoro giapponese

Hisashi Okuno

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Il contesto storico e sociologico. – **3.** Le definizioni. – **3.1.** I dirigenti nel *Labor Standards Act*. – **3.2.** I dirigenti nel *Labor Union Act*. – **4.** La disciplina del rapporto di lavoro. – **4.1.** L'assunzione. – **4.2.** La retribuzione. – **4.3.** La responsabilità. – **4.4.** Il licenziamento. – **4.5.** Le limitazioni alla concorrenza. – **5.** I profili collettivi. – **5.1.** I sistemi istituzionalizzati di partecipazione dei lavoratori.

1. I dirigenti, per certi versi, hanno un trattamento differenziato sul posto di lavoro. Non hanno diritto allo straordinario retribuito dal momento che non sono soggetti alla disciplina sull'orario di lavoro. Nella maggior parte dei casi, inoltre, ad essi non è permessa l'iscrizione ad un sindacato. Molte e significative sono le previsioni legislative che li escludono dal loro ambito di applicazione. Analizzando, però, nel dettaglio sia le disposizioni di legge sia lo *status* di fatto dei dirigenti si possono trarre delle conclusioni differenti: le definizioni legislative sono interpretate restrittivamente e le deroghe e le esclusioni previste hanno una portata limitata.

I dirigenti non hanno diritto a tutele speciali e distinte rispetto alla generalità dei lavoratori subordinati. Si assiste, inoltre, ad una tendenza espansiva del diritto del lavoro, per cui ai dirigenti si applicano quasi le medesime tutele previste per i lavoratori loro dipendenti (con la sola eccezione delle norme in materia di orario di lavoro). In altre parole, il diritto del lavoro giapponese, in linea generale, non considera i dirigenti come una categoria di lavoratori a sé stante.

2. Il sistema feudale in Giappone fu abolito solo nella seconda metà del XIX secolo, quando si insediò il governo *Meiji* nel 1868. Tale cambiamento fu fondamentale, tant'è che si è parlato di restaurazione *Meiji*. Tale Governo perseguì un'ampia politica di industrializzazione per garantire al Giappone la possibilità di confrontarsi alla pari con le altre potenze mondiali ed arginare la minaccia di colonizzazione. L'industrializzazione comportò anche numerosi problemi per i rapporti di lavoro, come per esempio quelli relativi alla durata (estremamente lunga) della giornata lavorativa, alle basse retribuzioni, alle condizioni insalubri di lavoro, alla schiavitù. Per migliorare le condizioni di lavoro, emersero i primi movimenti sindacali. Il 1897 vide la nascita del primo sindacato di mestiere per la

* *Professore associato, Facoltà di Giurisprudenza e Scienze Politiche, Rikkyo University, Giappone. Traduzione dall'inglese a cura di Ambra Barboni.*

rappresentanza degli interessi degli operai, sotto la guida di Fusataro Takano, un ammiratore dei primi movimenti sindacali statunitensi ⁽¹⁾. Tuttavia, proprio per l'assunzione di posizioni moderate e per il rifiuto del radicalismo operaio, le prime organizzazioni ebbero breve vita. Già nel 1900 il Governo emanò il *Security Police Act*, con il quale dichiarò penalmente perseguibili numerose attività sindacali ⁽²⁾. La repressione perdurò fino alla fine dell'epoca *Meiji* (1912) ⁽³⁾.

La repressione fu dovuta non solo alle preoccupazioni governative sui possibili disordini sociali ma anche ad una concezione, diffusa nei datori di lavoro, del rapporto di lavoro come relazione feudale. Tale concezione era legata alla storia del Giappone, che era stato una società feudale fino all'inizio della rivoluzione industriale; la popolazione non aveva dunque avuto occasione di entrare in contatto con i concetti di libertà ed uguaglianza sociale. Non deve sorprenderci dunque che la parte datoriale considerasse il rapporto di lavoro come una relazione tra un superiore, il datore di lavoro appunto, e un inferiore, il lavoratore, esattamente come i guerrieri samurai pretendevano fedeltà dal contadino che si sottometteva al proprietario terriero.

Tale visione, però, non emerse fino al primo dopoguerra.

Durante l'epoca *Meiji* e il primo periodo *Taisho* ⁽⁴⁾, infatti, l'intera categoria degli operai fu caratterizzata da un'ampia mobilità geografica ed occupazionale ⁽⁵⁾. Dal momento che i datori non erano in grado di gestire e controllare direttamente il mercato del lavoro interno, la gestione dei lavoratori (compresi il reclutamento e la selezione) fu affidata ai "caporali", ai capi-squadra nelle fabbriche ⁽⁶⁾. In questo periodo il mercato del lavoro interno non era ancora sviluppato e non era possibile per un datore instaurare una relazione stabile ed estremamente forte con i propri dipendenti, di tipo paternalistico.

La prima occasione, per i datori, si presentò poco dopo la prima guerra mondiale ⁽⁷⁾. Nel dopoguerra, l'economia giapponese entrò in recessione per via del crollo della domanda di materiali bellici e per la ripresa della produzione di beni in Europa. Dovendo fronteggiare tale situazione, i proprietari delle grandi imprese razionalizzarono la produzione, introducendo nelle loro aziende nuovi servizi e sistemi organizzativi, come la catena di montaggio, il sistema di produzione di massa e l'approccio scientifico per la gestione delle risorse umane. Ciò comportò una riduzione della necessità di manodopera specializzata ed un aumento, di contro, dell'offerta per lavoratori giovani e flessibili, maggiormente inclini ad adattarsi rapidamente alle nuove tecnologie e ai nuovi assetti organizzativi. A tale evoluzione si affiancò anche la necessità, per gli imprenditori, di provvedere personalmente alla formazione e all'addestramento dei neoassunti, come anche ad attuare politiche appropriate per il loro inserimento in azienda. I datori di lavoro

⁽¹⁾ K. OKOUCHI, M. HIROSHI, *Nihon Rodo Kumiai Monogatari Meiji* [Storia dei movimenti sindacali giapponesi in epoca Meiji], 1960, 57-58, 63. Takano andò negli U.S. nel 1886 e assistette ai movimenti sindacali, in particolare la creazione dell'*American Federation of Labor Id.*, 56-57.

⁽²⁾ Si veda K. HAMAGUCHI, *Rodo Ho Seisaku* [Legal Policy of Labor and Employment], 2003, 431-432.

⁽³⁾ K. OKOUCHI, *Nihon teki Roshi Kankei to Sono Dentou* [Labor Relations in Japan and Its Tradition], 29 Keizaigaku Ronshu 1, 1960.

⁽⁴⁾ L'epoca Taisho iniziò nel 1912 e durò fino al 1926.

⁽⁵⁾ K. OKOUCHI, *Nihon teki Roshi Kankei to Sono Dentou*, cit., 3.

⁽⁶⁾ Ivi, 4.

⁽⁷⁾ Ivi, 5.

iniziarono sistematicamente a sviluppare sistemi di reclutamento e di inserimento dei giovani, freschi di studi. È proprio all'interno di tale sistema formativo che i datori introdussero i "metodi di esercizio mentale", volti alla fidelizzazione dei dipendenti e ad incidere sulla leva motivazionale e sulle attitudini dei giovani⁽⁸⁾. Fu adottato un sistema retributivo ancorato al criterio dell'anzianità professionale ed accompagnato da ulteriori trattamenti integrativi, quali i sistemi previdenziali complementari e *fringe benefits*. Tali sistemi retributivi ed integrativi erano finalizzati sia a ridurre comportamenti opportunistici da parte dei lavoratori sia a coltivare e rafforzare la condivisione del senso di appartenenza aziendale. Tale sistema seguiva una logica feudale: l'impresa si prendeva cura dei lavoratori in cambio della loro fedeltà.

La recessione del primo dopoguerra alimentò anche le agitazioni sindacali e l'aumento delle controversie di lavoro. Per fronteggiare tali fenomeni, il governo iniziò a sentire il bisogno di intervenire per indirizzare le politiche di relazioni industriali, premendo per l'approvazione del *Labor Union Act* (LUA). Tutte le proposte di legge presentate in parlamento, persino il disegno che prevedeva una riduzione delle tutele sindacali ed un rafforzamento dei poteri di vigilanza e controllo governativi, si dovettero scontrare con una ferma opposizione della parte datoriale. Ogni tentativo governativo fallì, e dunque il LUA non entrò in vigore fino al secondo dopoguerra.

Un notevole strumento di resistenza alla sindacalizzazione fu rappresentato dai comitati d'impresa, istituiti dai datori nelle grandi imprese. Tali comitati erano composti da rappresentanti elettivi di tutti i lavoratori (inclusi i dirigenti)⁽⁹⁾ e, in origine, avevano la funzione di promuovere la comunicazione tra l'impresa e la manodopera, specialmente riguardo ai temi del sistema previdenziale o della sicurezza sul lavoro. Successivamente furono investiti anche di poteri consultivi su temi quali retribuzione ed orario di lavoro⁽¹⁰⁾. Il comitato fungeva dunque da strumento per ostacolare i sindacati e l'attività di concertazione⁽¹¹⁾ ed era anche funzionale a rafforzare l'unità tra il datore e il personale, quali parti di una stessa realtà aziendale.

I comitati poi, negli anni Trenta, furono considerati un importante strumento per stabilizzare le relazioni industriali e rispondere alla crescita della domanda di materiali bellici durante la guerra contro la Cina e successivamente contro le forze alleate. Nel 1940, il governo istituì l'organizzazione nazionale *La grande lega patriottica industriale giapponese* (*Dai Nihon Sangyo Houkoku Kai*). Sezioni federative furono istituite in ogni azienda, dove furono organizzati sia i datori che i lavoratori, contribuendo ad alimentare l'idea di unità. Contemporaneamente, quasi tutti i sindacati esistenti furono sciolti. Lo scioglimento della federazione e la re-introduzione dei sindacati avvenne solo nel secondo dopoguerra.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ I. HYODO, *Dai I Ji Taisengo no Roshi Kankei (1)* [Le relazioni Lavoro-Capitale dopo la Prima Guerra Mondiale (1)], 30-4 *Keizaigaku Ronshu* 15, 1960, 30-31; Y. NISHINARITA, *Kindai Nihon Roshi Kankei Shi no Kenkyu* [Studio sulle Relazioni contemporanee tra Capitale-Lavoro in Giappone], 1988, 205-206.

⁽¹⁰⁾ Y. NISHINARITA, *Kindai Nihon Roshi Kankei Shi no Kenkyu*, cit., 207-208, 209-212.

⁽¹¹⁾ K. OKOUCHI, *Nihon teki Roshi Kankei to Sono Dentou*, cit., 8; I. HYODO, *Dai I Ji Taisengo no Roshi Kankei (1)*, cit., 37; Y. NISHINARITA, *Kindai Nihon Roshi Kankei Shi no Kenkyu*, cit., 208.

La sconfitta del Giappone nel 1945 rese possibile il libero sviluppo del movimento sindacale. Infatti, nel solo mese di marzo del 1946, data di entrata in vigore del LUA, furono create almeno 3.000 sigle sindacali ed un milione di lavoratori vi aderirono ⁽¹²⁾. Nel 1949, il tasso di sindacalizzazione oltrepassò il 55% ⁽¹³⁾.

Una delle peculiarità delle organizzazioni sindacali che vennero a crearsi nell'immediato secondo dopoguerra fu il fatto che la maggior parte di esse aveva una struttura organizzativa su base aziendale, rappresentando tutti i lavoratori stabili (con rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) della singola impresa ⁽¹⁴⁾.

È stato sostenuto che le esperienze antecedenti al secondo dopoguerra menzionate sinora, quali gli insuccessi del movimento sindacale, le politiche imprenditoriali di fidelizzazione alla cultura aziendale, la presenza di organizzazioni di matrice nazionalista stabilite durante lo stato marziale, furono tutti fattori che contribuirono all'adozione della struttura organizzativa sindacale su base aziendale ⁽¹⁵⁾.

Un'altra importante caratteristica delle organizzazioni sindacali in quel periodo fu la compartecipazione alla stessa organizzazione sindacale sia di *blue collar* che *white collar workers*, inclusi spesso i dirigenti. Tale caratteristica è stata in parte la conseguenza del menzionato sindacalismo di impresa e in parte del processo di democratizzazione intrapreso durante l'occupazione degli alleati.

A tal fine, è importante rimarcare l'ampiezza del termine *employee* sia nel LUA che nella Carta Costituzionale. L'articolo 3 del LUA del 1945 definiva "lavoratori dipendenti" «coloro che vivono del loro compenso, salario o altre forme di reddito equivalenti, indipendentemente dal tipo di occupazione». Dunque, ogni salariato è tutelato dal LUA ⁽¹⁶⁾. Tale estesa definizione di lavoratore subordinato nella disciplina dei rapporti collettivi di lavoro è ereditata dalla nozione di lavoratore contenuta nell'articolo 28 della Costituzione del Giappone. Questo sancisce il diritto di organizzazione, contrattazione ed azione collettiva. L'adozione della nozione estensiva di lavoratori dipendenti nel LUA da parte della carta costituzionale implica un'applicazione della garanzia costituzionale senza dubbio inclusiva sia della generalità dei lavoratori dipendenti sia dei ruoli manageriali ⁽¹⁷⁾. Anche l'articolo 3 del LUA, ad oggi in vigore, eredita tale definizione.

Da un punto di vista sociologico occorre rilevare che il sistema formativo giapponese non contempla percorsi mirati per la formazione del personale manageriale. Non esiste alcun sistema paragonabile alle *grandes écoles* francesi. Le aziende assumono neolaureati direttamente attraverso il canale universitario, come poten-

⁽¹²⁾ K. NIMURA, *Kigyo Betsu Kumiai no Rekishi teki Haikei* [Le premesse storiche del sindacalismo d'impresa], 303 Kenkyu Shiryo Geppo 2, 1984.

⁽¹³⁾ Si veda T. ARAKI, *Labor and Employment Law in Japan*, Japan Institute of Labor, Tokyo, 2002, 164.

⁽¹⁴⁾ Si veda K. NIMURA, *Kigyo Betsu Kumiai no Rekishi teki Haikei*, cit. 4, che cita K. OKOUCHI *et. al.*, *Sengo Rodo Kumiai no Jittai* [La realtà dei movimenti sindacali nel secondo dopoguerra] e di I. SUEHIRO, *Nihon Rodo Kumiai Undo Shi* [La storia dei movimenti sindacali in Giappone].

⁽¹⁵⁾ Si veda K. OKOUCHI, *Nihon teki Roshi Kankei to Sono Dentou*, cit., 1-12; T. ARAKI, *Labor and Employment Law in Japan*, cit.

⁽¹⁶⁾ TOKYO DAIGAKU RODO HO KENKYU KAI (ed.), *Chusyaku Rodo Kumiai Ho (Jyo)* [Commentary on the Labor Union Act (vol. 1)], 1980, 222-223.

⁽¹⁷⁾ *Rodo Kumiai Ho*, legge n. 174/1949, traduzione inglese disponibile sul sito www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data2.html.

ziali candidati per ruoli manageriali, e provvedono alla loro formazione durante il rapporto di lavoro. Inoltre, non esiste alcun ordine o associazione che rivesta un ruolo tanto rilevante nella formazione dei dirigenti, tale da alimentare la nozione della netta separazione tra questa categoria ed il resto dei prestatori di rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Ciò rende labile, nella rappresentazione comune, la distinzione tra l'impiegato e chi ricopra ruoli manageriali. È anche interessante notare come chi ha ricoperto ruoli di rappresentanza sindacale venga spesso nominato manager durante il corso della propria carriera; dunque la militanza sindacale è considerata uno dei canali di accesso alla carriera manageriale.

3. In questo paragrafo saranno analizzate le definizioni giuridiche di dirigente in Giappone, i.e. «personale con funzioni manageriali o di supervisione» per il *Labor Standards Act* (LSA) ⁽¹⁸⁾ e «dipendenti in posizioni di supervisione», come una sotto-categoria di «coloro che rappresentano gli interessi datoriali», per il LUA ⁽¹⁹⁾. Dal momento che entrambe le nozioni giuridiche presuppongono la subordinazione, anche tale concetto sarà brevemente analizzato con particolare riguardo alla distinzione tra *top management* e lavoratore subordinato. Nella trattazione assumerà rilevanza anche l'analisi delle prassi, vale a dire del contenuto effettivo dei ruoli manageriali nelle aziende nipponiche, perché, se da un lato ciò può facilitare la comprensione della funzione *de facto* di tale figura professionale, dall'altro evidenzia la netta distinzione tra tipo sociale e fattispecie astratta, delineata dalla lettura congiunta del LSA e LSU.

Nella struttura tipica delle imprese giapponesi è presente, anzitutto, il consiglio di amministrazione, che esercita i poteri di pianificazione strategica e di controllo degli amministratori delegati e degli alti dirigenti, come il presidente della società (detto *Shacho* in Giapponese), che rappresenta il vertice del *management*. Sotto la direzione e supervisione del presidente, vi sono i responsabili di funzione (*Bucho*), i quali gestiscono i diversi dipartimenti, a loro volta articolati in ulteriori aree, supervisionate dai manager di area (*Kacho*). Sotto la supervisione dei *Kacho*, gli assistenti o *Kakaricho* gestiscono il lavoro *in situ*. Spesso esistono livelli intermedi tra i manager di funzione e quelli di area (il manager generale aggiunto o *Jicho*), e tra il manager d'area e l'assistente (manager d'area aggiunto o *Kacho-Dairi*). L'assistente rappresenta comunemente la base della gerarchia di supervisione. Come si vedrà, i datori tendono nella prassi a considerare come dirigenti i responsabili di stabilimento ovvero di filiale ed i responsabili di funzione e di area ⁽²⁰⁾. Nella prassi poi, accanto ai lavoratori con funzioni manageriali, esistono figure che ricevono un trattamento retributivo simile a questi ultimi, ma non ricoprono ruoli di controllo (lo *staff management*). In Giappone, il sistema di valutazione delle competenze è ancorato ad un sistema premiale, basato sull'avanzamento di carriera e sulla correlativa determinazione del sistema retributivo. Permane però una forte influenza, nella definizione del percorso di carriera, del criterio dell'anzianità professionale. È ovvio che, per l'effetto "collo di bottiglia",

⁽¹⁸⁾ *Rodo Kijun Ho*, legge n. 47/1947, traduzione inglese disponibile sul sito www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data2.html. LSA, art. 41, comma 2.

⁽¹⁹⁾ LUA, art. 2, comma 1.

⁽²⁰⁾ Questi ruoli sono spesso indicati come *line management*, per distinguerli dallo *staff management*.

inevitabilmente esistono coloro che, pur avendo valutazioni positive, non vengono promossi. Proprio per questo, i datori hanno creato nuove posizioni focalizzate sulla pianificazione e ricerca in materia gestionale, che sono paragonabili alle posizioni manageriali sovramenzionate ma che non hanno funzioni di supervisione alcuna ⁽²¹⁾. Il termine *staff management* denota tali figure, considerate manageriali a tutti gli effetti nella prassi datoriale. La percentuale stimata di manager nell'accezione comune del termine, includendo dunque anche gli *staff managers*, nelle imprese con più di 100 dipendenti, è del 20% del personale totale ⁽²²⁾.

3.1. L'articolo 9 del LSA definisce come *employee* «chi è occupato in un ufficio o un'azienda [...] e in cambio riceve compensi, indipendentemente dal tipo di occupazione» ⁽²³⁾. In questa definizione l'elemento più importante è "l'essere occupato", e sulla base di esso la giurisprudenza e la dottrina, sotto l'influenza del diritto del lavoro tedesco, hanno elaborato la nozione di "subordinazione". La giurisprudenza, la dottrina e le autorità amministrative hanno poi elaborato degli indici per qualificare la subordinazione, tra i quali il più rilevante è rappresentato dall'etero-direzione della prestazione lavorativa.

Per quanto riguarda gli alti dirigenti, come i responsabili di stabilimento o filiale, allorché essi non ricoprono anche cariche sociali, rientrano nell'ambito di applicazione del LSA, dal momento che svolgono le proprie prestazioni sotto la direzione e la supervisione del vertice gestionale. L'amministratore delegato, invece, che ha una funzione di rappresentanza della compagnia, o un amministratore designato dal consiglio di amministrazione come «il direttore in carica delle operazioni di un'impresa» ⁽²⁴⁾ non sono, secondo l'interpretazione del Ministero del lavoro, lavoratori dipendenti soggetti all'applicazione del LSA.

Maggiormente controversa è l'ipotesi in cui un dirigente, sia esso responsabile di filiale, di stabilimento o di funzione, abbia anche delle cariche sociali (come ad esempio quella di amministratore delegato). Un caso simile non è raro in Giappone, dato che i profili direzionali non sono reclutati dall'esterno, ma dalle posizioni verticistiche che mantengono i loro ruoli. L'elemento-chiave per la giurisprudenza è rappresentato dalla soggezione al potere di controllo e supervisione: la subordinazione è accertata quando il contenuto delle mansioni svolte in quanto responsabili di filiale, stabilimento o funzione rimanga immutato in seguito alla nomina a *managing director* ⁽²⁵⁾.

⁽²¹⁾ Tuttavia si sostiene che, nella realtà dei fatti, l'86,5% degli *staff managers* ha sotto di sé dei subalterni. Si veda *Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Inkaï, Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Hokokusyo* [Research Report on the Reality of the Situation Concerning Managerial or Supervisory Employees], 2005, 9.

⁽²²⁾ Secondo una ricerca che ha analizzato rilevazioni statistiche sul numero di manager nell'accezione giuridica del termine, questo, sia nel settore pubblico che privato, era rappresentato da 550.000 unità nel 2000. Solo il settore privato contava 400.000 manager. Nelle imprese con più di 100 dipendenti, la percentuale di manager rispetto alla totalità dei lavoratori è del 2%. *Masako Oi, Suji de Miru Kanrishoku Zonana Henka* [Quantitative Changes in Managerial Positions: Based on their number, Promotion Speed and Relative Wage with Respect to Non-Managerial Employees], 2005.

⁽²³⁾ LSA, art. 9.

⁽²⁴⁾ Art. 363, comma 1, punto 2 del *Companies Act*.

⁽²⁵⁾ Si veda *X (anonimo) v. Jyunken*, 702 Rodo Hanrei 74 (Nagano Dist. Ct. Matsumoto Br., 29 marzo 1996); *X (anonimo) v. Central Labour Inspection Office*, 866 Rodo Hanrei 58 (Osaka Dist. Ct., 29 ottobre 2003).

La definizione di *employee* prevista dal LSA è poi utilizzata direttamente o indirettamente da altre previsioni legislative (ad esempio per la disciplina sul contratto di lavoro, sul salario, sulla salute e sicurezza, sulle pari opportunità, ecc.).

Come sopra menzionato, il LSA definisce “lavoratore subordinato” come «colui che è impiegato»⁽²⁶⁾. Ciò definisce il campo di applicazione soggettivo delle tutele previste dal LSA. L’articolo 41 del LSA esclude dall’applicazione della disciplina sull’orario di lavoro «persone con ruoli gestionali o di supervisione o persone che gestiscano informazioni riservate, indipendentemente dal settore industriale».

Gli indici per identificare un lavoratore con funzioni manageriali o di supervisione sono stati stabiliti dalle circolari del Ministero del lavoro e dalla giurisprudenza.

Secondo la circolare ministeriale emanata nel 1989⁽²⁷⁾, «i dipendenti con funzioni manageriali o di supervisione sono, comunemente, quei lavoratori dipendenti integrati nel *management* aziendale per quanto attiene alla definizione delle condizioni di lavoro e della gestione del personale, quali i responsabili di stabilimento o di funzione. La qualificazione dello *status* di appartenenza o meno al *management* avviene attraverso l’analisi della fattispecie concreta e non della qualifica professionale». Nell’esaminare la fattispecie concreta, la circolare punta «sul contenuto della mansione, sul potere, sulla responsabilità e sulle condizioni di lavoro». Un altro indice significativo è la retribuzione, soprattutto nelle sue componenti variabili, quali indennità di posizione o i *bonus* rilevanti. Per quanto attiene gli *staff managers*, la circolare sancisce la loro inclusione nella categoria secondo una valutazione caso per caso, sulla base del trattamento retributivo e del contenuto della mansione.

La giurisprudenza⁽²⁸⁾ generalmente rispetta i criteri ministeriali, e considera un dipendente parte del *management* aziendale, sulla base dell’analisi della situazione reale attinente: 1) ai contenuti della mansione, alla responsabilità e al potere del dipendente; 2) alle condizioni di lavoro in termini di livello di controllo esercitato dal datore sull’orario di lavoro; 3) al trattamento retributivo. A differenza della circolare ministeriale, tuttavia, la giurisprudenza applica questi criteri non solo al *line management*, ma anche allo *staff management*⁽²⁹⁾, attraverso un attento esame.

In relazione al primo criterio, sono di estrema rilevanza l’autonomia decisionale e il potere di controllo dei subalterni⁽³⁰⁾. Per esempio, in *Moriwaki v. Fogetsuso*⁽³¹⁾, lo *status* professionale non è stato riconosciuto al responsabile di un *karaoke* che non esercitava alcun potere di gestione del personale. La giurisprudenza spesso considera il fatto che un dipendente partecipi alla determinazione della politica gestionale come prova di integrazione nel *management* aziendale. In *Ko-*

⁽²⁶⁾ LSA, art. 9.

⁽²⁷⁾ 14 marzo 1989, Kihatsu No. 150.

⁽²⁸⁾ Vedi in genere, *Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Inikai*. In relazione ai tre fattori mostrati nel testo, si veda *X (anonymous) v. McDonald’s Company (Japan) Ltd.*

⁽²⁹⁾ Vedi *X (anonimo) v. Okabe Seisakusyo*, 918 Rodo Hanrei 5 (Tokyo Dist. Ct., 26 maggio 2006). Vedi anche Yuichiro Mizumachi, Hanpi (nota a sentenza), 1338 Jurisuto 217 (2007), 218-219.

⁽³⁰⁾ Vedi *Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Inikai*.

⁽³¹⁾ 810 Rodo Hanrei 41 (Osaka Dist. Ct., 26 marzo 2001).

buta v. Shizouka Bank ⁽³²⁾, lo *status* non è stato riconosciuto ad un dipendente che ricopriva una posizione paragonabile a quella di manager delegato di filiale, perché lo stesso non prendeva parte alle decisioni inerenti la gestione e valutazione del personale, e non deteneva un ruolo che «influenzasse la gestione della banca». La giurisprudenza considera il fatto che un lavoratore svolga contemporaneamente mansioni non manageriali, quali compiti propri delle mansioni impiegate ordinarie, come un criterio comprovante il fatto che un dipendente non è «un lavoratore subordinato con funzioni manageriali o di supervisione». Così, in *Noda v. Furui* ⁽³³⁾, il manager di un ristorante che occasionalmente prendeva parte ai processi di selezione dei camerieri e gestione degli utili dell'attività, ma contemporaneamente svolgeva le mansioni di cuoco, cameriere e persino inseriente, non è stato considerato come «lavoratore con funzioni manageriali o di supervisione».

Altrettanto rilevante appare il secondo criterio qualificatorio, concernente la discrezionalità individuale nella gestione dei propri tempi di lavoro. Ciò implica l'assenza di controllo stringente da parte datoriale sull'orario di lavoro.

La giurisprudenza considera il terzo criterio, ovvero il trattamento retributivo, secondo la prospettiva per cui, presumibilmente, i dipendenti con funzioni manageriali o di supervisione ricevono una retribuzione significativamente più consistente (ad esempio, l'accertamento considera la presenza di indennità salariali legate alla posizione) ⁽³⁴⁾.

Lo *status* è dunque accertato sulla base della valutazione dell'insieme dei tre menzionati indici, anche se maggiore enfasi è posta sul primo dei tre.

Come precedentemente affermato, sussiste, però, uno scollamento tra la teoria e la prassi dei «lavoratori con ruoli manageriali e di supervisione». La percentuale di lavoratori con ruoli manageriali in aziende con più di 100 dipendenti, secondo l'accezione comune del termine, è stimata intorno al 20% dell'intera forza lavoro. Tuttavia, secondo una indagine che accerta l'effettiva situazione dei manager, è stato rilevato che il potere decisionale attinente le materie gestionali riguarda solo le posizioni del responsabile di funzione ed altre analoghe ⁽³⁵⁾. Il potere di gestione aziendale – concernente le materie organizzative e i processi di *business* – attiene solo ai ruoli di responsabile delegato di funzione ed oltre nella gerarchia. Dunque la percentuale, nelle imprese con più di 100 dipendenti, di «lavoratori con funzioni manageriali o di supervisione» rappresenta solo il 2% del totale dell'intera forza lavoro.

3.2. Insieme alla propria definizione di *employee* il LUA fa riferimento anche al termine «organizzazione sindacale». L'articolo 2, infatti, definendo le organizzazioni sindacali come «tutte quelle organizzazioni, o relative federazioni, costituite autonomamente e composte in maggioranza da lavoratori dipendenti per lo scopo fondamentale di conservare e migliorare le condizioni di lavoro ed incre-

⁽³²⁾ 297 Rodo Hanrei 39 (Shizuoka Dist. Ct., 28 marzo 1978).

⁽³³⁾ 481 Rodo Hanrei 41 (Osaka Dist. Ct., 30 luglio 1986). Vedi anche il caso *Maharaja*, 809 Rodo Hanrei 89 (Tokyo Dist. Ct., 22 dicembre 2000) (il manager di un ristorante indiano che contemporaneamente serviva i clienti non è stato dichiarato «lavoratore subordinato con funzioni manageriali o di supervisione»).

⁽³⁴⁾ Vedi *Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Iinkai*.

⁽³⁵⁾ *Kanri-Kantoku-Sya no Jittai ni Kansuru Chosa Kenkyu Iinkai*.

mentare le posizioni retributive dei lavoratori dipendenti», esclude dall'ambito di tale definizione «i funzionari, i dipendenti in posizioni di supervisione che abbiano potere decisionale nelle politiche di selezione, licenziamento, promozione o trasferimento, i dipendenti con funzioni di supervisione che abbiano accesso alle informazioni riservate relative ai piani ed alle politiche datoriali di relazioni industriali per cui le loro cariche e responsabilità ufficiali possono pregiudicare, in modo diretto, i compiti e la lealtà dovuta in quanto membri dell'associazione sindacale sovraccitata [...]».

Esistono due sotto-categorie di «dipendenti con funzioni di supervisione» come sancito dal comma 1, articolo 2 del LUA.

La prima consiste nei «dipendenti con funzioni di supervisione che hanno capacità autonoma rispetto alle politiche di selezione, licenziamento, promozione o trasferimento». Questa definizione appare ben più dettagliata della nozione contenuta nel comma 2, articolo 4, del LSA. Fattore determinante è l'esercizio diretto delle facoltà inerenti alla definizione delle condizioni di lavoro. Ad esempio, un manager d'area che non ha facoltà di decisione finale circa un trasferimento o la valutazione delle prestazioni, ma ha la facoltà di selezionare i potenziali candidati ad una promozione previo consenso del suo superiore, non rientrerà in tale gruppo, mentre vi rientrerà il responsabile delegato di funzione, superiore del capo d'area, che effettivamente detiene la facoltà di decisione ultima⁽³⁶⁾. L'ultima parola spetta comunque alla giurisprudenza sulla base delle circostanze concrete e non considerando solo la qualifica o mansione del lavoratore⁽³⁷⁾.

La seconda sotto-categoria consta dei «dipendenti con funzioni di supervisione che hanno accesso alle informazioni riservate relative ai piani ed alle politiche datoriali di relazioni industriali così che le loro cariche e responsabilità ufficiali possono pregiudicare in maniera diretta i compiti e la lealtà dovuta in quanto membri dell'associazione sindacale». Anche in questo caso ciò che appare rilevante è la correlazione diretta tra cariche organizzative e responsabilità derivanti dall'appartenenza sindacale.

Ad esempio, anche se la giurisprudenza non ha negato che il manager di area sovramenzionato fosse al corrente, data la sua posizione, di segreti industriali quali il piano occupazionale, ha comunque rifiutato di dichiarare il responsabile d'area «lavoratore in posizione di supervisione», in quanto lo stesso non aveva facoltà di gestire la contrattazione con i sindacati⁽³⁸⁾.

La giurisprudenza interpreta tali definizioni in modo restrittivo, perché, benché le specificazioni contenute nell'articolo 2 del LUA siano finalizzate a preservare l'indipendenza dei sindacati dall'intrusione e strumentalizzazione da parte del datore, sarebbe comunque rischioso ledere l'autonomia sindacale⁽³⁹⁾.

Anche se nella prassi i datori di lavoro considerano manager coloro che sono in posizioni di supervisione, esattamente come accade per la definizione prevista

⁽³⁶⁾ *Hoso Eiga Seisakusyo v. Cent. Lab. Rel. Comm'n*, 662 Rodo Hanrei 14 (Tokyo Dist. Ct., 27 aprile 1989), 35-36.

⁽³⁷⁾ *Furugaki v. Kotobuki Bouseki*, 14 Rominsu 465 (Osaka Dist. Ct., 5 aprile 1963).

⁽³⁸⁾ *Hoso Eiga Seisakusyo v. Cent. Lab. Rel. Comm'n*.

⁽³⁹⁾ Si veda, ad esempio, *Natoko Paint v. Aichi Lab. Rel. Comm.*, 524 Rodo Hanrei 35 (Nagoya Dist. Ct., 15 luglio 1989). Vedi anche S. OUCHI, *Kanrisyoku Kumiai wo Meguru Houteki Mondai* [Legal Problems surrounding Manager's Union], 96 Nihon Rodo Ho Gakkaishi 100, 1996, 108-109.

dal LSA, la nozione giuridica di lavoratori in posizioni di supervisione è in realtà ben più limitata⁽⁴⁰⁾.

4. Come si è visto, la nozione di dirigente nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro è definita in termini negativi e derogatori rispetto alla disciplina sull'orario di lavoro, contenuta nell'articolo 41 del LSA. Al di là di tale eccezione, i dirigenti godono di tutte le garanzie previste dalla disciplina dei rapporti individuali di lavoro, dal momento che il LSA, ed in generale l'intero ordinamento nipponico, li considera come lavoratori subordinati.

Ciò che può variare nell'applicazione di tali tutele è l'intensità soprattutto nelle materie che hanno una cospicua applicazione giurisprudenziale. Si ricorda, peraltro, che la giurisprudenza, ben lungi da ogni atteggiamento formalistico, applica in maniera variabile le tutele in relazione alle circostanze dei casi concreti, e così, per esempio, un trattamento normativo differente può applicarsi persino a quei dipendenti che rivestano di fatto ruoli manageriali, pur non rispondendo alla definizione giuridica di «lavoratori con funzioni manageriali o di supervisione».

4.1. In generale nell'ordinamento giapponese la regola è quella della stabilità del posto di lavoro e, di conseguenza, la disciplina dei licenziamenti è molto puntuale. Accanto alla stabilità del posto, tuttavia, la Costituzione giapponese riconosce anche la libertà di impresa per il datore. Sulla base di tali premesse, la Corte Suprema, nel caso *Mitsubishi Jushi v. Takano*⁽⁴¹⁾, ha riconosciuto al datore, salvo che la legge disponga diversamente⁽⁴²⁾, la piena libertà nell'assunzione ed ha ritenuto il rifiuto di assumere un candidato per via delle sue opinioni, anche politiche, non necessariamente illegittimo. Come corollario di tale affermazione, la Corte Suprema ha successivamente conferito al datore la facoltà di condurre indagini sulla personalità e sulle opinioni dei candidati, i quali sono tenuti a fornire informazioni esaustive. Anche se la dottrina è stata (ed è)⁽⁴³⁾ fortemente critica, tali principi giurisprudenziali sono ancora prevalenti.

4.2. Il *Minimum Wage Act* ed alcune disposizioni del LSA⁽⁴⁴⁾ rappresentano le due principali fonti di regolazione della retribuzione. Tali normative prevedono, tra l'altro, l'obbligo datoriale di rispettare i minimi salariali (*Minimum Wage Act*), di garantire una retribuzione fissa proporzionata alle ore lavorate anche per il lavoro a cottimo (articolo 27 del LSA), di assicurare il pagamento di alcune indennità in caso di assenza per ragioni imputabili al datore di lavoro (articolo 26

⁽⁴⁰⁾ Y. MOTOHISA, *Kanri Shoku Kumiai* [Managers' Union], in *Rodoho no Soten* (Dai-3-Han) (Issues on Labor and Employment Law) 28, K. SUMIDA et. al. eds., 2004, 3rd ed.).

⁽⁴¹⁾ 27 Minshu 1536 (S. Ct., Grand Bench, 12 dicembre 1973). Nel caso in esame, il dibattito atteneva alla validità e legittimità del rifiuto di assumere un candidato che non forniva informazioni precise sulle sue passate attività studentesche.

⁽⁴²⁾ Ad esempio, il divieto di reclutamento e selezione sulla base del genere, sancito dall'art. 5 dell'*Equal Employment Act*.

⁽⁴³⁾ Si veda Y. SHIMADA, *Hanpi* [Case Note], in *Rodo Hanrei Hyakusen* (Dai-7-Han) (Selected Cases on Labor and Employment Law) 20 (Kazuo Sugeno et. al. eds., 2002, 7th ed.), 21; Y. MIZUMACHI, *Saiyou no Jiyu* (Freedom to Hire), in *Rodoho no Soten* (Dai-3-Han) (Issues on Labor and Employment Law) 130 (K. SUMIDA et. al. eds., 2004, 3rd ed.).

⁽⁴⁴⁾ LSA, sez. III.

del LSA). L'articolo 24 del LSA regola alcuni aspetti relativi alle modalità di corresponsione della retribuzione, obbligando il datore ad elargire le somme per intero ed in valuta locale, direttamente al lavoratore, con cadenza mensile ed in una data specifica. Queste disposizioni si applicano indistintamente a tutti i lavoratori, dirigenti compresi; né sussistono differenze per il trattamento fiscale delle retribuzioni dei dirigenti ⁽⁴⁵⁾.

Non esiste una regolazione specifica sulle modalità di calcolo della retribuzione (a base oraria, sulla prestazione, ecc.) che, pertanto, sono rimesse all'autonomia negoziale delle parti. Per via dell'acuirsi della competizione globale e del maggiore orientamento verso lavori di tipo intellettuale, le imprese giapponesi stanno passando da un sistema retributivo basato sull'anzianità professionale ad un sistema ancorato alla valutazione delle prestazioni, specialmente per i *white collar workers*, compresi i dirigenti.

4.3. Non essendo presente nell'ordinamento giapponese una regolazione specifica relativa alla responsabilità del lavoratore, solo la giurisprudenza ha fornito alcune indicazioni. Secondo *Ibaragi Sekitan Syoji v. Mirumachi* ⁽⁴⁶⁾, se il datore di lavoro subisce un danno causato da una colpa grave del dipendente, può chiedere il risarcimento dei danni, la cui consistenza è, però, stabilita considerando una equa ripartizione delle responsabilità. La colpevolezza ed il relativo risarcimento sono definiti considerando tutte le circostanze del caso concreto, compresa la natura dell'impresa, la dimensione, la situazione dei servizi, i contenuti della mansione svolta dal lavoratore, le condizioni di lavoro, le circostanze della condotta dannosa, la diligenza del datore per la prevenzione e per la classificazione dei rischi. In genere, la giurisprudenza tende a negare limitazioni alla responsabilità del lavoratore nel caso di dolo, mentre nelle altre ipotesi alcune limitazioni possono essere riconosciute in relazione ai fattori sopra menzionati ed alla colpevolezza del dipendente ⁽⁴⁷⁾. Questi principi si applicano anche ai dirigenti ⁽⁴⁸⁾.

4.4. La stabilità del posto di lavoro rappresenta tuttora la caratteristica distintiva dell'ordinamento giapponese. L'introduzione della stabilità si ebbe nel primo dopoguerra. La giurisprudenza cominciò a dichiarare, subito dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale – quando essere licenziati significava perdere tutte le possibilità di sussistenza nel bel mezzo del caos economico – la nullità dei licenziamenti sprovvisti di giustificazione o socialmente inaccettabili, in conformità al divieto di abuso del diritto di licenziamento sancito nell'articolo 1, comma 3, del codice civile. Il principio dell'abuso del diritto di licenziamento, sancito dalla Corte Suprema nel 1975 ⁽⁴⁹⁾, fu codificato nel LSA nel 2003, e oggi è sancito nell'articolo 16 dell'*Employment Contract Act*.

⁽⁴⁵⁾ L'art. 28 del *Income Tax Act* include nella stessa categoria (compensi da lavoro) sia i salari che gli emolumenti a titolo di compenso da lavoro dovuti ai direttori d'impresa. Si veda H. KANEKO, *Sozei Ho* (Dai-9-Han) (Tax Law) 205 (2003, 9th ed.).

⁽⁴⁶⁾ 30 Minshu 689 (S. Ct., 8 luglio 1976).

⁽⁴⁷⁾ Si veda T. DOKO, *Rodo Katei ni okeru Misu wo Riyu to suru Shiyosha kara no Songai Baisyo Hori* [Law on Employer's Damages Caused by Employee's Misconduct] 827 Rodo Hanrei 6 (2002), 8-11.

⁽⁴⁸⁾ Si veda *Fujimura v. Kowa Shoji*, 598 Rodo Hanrei 62 (Osaka Dist. Ct., 15 ottobre 1991).

⁽⁴⁹⁾ *Ichikawa v. Nihon Syokuen Seizo*, 29 Minshu 456 (S. Ct., 25 aprile 1975).

Secondo la teoria dell'abuso del diritto, un datore per licenziare deve avere una giusta causa come, ad esempio, la sopravvenuta incapacità allo svolgimento delle mansioni dovuta a malattia o ad eventi invalidanti, la rilevante assenza di capacità o la colpa grave. La valutazione della sussistenza di una giusta causa è operata dalla giurisprudenza in maniera stringente e, anche qualora essa sussista, vengono considerati vari fattori a favore del prestatore volti ad accertare l'accettabilità sociale del licenziamento ⁽⁵⁰⁾.

Per quanto riguarda i licenziamenti per motivi economici, la giurisprudenza ha provveduto a rafforzare ulteriormente la teoria dell'abuso del diritto, obbligando il datore a rispondere ai 4 criteri seguenti: 1) sussistenza ed ampiezza della necessità aziendale di ricorrere alla riduzione del personale; 2) sussistenza di misure preventive poste in essere dal datore e volte ad evitare il licenziamento; 3) ragionevolezza nella selezione del personale interessato dal licenziamento; 4) correttezza procedurale del licenziamento e consultazione con i sindacati. La valutazione del licenziamento concerne quindi la sussistenza di tali quattro criteri, anche se, nella maggioranza dei casi, vi è una forte tendenza giurisprudenziale a dichiarare la nullità dei licenziamenti per abuso del diritto ⁽⁵¹⁾.

Se viene dichiarata la nullità del licenziamento, il datore è obbligato a reintegrare il lavoratore licenziato ed a corrispondere le mensilità non versate. Non esiste alcun sistema per cui il datore (o il dipendente) possano richiedere lo scioglimento del contratto di lavoro in cambio del pagamento di un compenso da parte del datore.

La disciplina sui licenziamenti si applica ai dirigenti, anche se, in tali casi, il controllo giurisprudenziale è meno stringente.

4.5. Anche le limitazioni alla concorrenza sono disciplinate unicamente dalla giurisprudenza. La Costituzione garantisce la libertà di scegliere la propria occupazione ⁽⁵²⁾ e tale profilo assume rilevanza nel caso in cui un lavoratore si dimetta e cerchi una nuova occupazione. È consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui il patto di non concorrenza deve essere contrattualmente previsto ⁽⁵³⁾. In secondo luogo il patto deve avere delle ragionevoli limitazioni, in relazione alle quali bisogna considerare: che la limitazione della concorrenza soddisfi un interesse legittimo del datore; lo *status* del lavoratore; l'efficacia temporale del patto (normalmente da 6 mesi a 3 anni); la limitazione geografica del divieto; le tipologie di attività per le quali sussiste il divieto di concorrenza, la sussistenza o meno di un corrispettivo ⁽⁵⁴⁾.

Sia la giurisprudenza che la dottrina si dividono sul principio dell'obbligatorietà del compenso come criterio per l'efficacia vincolante del patto.

⁽⁵⁰⁾ Si veda, ad esempio, *Shioda v. Kochi Broad Casting Company*, 268 Rodo Hanrei 17 (S. Ct., 31 gennaio 1977). Per la traduzione inglese della sentenza, si veda K.L. PORT, G.P. MCALINN (eds.), *Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan*, Carolina Academic Press, 2003, 566-568.

⁽⁵¹⁾ Si veda H. OKUNO, M. HARA, *Seiri Kaiko Saibanrei no Bunseki* [Analysis of Cases on Economic Dismissals], in R. KAMBAYASHI (eds.), *Kaiko Kisei no Ho to Keizai* [Law and Economics of the regulation of dismissals], 2008, 117, 120-126.

⁽⁵²⁾ Art. 22 Cost.

⁽⁵³⁾ Si veda M. IWAMURA, *Kyogyo Hishi Gimu* [Duty Not to Compete], in *Rodoho no Soten* (Dai-3-Han) (Issues on Labor and Employment Law), K. SUMIDA et. al. eds., 2004, 3rd ed., 147, 148.

⁽⁵⁴⁾ Si veda *Foseco Japan Limited v. Okuno*, 624 Hanrei Jiho 78 (Nara D. Ct., 23 ottobre 1970).

5. Il sindacalismo d'impresa è la forma organizzativa prevalente nel diritto sindacale nipponico⁽⁵⁵⁾ e più del 90% degli iscritti al sindacato appartiene ad un sindacato d'impresa⁽⁵⁶⁾. Il tasso di sindacalizzazione si è attestato, a giugno 2007, al 18,1%, circa 10 milioni su 53 milioni di lavoratori sono iscritti al sindacato⁽⁵⁷⁾.

La sindacalizzazione dei dirigenti (nell'accezione comune) non è così evidente e, sicuramente, non esiste una loro confederazione autonoma come l'ULA in Germania. Si dice che il primo sindacato dei manager (ovvero un sindacato rappresentativo solamente degli interessi dei dirigenti) sia stato organizzato nel 1967⁽⁵⁸⁾, ma è rimasto quasi del tutto sconosciuto al pubblico fino agli anni Novanta. All'inizio degli anni Novanta il sindacato dei manager attirò l'attenzione dei media, quando si organizzò per rispondere alle proposte datoriali tese a peggiorare le condizioni di lavoro dei lavoratori di mezza età e più anziani – che comunemente occupavano posizioni manageriali – nel bel mezzo della depressione economica dovuta allo scoppio della bolla economica. Tuttavia, ben poco si sa di questi sindacati⁽⁵⁹⁾. Alcuni di loro sono organizzati su base aziendale, ovvero sono costituiti dal personale manageriale della singola impresa. Altri sono organizzati su base territoriale (regionale), come la *Tokyo Managers Union* che però, a dispetto del nome, non rappresenta solo i dirigenti⁽⁶⁰⁾.

Per quanto riguarda le forme di autotutela collettiva, i dirigenti, in quanto *employees*, sono titolari del diritto di sciopero, garantito dalla Costituzione. Non esiste alcuna espressa limitazione di legge per i dirigenti.

5.1. In Giappone, così come in Germania o in altri Paesi europei, le forme istituzionalizzate di partecipazione dei lavoratori, come, ad esempio, i comitati aziendali, non sono ancora pienamente sviluppate. Un sindacato d'impresa, specie se rappresenta la maggioranza dei lavoratori sul posto di lavoro, teoricamente rappresenterà gli interessi dei lavoratori dell'impresa intera, attraverso gli strumenti

⁽⁵⁵⁾ Esistono tuttavia anche sindacati di settore quali il *All Japan Seamen's Union*.

⁽⁵⁶⁾ Si noti che il sistema del sindacalismo d'impresa non implica che tutti i lavoratori dell'azienda siano necessariamente organizzati nello stesso sindacato. Siccome, al contrario degli Stati Uniti, il Giappone non ha adottato un sistema unico di rappresentanza, possono esserci due o più sindacati che coesistono nella stessa impresa.

⁽⁵⁷⁾ MINISTRY OF HEALTH, LABOR AND WELFARE, *2007 Labor Union Basic Survey*. Una sintesi dei risultati (in giapponese) è disponibile sul sito www.mhlw.go.jp/toukei/list/13-19.html. Anche se dal 1994 sia il tasso di sindacalizzazione che il numero reale di iscritti al sindacato sono andati diminuendo, la situazione è cambiata lo scorso anno. Il primo aumento del numero reale di iscritti si è verificato negli ultimi 14 anni (il tasso di sindacalizzazione è ancora basso perché il numero totale dei lavoratori è aumentato). Dobbiamo attendere per verificare se è stato solo un caso o questo sarà il trend negli anni a venire.

⁽⁵⁸⁾ H. KARATSU, *Atarashii Taiipu no Rodo Kumiai wo Shitte Imasu ka?* [Do You Know the New Types of Labor Unions?], 515 *Hogaku Semina* 60, 1995, 62.

⁽⁵⁹⁾ Ciò è almeno in parte dovuto al fatto che la maggioranza dei sindacati sono organizzati su base aziendale. Per tale ragione, vi è un numero molto elevato di sindacati (secondo il Ministero del welfare, ci sono 58.265 sindacati). Non è semplice tenersi aggiornati sulla situazione di ogni sindacato.

⁽⁶⁰⁾ Circa il 20% degli iscritti è un lavoratore che non riveste ruoli manageriali. Inoltre bisogna comprendere che un lavoratore che ha intenzione di iscriversi a tale sindacato lo fa perché ha problemi con il suo datore e cerca assistenza per la risoluzione di liti individuali. In questi casi, ciò che viene negoziato tra il sindacato ed il datore è una questione relativa al singolo (es. revoca del licenziamento). Anche se *Manager's Union* tenta di concludere dei contratti collettivi di lavoro con il datore nel corso della procedura di negoziazione individuale, di rado riesce a raggiungere tale obiettivo.

della contrattazione collettiva e del *joint-consultation system* ⁽⁶¹⁾. In altri termini, il sistema sindacale più comune in Giappone è rappresentato dal sistema a canale unico.

Esistono comunque delle forme partecipative, previste dalla legge, dei rappresentanti dei lavoratori. Il LSA ed altre fonti che disciplinano i rapporti di lavoro obbligano il datore, ad esempio, a giungere ad un accordo in forma scritta ⁽⁶²⁾ «con il sindacato maggiormente rappresentativo a livello aziendale (in caso di presenza di tale organizzazione), ovvero con un soggetto che abbia funzioni di rappresentanza della maggioranza dei lavoratori (nel caso in cui un sindacato non sia presente)».

L'articolo 38-4 del LSA sancisce che, per l'introduzione di *discretionary work scheme* ⁽⁶³⁾: «un comitato (che comprenda sia il datore che i rappresentanti aziendali dei lavoratori) [deve essere] istituito con il fine di valutare e deliberare su temi quali retribuzione, orario di lavoro ed altri che riguardino le condizioni di lavoro in azienda, nonché per comunicare le proprie posizioni sui temi sovra-citati al datore». Ai sensi poi del secondo comma dell'articolo 38-4, «la metà dei membri del suddetto comitato saranno nominati, con una durata specifica del mandato [...], dall'organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa a livello aziendale (in caso di presenza di tale organizzazione), ovvero da una persona che rappresenti gli interessi della maggioranza dei lavoratori (in assenza di tale organizzazione)».

La prima forma di rappresentanza è definita “sistema rappresentativo di maggioranza”, mentre la seconda è detta “comitato paritetico *labor-management*”. Parte della dottrina considera tali sistemi assimilabili al modello dei “comitati aziendali” ⁽⁶⁴⁾.

Deve essere comunque chiarito che i loro poteri istituzionali e le loro funzioni presentano molte restrizioni, specie quando non c'è un sindacato di maggioranza. Ad esempio, «un soggetto che rappresenti gli interessi della maggioranza dei lavoratori» è eletto in maniera estemporanea e non possiede forza istituzionale alcuna. La commissione *labor-management* è un'istituzione estremamente formalizzata, tuttavia manca della funzione istituzionale di raccolta e coordinamento delle opinioni dei lavoratori.

L'istituzione delle commissioni non è obbligatoria. Inoltre l'esito della procedura di consultazione non è ben definito. La loro funzione di rappresentanza dei lavoratori non deve essere sopravvalutata.

Il ruolo dei dirigenti in tali sistemi è abbastanza limitato. L'articolo 6-2 del Regolamento di Attuazione del LSA afferma che «i lavoratori con funzioni manageriali o di supervisione», secondo la nozione dell'articolo 41 del LSA, non possono rivestire il ruolo di «soggetto che rappresenti gli interessi della maggioranza dei

⁽⁶¹⁾ In sintesi, nel sistema partecipativo di consultazione la parte datoriale ed il sindacato si scambiano informazioni o si consultano su un insieme di argomenti, che includono anche le condizioni di lavoro o le politiche gestionali. È un sistema basato sulla cooperazione e non sulla contrapposizione, e anche quando le parti non giungano ad un accordo, di norma non c'è ricorso all'azione industriale.

⁽⁶²⁾ Si veda, ad esempio, l'art. 36, comma 1, del LSA.

⁽⁶³⁾ Si veda, per una spiegazione di tali modelli, T. ARAKI, *Labor and Employment Law in Japan*, cit.

⁽⁶⁴⁾ K. SUGENO, *Rodo-ho* (Dai-7-Han Hosei-2-Han) (Labor and Employment Law) 21, 452 (2007, 7th ed., 2nd revised ed.).

lavoratori» salvo quando i rappresentati siano costituiti esclusivamente da dipendenti con funzioni manageriali e di supervisione ⁽⁶⁵⁾. In tale prospettiva, la loro partecipazione è limitata (e non esiste un canale di rappresentanza speciale). Comunque, va ricordato che tali sistemi di rappresentanza o partecipazione si esprimono soprattutto su questioni relative all'orario di lavoro, dunque il fatto che non godano dell'elettorato passivo non è significativo. Deve inoltre essere specificato, come già menzionato, che le funzioni di tali istituti sono molto limitate.

I dirigenti nel diritto del lavoro giapponese – Riassunto. *Il Giappone non ha mai avuto esperienza di movimenti sindacali rappresentativi degli interessi dei dirigenti, fino alla fine della Seconda Guerra Mondiale, quando sono state emanate le norme fondamentali in materia lavoristica. Neppure sussiste una qualche motivazione sociologica che conduca i dirigenti a configurarsi come categoria a sé stante rispetto al resto dei lavoratori subordinati. In linea generale ai dirigenti, salvo alcune eccezioni, si applica la disciplina prevista per i lavoratori subordinati. Le definizioni di dirigente, contenute sia nel Labor Standards Act che nel Labor Union Act, le due discipline principali rispettivamente per i rapporti individuali e collettivi di lavoro, sono formulate ed interpretate in maniera restrittiva.*

What's so special about them? – Executive staff in Japanese Labor and Employment Law (Article in English) – Summary. *Historically, Japan did not have separate union movement of executive staff at least until the end of the Second World War, when basic Japanese labour and employment statutes were enacted. Nor there is sociological mechanism which leads executive staff to form a separate category of employees. Japanese labor and employment law covers managerial employees together with other normal employees, and has only limited forms of exclusion of these employees from its protection. The definitions of executive staff in both the Labor Standards Act and the Labor Union Act, the most important statutes in individual labor law and collective labor law respectively, are quite narrowly formulated and interpreted.*

⁽⁶⁵⁾ Il fine di tale disposizione è di evitare la scelta di un soggetto portatore degli interessi datoriali e di assicurare la nomina di rappresentanti che facciano gli interessi dei lavoratori. Si veda T. DAIGAKU, *Rodo Ho Kenkyu Kai, Chusyaku Rodo Kijyun Ho* (Jyo) [Commentary on the Labor Standards Act, vol. 1].

La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse

Umberto Carabelli

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** L'integrazione tramite i gruppi di società ed i gruppi di imprese. – **2.1.** I gruppi nel diritto societario. – **2.2.** I gruppi di impresa e il diritto del lavoro. – **3.** L'integrazione contrattuale e le catene di appalti.

1. Il mio intervento a questa Tavola rotonda, dedicata al tema della *Responsabilités de l'employeur dans des organisations complexes d'entreprises*, deve necessariamente partire ricordando brevemente un aspetto determinante della organizzazione post-fordista della produzione: la sostanziale scomparsa della grande impresa industriale verticalizzata – una struttura tipica del settore industriale durante l'epoca del taylorismo-fordismo – e l'affermazione, soprattutto nel settore industriale e in quello dei servizi, dell'impresa leggera, con l'ampia diffusione di pratiche di *esternalizzazione* di parti o fasi dell'attività produttiva, assai frequentemente accompagnate dalla predisposizione di organizzazione a rete, in cui l'attività complessiva è frazionata e distribuita tra una pluralità di imprese.

Si tratta di una trasformazione le cui cause, ampiamente individuate e discusse nel dibattito degli economisti e degli esperti di organizzazione, si rinvencono nei fenomeni della globalizzazione dei mercati, dell'innovazione tecnologico-informatica, della diffusione dei metodi di comunicazione ed informazione applicati alla produzione. Fenomeni che, fondendosi in una miscela esplosiva, hanno sviluppato una pressione fortissima sulle imprese affinché ripensassero le loro strategie e adottassero nuovi sistemi di produzione e di organizzazione, al fine di resistere all'impatto di una concorrenza senza confini.

Si è così assistito, a partire dalla metà degli anni Settanta – ma in Italia, in particolare, specialmente a partire dai primi anni Ottanta – a processi di riorganizzazione estremamente complessi e sofisticati, che hanno trovato espressione, sul piano giuridico, soprattutto:

– nella forma dell'*integrazione societaria* (o anche, come si dirà più avanti, di imprese), cioè dei gruppi di società collegate tra loro (specialmente, ma non sol-

* Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari.

Il contributo costituisce la trascrizione, con modifiche, dell'intervento dell'A. alla Seconda Tavola Rotonda del IX Congresso Europeo della *Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, dal titolo *Responsabilités de l'employeur dans des organisations complexes d'entreprises*, Friburgo, 16-19 settembre 2008.

tanto, attraverso meccanismi di tipo proprietario), strutturati secondo un modello gerarchico che può assicurare alla *società capogruppo* “dominante” un penetrante condizionamento gestionale delle società “dominate”;

– ovvero nella forma dell’*integrazione contrattuale*, cioè di reti contrattuali idonee egualmente a dar vita ad organizzazioni di tipo gerarchico, nelle quali una impresa principale (quale che sia la sua natura giuridica, societaria o meno), attraverso strumenti contrattuali diversificati, come i *contratti di appalto o di somministrazione* ⁽¹⁾ ovvero di *sub-fornitura* ⁽²⁾, può condizionare in modo penetrante la gestione dell’attività delle altre imprese che sono parti di quei contratti.

Le due forme di integrazione ⁽³⁾, nella realtà economica e giuridica che è davanti ai nostri occhi, non si escludono a vicenda, ma possono “convivere”, così dando vita a interessanti fenomeni d’intersezione e sovrapposizione: in molti casi si possono rinvenire gruppi che non sono composti esclusivamente da società di capitali, ma anche da altri tipi di imprese (quali le società di persone, o le imprese individuali), nei quali la direzione gestionale esercitata dalla persona fisica o giuridica che è alla testa del gruppo si svilupperà attraverso non soltanto gli strumenti del diritto societario di tipo proprietario/azionistico, ma anche attraverso una rete di contratti creata con altre imprese di tipo sia societario che individuale, o addirittura grazie all’esistenza di relazioni interpersonali.

Una modalità assai importante di integrazione contrattuale, che è stata di recente oggetto di attenzione nel Libro verde della Comunità europea, come pure nel dibattito che si è sviluppato intorno ad esso, e che in Italia, negli ultimi anni, è divenuta centrale nei processi di riorganizzazione delle imprese, è costituita dalla c.d. catena di contratti di appalto (o anche di sub-fornitura). Si tratta di una strategia in base alla quale il decentramento di parti o fasi della produzione si coniuga con una generale attività di direzione e coordinamento gestionali, nonché con un condizionamento economico, di tutte le imprese della catena da parte dell’impresa committente principale.

Ebbene, nel mio intervento intendo soffermarmi, ovviamente con la sinteticità imposta dalla sua stessa natura, su entrambe le forme di integrazione, e specificamente sui gruppi di società o di imprese e sulle catene di appalti, le quali sono in grado di incidere – come dimostrato dall’esperienza maturata nell’ambito degli ordinamenti giuridici europei, e in particolare, per quanto attiene specificamente la mia analisi, di quello italiano – sul livello di tutela dei lavoratori subordinati.

Ciò soprattutto perché la formale imputazione del contratto di un lavoratore subordinato ad una delle imprese “secondarie” operanti nel quadro del gruppo di imprese o della catena di contratti d’appalto solleva numerosi interrogativi. Si pensi, da un lato, alla possibilità o meno di correggere le eventuali differenze di

⁽¹⁾ Cioè contratti con i quali una parte si obbliga verso un’altra a compiere un’opera o un servizio ovvero ad eseguire a suo favore prestazioni periodiche o continuative di cose: cfr. artt. 1655 e 1559 c.c.

⁽²⁾ Cioè il contratto con il quale «un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente»: art. 1, comma 1, l. n. 192/1998.

⁽³⁾ Su cui si v. L. CORAZZA, “Contractual integration” e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004.

trattamento economico e normativo di questo lavoratore rispetto ai lavoratori dipendenti dalle altre imprese impegnate nell'organizzazione integrata (sia societaria, sia contrattuale), e specificamente rispetto a quelli dipendenti dall'impresa principale. E, dall'altro lato, alla possibilità o meno di estendere alle altre imprese dell'organizzazione la responsabilità relativa al rispetto dei diritti che la legge assicura a quel lavoratore.

Il legislatore italiano non ha ignorato, né è rimasto insensibile a siffatte esigenze di protezione, introducendo alcune discipline volte ad assicurare alcune forme di tutela individuale e collettiva nei confronti dei *gruppi di imprese*; ma si tratta di una legislazione non sistematica che non ha fornito una precisa definizione legale di gruppo di imprese, né ha previsto la possibilità di superare, per finalità di tutela del lavoratore, le barriere fraposte dalla autonoma soggettività giuridica delle singole società o delle imprese del gruppo. Nel caso poi degli *appalti* può riscontrarsi il susseguirsi di una pluralità di leggi fortemente condizionate dalle contrapposte opzioni ideologiche dei governi di centro-destra e di centro-sinistra alternatisi al potere negli ultimi 15 anni; anche in questo caso, dunque, la legislazione solo in parte è stata in grado di fornire stabili certezze agli operatori economici ed ai lavoratori.

Ma procediamo per gradi.

2. La prima parte del mio intervento è centrata dunque sulla tematica dei gruppi, rispetto alla quale occorre anzitutto chiedersi se, sulla base della legislazione in vigore, nonché delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sia possibile oggi in Italia individuare, nell'ambito del diritto commerciale, ed in particolare del *diritto societario*, una nozione di gruppo di società e, eventualmente, quale sia la funzione da essa assolta.

In un secondo momento passerò, poi, a verificare se questa eventuale nozione di gruppo assuma una specifica rilevanza per il diritto del lavoro.

2.1. Nell'ambito del *diritto societario* non si rinviene una formale definizione di gruppo di società. Nella legislazione societaria, tuttavia, sono contenuti alcuni elementi normativi sulla base dei quali, secondo la dottrina prevalente, è possibile costruire induttivamente una nozione di gruppo di società⁽⁴⁾.

A) La previsione di legge fondamentale cui occorre far riferimento è costituita dall'articolo 2497, comma 1, c.c., una disposizione che riguarda le società di capitali, ed il cui dettato attuale deriva da una fondamentale riforma del diritto societario attuata nel 2003. La disposizione prevede la responsabilità di una società (normalmente detta "dominante") nel caso in cui, nell'esercizio della sua *attività di direzione e coordinamento* di altre società (dette "dominate"), violi i principi della "corretta gestione societaria ed imprenditoriale" di queste ultime.

L'articolo 2947, comma 1, c.c. così recita: «Le società o gli enti che, esercitando *attività di direzione e coordinamento* di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei con-

⁽⁴⁾ Su questi aspetti ho utilizzato ampiamente i risultati della ricerca di V. PINTO, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Cacucci, Bari, 2005 (ed. pr.).

fronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette».

L'articolo codicistico, come si vede, non fornisce una definizione di gruppo societario, né utilizza esplicitamente questa espressione. Tuttavia la dottrina commercialista ritiene che tale disposizione faccia riferimento ad una organizzazione plurisocietaria di tipo gerarchico nella quale può essere identificato il *gruppo di società*: si tratta, per l'appunto, di una organizzazione in cui la società *capogruppo* sottopone – in modo stabile e continuo – alla propria azione di direzione e coordinamento strategici l'attività gestionale di altre società. (In alternativa, può verificarsi che i poteri di direzione e controllo possono essere esercitati da una società a sua volta sottoposta alla società capogruppo) ⁽⁵⁾.

La disposizione del codice civile non precisa analiticamente in cosa consista il potere di direzione e coordinamento della società capogruppo; e tuttavia, secondo l'interpretazione generalmente condivisa, esso si configura come possibilità, per i suoi *managers*, di condizionare direttamente la gestione delle altre società, evidentemente incidendo sull'attività dei loro amministratori.

B) È da sottolineare, poi, che l'articolo 2497, comma 1, c.c. non contiene nemmeno l'indicazione di quali possano essere i presupposti giuridici su cui si fonda il potere della capogruppo di esercitare l'attività di direzione e coordinamento; il che lascia intendere che tale potere rileva in quanto tale, e non in ragione di una sua specifica situazione costitutiva.

Ciò spiega perché si ritenga, in generale che, ai fini dell'esistenza di un gruppo di società, non sia necessario che ricorra una delle forme di "controllo societario" previste dal legislatore nell'articolo 2359, comma 1, c.c. o in altre disposizioni di legge ⁽⁶⁾, né tanto meno che ricorrano gli estremi di un "collegamento societario" ai sensi dell'articolo 2359, comma 3 ⁽⁷⁾, anche se si riconosce che la loro presenza è da considerare normale quale presupposto dell'esercizio di quel potere.

In altre parole, né il controllo esercitato da una società sulle altre grazie al possesso della maggioranza dei voti in assemblea o grazie alla possibilità di esercitare comunque sulle altre società una "influenza dominante", né il collegamento

⁽⁵⁾ È da segnalare, comunque, che, già in precedenza, espressioni analoghe ("attività di direzione e coordinamento" ovvero "direzione unitaria") erano state utilizzate dal legislatore in alcune leggi settoriali o speciali in materia di imprese di assicurazioni, di concentrazioni bancarie, ecc.

⁽⁶⁾ L'art. 2359, comma 1, c.c. considera società controllate: «1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'*influenza dominante* nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto *influenza dominante* di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa».

Si ritiene, peraltro, in dottrina che anche in altre ipotesi di legge ricorrono gli estremi di un *controllo societario* (da intendersi sempre in termini di *influenza dominante*), come ad esempio nei casi di bilancio consolidato.

⁽⁷⁾ Ai sensi dell'art. 2359, comma 3, c.c., sono da considerare «collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'*influenza notevole*. L'*influenza* si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati».

risultante dall'esercizio di una "influenza notevole" sono, a rigore, *necessari* ai fini dell'esistenza di un potere di direzione e coordinamento in capo ad una società nei confronti delle altre (e quindi ai fini dell'esistenza di un gruppo di società), perché tale potere può derivare non solo dal titolo proprietario (azionario) o da titoli contrattuali, ma da altre situazioni (ad esempio comunanza di amministratori tra le diverse società, o legami familiari o di affinità). Per contro, il controllo o il collegamento societario non sono neppure di per sé *sufficienti* a quei fini, perché potrebbe tuttavia mancare l'esercizio di un potere di direzione e coordinamento che dia vita ad un gruppo, essendo ad esempio il controllo stesso operato a fini meramente finanziari e non anche gestionali.

Insomma, allo stato della normativa societaria e del dibattito dottrinale, si potrebbe affermare che per gruppo di società si intende un'organizzazione plurisocietaria, caratterizzata da *una stabile relazione gerarchica, di fondamento giuridico, ovvero anche solo di fatto, che si manifesta in termini di direzione e coordinamento gestionale degli organi della società dominante rispetto a quelli delle società dominate*.

C) È invece da escludere che, in forza alla normativa societaria vigente, allorché si è in presenza di un'organizzazione plurisocietaria configurabile come gruppo, sia possibile altresì superare le barriere costituite dalla personalità giuridica di ciascuna delle società del gruppo, e ritenere che si possa giungere ad individuare un'unica ed unitaria *impresa di gruppo societario* (come tale rilevante per il diritto) ⁽⁸⁾.

Questa ipotesi interpretativa, già avanzata prima della riforma del 2003, e successivamente riproposta ⁽⁹⁾, ha tuttavia subito critiche penetranti e convincenti, che la hanno sostanzialmente accusata di forzare il dato normativo. Secondo queste critiche, infatti, la legge intende rispettare rigorosamente la "personalità" giuridica, e dunque l'autonomia giuridica di ciascuna delle società che fanno parte del gruppo. E ciò implica che, anche quando si sia in presenza di un gruppo, deve comunque valere un principio di *separatessa* delle responsabilità d'impresa di ciascuna società.

D) In conclusione, nella misura in cui si condividano queste critiche, si deve affermare che, a tutt'oggi, la nozione di "gruppo di società" ha, in realtà, una funzione meramente *dogmatico-descrittiva*, nel senso che la sua elaborazione serve *esclusivamente* a (meglio) definire l'ambito di applicazione di alcune specifiche discipline di diritto commerciale poste a tutela di vari interessi (in particolare quelli dei soci di minoranza).

Per contro, è da escludere che tale nozione possa costituire il fondamento di una ulteriore costruzione tecnica secondo la quale l'attività delle società del gruppo possa essere considerata unitariamente in una prospettiva non soltanto economica

⁽⁸⁾ Secondo questa lettura, la società capogruppo eserciterebbe una attività imprenditoriale costituita dall'attività del gruppo nella sua completezza, ma in modo differenziato: in via diretta nella fase di "direzione" dell'attività medesima, e in via indiretta (e dunque in una sorta di "esercizio congiunto" con ciascuna delle altre società del gruppo) nelle fasi di produzione e di scambio. Si tratta di una costruzione che in passato aveva trovato riconoscimento in una sentenza della Corte di Cassazione del 1990 (Cass. n. 1439/1990, relativa al famoso caso Caltagirone).

⁽⁹⁾ Cfr. in particolare F. GALGANO, *L'impresa di gruppo*, in *DML*, 2004, n. 3, 669 ss.

ma anche giuridica, al punto da potersi configurare una vera e propria impresa di gruppo.

2.2. La nozione di gruppo di società elaborata nell'ambito del diritto commerciale – connotata, come si è detto, sui due elementi della direzione e del coordinamento della società capogruppo – apre per *il diritto del lavoro* un'interessante prospettiva, sistematica e analitica.

A) Nel diritto del lavoro ⁽¹⁰⁾ vi sono, infatti, talune norme di legge che contengono un letterale richiamo ai *gruppi di impresa*, al fine dell'applicazione di alcune specifiche e limitate discipline.

In altre (o talvolta anche nelle stesse) previsioni, inoltre, ricorrono espressioni più generiche che, con una certa evidenza, paiono fare riferimento a forme complesse di organizzazione gerarchica di imprese di tipo societario e non, a situazioni di condizionamento gestionale da parte di una società o impresa rispetto alle altre facenti parte dell'organizzazione; ciò sempre al fine di stabilire l'ambito di applicazione di specifiche discipline. Alcune di queste norme – come ad esempio in materia di licenziamenti collettivi – trovano la loro origine negli obblighi di attuazione di normative comunitarie.

A titolo meramente esemplificativo, tra le disposizioni più significative (ma svariate altre sono rinvenibili anche in materia previdenziale) possono qui richiamarsi:

a) articolo 54, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003, in materia di contratto di inserimento (un particolare contratto con finalità formative):

«2. I contratti di inserimento possono essere stipulati da:
[...]
b) *gruppi di imprese*;
[...].».

b) articolo 31, decreto legislativo n. 276, relativo agli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale:

«1. I *gruppi di impresa*, individuati ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile e del decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74, possono delegare lo svolgimento degli adempimenti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, alla *società capogruppo per tutte le società controllate e collegate*».

c) articolo 1, comma 1, decreto legislativo n. 72/2002, in materia di distacco dei lavoratori in altri Paesi della UE (decreto attuativo della direttiva n. 96/71/CE):

«1. Il presente decreto si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia, le quali, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore [...] presso un'unità produttiva

⁽¹⁰⁾ I più recenti studi monografici in questo ambito sono: G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, Milano, 1995; F. LUNARDON, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Giappichelli, Torino, 1996; V. PINTO, *op. cit.*

della medesima impresa o presso altra impresa *appartenente allo stesso gruppo* [...]».

d) articolo 8, comma 4-*bis*, legge n. 223/1991, in materia di benefici per l'assunzione di lavoratori licenziati a seguito di licenziamento collettivo:

«4-*bis*. Il diritto ai benefici economici [...] è escluso con riferimento a quei lavoratori che siano stati collocati in mobilità, nei sei mesi precedenti, da parte di impresa dello stesso o di diverso settore di attività che, al momento del licenziamento, presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume ovvero risulta con quest'ultima *in rapporto di collegamento o controllo*[...]».

f) articolo 12, commi 1 e 2, legge n. 223/1991, in materia di concessione della CIGS alle imprese artigiane:

«1. A decorrere dal 1° aprile 1991, le disposizioni in materia di integrazione salariale straordinaria si applicano anche ai dipendenti delle imprese artigiane [...] che procedono alla sospensione dei lavoratori in conseguenza di sospensioni o contrazioni dell'attività dell'impresa che esercita *l'influsso gestionale prevalente* [...] 2. Si ha influsso gestionale prevalente [...] quando, in relazione ai contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di opere o la prestazione di servizi o la produzione di beni o semilavorati costituenti oggetto dell'attività produttiva o commerciale dell'impresa committente, la somma dei corrispettivi risultanti dalle fatture emesse dall'impresa destinataria delle commesse nei confronti dell'impresa committente, acquirente o somministrata abbia superato, nel biennio precedente, [...] il cinquanta per cento del complessivo fatturato dell'impresa destinataria delle commesse».

g) articolo 4, comma 15-*bis*, legge n. 223/1991, in materia di obblighi di informazione e consultazione in materia di licenziamenti collettivi:

«15-*bis*. Gli obblighi di informazione, consultazione e comunicazione devono essere adempiuti indipendentemente dal fatto che le decisioni relative all'apertura delle procedure di cui al presente articolo siano assunte dal datore di lavoro o da *un'impresa che lo controlli*. Il datore di lavoro che viola tali obblighi non può eccepire a propria difesa la mancata trasmissione, da parte dell'impresa che lo controlla, delle informazioni relative alla decisione che ha determinato l'apertura delle predette procedure».

h) articolo 2, comma 1, lettera *c* e *d*, e articolo 3, decreto legislativo n. 74/2002, in materia di costituzione dei Comitati aziendali europei (decreto attuativo della direttiva n. 94/45/CE):

«Art. 2

1. Ai fini del presente decreto si intende per:

[...]

c) "*gruppo di imprese*", un gruppo costituito da un'impresa controllante e dalle imprese da questa controllate;

d) "*gruppo di imprese di dimensioni comunitarie*", un gruppo di imprese che soddisfa le condizioni seguenti:

- 1) il gruppo impiega almeno 1.000 lavoratori negli Stati membri;
 - 2) almeno due imprese del gruppo si trovano in Stati membri diversi;
 - 3) almeno un'impresa del gruppo impiega non meno di 150 lavoratori in uno Stato membro e almeno un'altra impresa del gruppo impiega non meno di 150 lavoratori in un altro Stato membro;
- [...].».

«Art. 3

1. Ai soli fini del presente decreto si intende per “impresa controllante” un'impresa che può esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa denominata “impresa controllata”.
2. Si presume la possibilità di esercitare un'influenza dominante, salvo prova contraria, se un'impresa direttamente o indirettamente nei confronti di un'altra impresa alternativamente:
 - a) può nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione;
 - b) dispone della maggioranza dei voti in rapporto alle partecipazioni al capitale dell'impresa;
 - c) detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa».

i) articolo 13, comma 1, decreto legislativo n. 188/2005, in materia di coinvolgimento dei lavoratori nella Società europea (decreto attuativo della direttiva n. 2001/86/CE):

«1. Qualora la SE sia un'impresa di dimensioni comunitarie o un'impresa di controllo di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie ai sensi del decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74, le disposizioni di quest'ultimo non sono applicabili ad essa né alle sue affiliate. Tuttavia, qualora, conformemente all'articolo 3, commi da 7 a 10, la delegazione speciale di negoziazione decida di non avviare negoziati o di porre termine a quelli già iniziati, si applicano le disposizioni contenute nel decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74».

B) Un primo aspetto da sottolineare è che il rinvio letterale contenuto nelle disposizioni lavoristiche non ai gruppi di società, bensì ai gruppi di imprese lascia evidentemente intendere che il legislatore ha inteso *ampliare* la portata della nozione di gruppo derivante dal diritto societario, includendo in essa non soltanto i gruppi costituiti da società di capitali, ma anche quelli costituiti da imprese di natura diversa (ad esempio società di persone o anche imprese individuali).

Nonostante il letterale richiamo ai gruppi di imprese, poi, nemmeno in queste disposizioni di diritto del lavoro è possibile rivenire una formale *definizione* di essi. Nel silenzio del legislatore, spetta, dunque, all'interprete dare un contenuto razionale ed attendibile alla nozione di gruppo di imprese; e, a tal fine, appare corretto ritenere che, per ragioni di carattere sistematico, debba farsi riferimento al diritto societario, ed in particolare alla nozione di gruppo di società sopra delineata.

In tal senso, si può affermare che anche la nozione di gruppo di imprese, cui rinviano queste disposizioni giuslavoristiche, al pari di quella (soggettivamente più limitata) di gruppo di società, presupponga una organizzazione plurisoggettiva di tipo gerarchico, caratterizzata dalla direzione e dal coordinamento unitari della attività gestionale delle imprese dominate da parte dell'impresa dominante. (È da

notare che il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento, specie nel caso in cui nel gruppo vi siano imprese individuali, si poggerà normalmente su vincoli di natura contrattuale).

L'ampliamento della nozione di gruppo nel diritto del lavoro si può giustificare, d'altro canto, in considerazione dell'esigenza di estendere il più possibile l'ambito di applicazione di normative la cui finalità è solitamente quella di assicurare tutele ai lavoratori, ovvero di consentire una più trasparente gestione dei rapporti di lavoro.

C) Se quanto detto vale per le disposizioni giulavoristiche in cui si rinviene un formale rinvio ai gruppi di imprese, diverso discorso ritengo debba essere fatto, invece, per quanto attiene alle altre disposizioni legislative nelle quali si ritrovano espressioni quali "influsso gestionale prevalente", "controllo" o "collegamento" societari, "influenza dominante", ecc.

Il dettato puntuale di ciascuna di queste disposizioni obbliga, infatti, l'interprete che sia chiamato ad applicarle ad un caso concreto a verificare *esclusivamente* la ricorrenza degli specifici elementi da ciascuna di esse richiamati (eventualmente ricorrendo, ove possibile, al fine di stabilire il loro significato, all'ausilio del diritto societario)⁽¹⁾, senza che sia necessaria una (ulteriore) verifica della sussistenza (degli elementi costitutivi) di un gruppo di imprese. In altre parole, la applicazione di queste disposizioni avverrà indipendentemente dall'accertamento dell'esistenza di un'organizzazione plurisoggettiva di tipo gerarchico, con esercizio di un'attività di direzione e coordinamento unitari di un'impresa sulla gestione delle altre. Anche se è da sottolineare che, data la natura essenzialmente gerarchica dei rapporti tra le varie imprese implicata dai predetti elementi, *tali imprese risulteranno, in via del tutto normale, organizzate, appunto, in forma di gruppo.*

Per completezza d'analisi va detto che analogo procedimento interpretativo dovrebbe essere seguito nel caso in cui, accanto al formale richiamo del gruppo di imprese, la singola norma lavoristica aggiunga ulteriori specifici elementi: in tali casi, accanto alla presenza dei requisiti costitutivi del gruppo di imprese, sarà altresì necessaria, ai fini dell'applicabilità di quella disposizione, la ricorrenza degli ulteriori elementi da essa richiamati.

D) Un secondo aspetto da segnalare è costituito dal fatto che le disposizioni sopra ricordate che fanno riferimento ai gruppi di imprese, oltre a presupporre una nozione derivata dal diritto societario (e dunque fondata sui requisiti della direzione e del coordinamento unitari), non sembrano affatto, in ragione della loro generica formulazione, di voler alterare il principio della "pluralità soggettiva" delle imprese componenti il gruppo, che, come si è detto in precedenza, si ritiene tutt'oggi sancito nell'ambito del diritto societario. In altre parole, anche la vigente legislazione di diritto del lavoro in cui si richiamano i gruppi di imprese non pare consentire un superamento della personalità o della soggettività giuridica delle singole imprese del gruppo e di individuare una autonoma *impresa di gruppo.*

⁽¹⁾ Al quale occorre sicuramente rivolgersi al fine, ad esempio, di definire il significato di "controllo" o "collegamento" societari.

Per il vero, *l'esigenza di ricondurre ad una unità giuridica il gruppo di imprese* – di costruire, cioè, un nuovo soggetto giuridico cui imputare, complessivamente, l'attività svolta dalle varie imprese di un gruppo – ha rappresentato una via da lungo tempo battuta anche nell'ambito del diritto del lavoro, al fine di evitare che, a causa della formale imputazione del rapporto di lavoro ad una sola delle imprese del gruppo, non potessero essere riconosciute ai lavoratori tutele dettate da norme imperative di legge.

In effetti, numerose sono state, nel corso degli anni passati, le questioni affiorate in giurisprudenza. Tra le tante, al fine di evidenziare l'importanza del tema, possono in particolare ricordarsi:

- il mancato riconoscimento della tutela reale contro il licenziamento, a causa del ridotto numero di dipendenti dell'impresa del gruppo con cui intercorreva il rapporto di lavoro, e data la non computabilità dei dipendenti delle altre imprese del gruppo;
- l'impossibilità per un lavoratore di rivendicare i crediti di lavoro vantati nei confronti di varie società del gruppo con le quali erano intercorsi vari rapporti di lavoro, direttamente dalla società capogruppo;
- l'impossibilità di considerare unitariamente i licenziamenti per causa economica intimati da più imprese di un gruppo, al fine di raggiungere il numero necessario per la ricorrenza di un licenziamento collettivo e per far scattare i relativi obblighi legali.

Ebbene, con riferimento a tutti questi casi, parte della dottrina – talora assecondata dalla giurisprudenza di merito – ha tentato di dimostrare l'esistenza di un unico centro di imputazione. E ciò è avvenuto soprattutto facendo forza sulla generale nozione codicistica di imprenditore sancita dall'articolo 2082 c.c. (in cui si stabilisce che «è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi»). Secondo tale dottrina, in altre parole, vi sarebbe la possibilità di riconoscere il gruppo di imprese, considerato unitariamente nella sua complessiva organizzazione economica, come imprenditore ai sensi dell'articolo 2082 c.c. (così costruendosi, in realtà, una soggettività giuridica di secondo livello, da riferire ad una sorta di entità di fatto).

La giurisprudenza consolidata della *Corte di Cassazione* ha tuttavia rigettato questa posizione nella sua portata generale, solo riconoscendo la possibilità di giungere a questa conclusione nel caso in cui «vi sia una *simulazione* o una *preordinazione in frode alla legge* del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale».

La Corte ha precisato al riguardo che:

«Tale situazione ricorre ogni volta che vi sia una simulazione o una preordinazione in frode alla legge del frazionamento di un'unica attività fra i vari soggetti del collegamento economico-funzionale e ciò venga accertato in modo adeguato, attraverso l'esame delle attività di ciascuna delle imprese gestite formalmente da quei soggetti, che deve rivelare l'esistenza dei seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo co-

mune; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori» (Corte di Cassazione n. 11107/2006).

Questa giurisprudenza non contraddice, ed anzi, a ben vedere, sembra confermare, la costruzione di una nozione di gruppo di imprese fondata sulla necessaria presenza di una direzione e di un coordinamento unitari, ferma restando la autonoma soggettività di ciascuna delle imprese componenti. Proprio tale nozione, infatti, non consente di configurare come gruppi di imprese quelle organizzazioni imprenditoriali plurisoggettive in cui il dominio dell'impresa collocata al vertice della struttura gerarchica si traduca in un «annullamento totale dell'autonomia decisionale e operativa delle imprese dominate»⁽¹²⁾.

Ebbene, a ben vedere, la giurisprudenza della Corte di Cassazione appena ricordata, nell'adottare la prospettiva simulatoria o fraudolenta, non ha fatto altro che trarre le *dirette conseguenze di questo ragionamento*, affermando sostanzialmente che in tali casi non si è in presenza di una effettiva pluralità di imprese, ma di un'unica impresa (e non di gruppo ...).

E) Volendo riassumere brevemente questa prima parte del mio intervento, si potrebbe dunque affermare che il legislatore italiano, mentre, da un lato, ha provveduto a dettare alcune specifiche disposizioni per finalità sia di tutela individuale e collettiva dei lavoratori nei confronti dei gruppi di imprese (intendendo per tali organizzazioni complesse di imprese connotate dalla presenza di una direzione unitaria e di un coordinamento da parte dell'impresa dominante), per altro verso non ha inteso riconoscere a tali gruppi una soggettività giuridica autonoma. Salvo il caso in cui sia possibile dimostrare che il frazionamento giuridico sia dipeso da simulazione o abbia finalità fraudolente, i lavoratori dipendenti da ciascuna delle imprese del gruppo continueranno ad avere come datore di lavoro giuridicamente responsabile *sempre e soltanto* l'impresa titolare del contratto di lavoro.

In buona sostanza, ciò significa che *anche* nell'ambito della legislazione lavoristica la nozione di gruppo di imprese – comunque derivata dal diritto societario nei termini anzidetti – assume una funzione meramente *dogmatico-descrittiva*, nel senso che serve solo a definire il campo di applicazione di specifiche discipline (in cui si fa, appunto, riferimento ai gruppi di impresa) e non a creare un nuovo soggetto cui imputare l'attività complessivamente svolta da una pluralità di imprese.

F) Sia tuttavia consentito manifestare una profonda insoddisfazione per questo punto di arrivo. A mio sommo avviso né la dottrina né la giurisprudenza in materia di lavoro hanno ancora sviluppato fino in fondo alcune intuizioni (invero ormai già risalenti nel tempo) della dottrina commercialista in merito alla necessità di concentrare l'attenzione, rispetto alle molteplici forme di esercizio della

⁽¹²⁾ Si ritiene, infatti, che in tali casi si sia in presenza di un *pseudo-gruppo*; una espressione con la quale si intende far riferimento ad aggregati «in cui manca in realtà una dialettica potere di coordinamento/potere di gestione dell'attività», perché ogni decisione in realtà è presa di fatto dall'impresa dominante, «che quindi *tiranneggia* l'intero complesso»: così V. PINTO, *op. cit.*, 31, con rif. però ai gruppi di società.

impresa, più sull'attività economica organizzata in sé considerata che sulla titolarità giuridica della medesima⁽¹³⁾.

Nell'ambito del diritto del lavoro, in cui è particolarmente sentito il bisogno di evitare che il frazionamento giuridico possa, indipendentemente dalla dimostrazione dell'esistenza di aspetti simulatori o fraudolenti, risultare gravemente lesivo dei diritti dei lavoratori, a causa della mancata applicazione di tutele del lavoro solitamente dettate da norme di legge imperative, occorrerebbe forse muoversi oggi con maggiore coraggio, valorizzando queste premesse concettuali.

Senza alterare le tradizionali costruzioni incentrate sull'autonomia soggettiva di ciascuna delle imprese di un gruppo mediante la creazione di nuovi soggetti giuridici di incerta consistenza giuridica, si potrebbe infatti, probabilmente, arrivare ad assicurare ai lavoratori l'applicazione di quelle tutele per il semplice fatto che l'attività economica esercitata da ciascuna impresa altro non è se non una semplice parte di una complessiva attività economica organizzata in modo unitario, attraverso l'esercizio di un potere di direzione e coordinamento. È in tale *fatto*, e non nella formale titolarità del rapporto, che si dovrebbe, insomma, individuare il presupposto su cui misurare l'applicabilità della normativa protettiva giuslavoristica⁽¹⁴⁾.

3. Esaurita la trattazione della prima delle due forme di integrazione produttiva da cui sono partito, quella dei gruppi di impresa, è possibile passare ora alla seconda, quella contrattuale, nel cui ambito ho già segnalato in apertura la importanza assunta dal modello delle *catene di appalti*, ricordando come la materia degli appalti sia stata oggetto, negli ultimi anni, di una serie di interventi del legislatore fortemente segnati da opposte opzioni ideologiche dei governi di centro-destra e di centro-sinistra in merito ai sistemi di tutela da prevedere in favore dei lavoratori dipendenti dalle imprese appaltatrici e subappaltatrici⁽¹⁵⁾.

Per brevità mi soffermerò comunque solo su alcuni aspetti della *disciplina vigente*, quale risultante dalle ultime modifiche apportate dal governo in carica nell'agosto di quest'anno.

A) In via preliminare devo, peraltro, almeno ricordare che, fino al 2003, l'articolo 3 della legge n. 1369 prevedeva una disciplina specifica per gli appalti di «opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore». La giurisprudenza aveva chiarito che l'espressione «nell'interno» adottata dal legislatore andava interpretata come volta a definire non solo un criterio «topografico», ma anche «funzionale». Essa, insomma, intendeva far riferimento ad un collegamento dell'appalto con il *normale ciclo*

⁽¹³⁾ F. LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1969, e ID., *L'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 15 ss.

⁽¹⁴⁾ Ad esempio calcolando unitariamente il numero dei dipendenti di tutte le imprese del gruppo, ai fini dell'applicazione di normative legali, ecc. Sia consentito sul punto un rinvio a U. CARABELLI, *Impresa di gruppo e diritto del lavoro*, in P. ZANELLI (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, F. Angeli, Milano, 1991, 191 ss.

⁽¹⁵⁾ Sulla disciplina degli appalti il contributo monografico più recente è quello di M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2008, che peraltro, inevitabilmente, non ha potuto tener conto delle innovazioni introdotte nei mesi più recenti del 2008.

produttivo dell'impresa appaltante, e dunque all'esistenza di una stabile integrazione tra l'attività dell'appaltatore e l'organizzazione del committente.

Ebbene, nel caso di stipulazione di questi contratti d'appalto, l'imprenditore appaltante era tenuto in solido con l'appaltatore «a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo», non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti dall'appaltante ⁽¹⁶⁾. Tali diritti potevano essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino a un anno dopo la data di cessazione dell'appalto stesso.

Accanto a questa disciplina, volta ad assicurare una *uniformità di trattamento* tra i lavoratori dipendenti dall'appaltante e dall'appaltatore, si collocava la previsione contenuta nell'articolo 1676 c.c., il quale prevedeva la c.d. *azione di rivalsa* in favore dei dipendenti dell'appaltatore che avevano prestato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio. Essi potevano agire direttamente contro l'appaltante al fine di conseguire quanto loro dovuto, ma solo fino alla concorrenza del debito che il committente aveva verso l'appaltatore nel momento in cui essi proponevano la domanda.

Orbene, nel 2003, l'articolo 85, comma 1, lettera c, decreto legislativo n. 276 *ha abrogato* la legge n. 1369. È rimasto in vigore invece l'articolo 1676 c.c., il cui ambito di applicazione è generale e riguarda ogni tipo di appalto, anche pubblico.

B) Accanto all'articolo 1676, peraltro, si colloca oggi una disposizione assai più significativa in materia di responsabilità solidale negli appalti, e specificamente nelle catene di appalti.

L'articolo 29, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 ⁽¹⁷⁾ prevede, infatti, che:

«2. In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti».

Questa disciplina – che non si applica alle pubbliche amministrazioni ⁽¹⁸⁾ ma che riguarda tutti gli appalti privati ad esclusione di quelli in cui il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale ⁽¹⁹⁾ – si disinteressa dunque, a differenza della normativa del 1960, della uniformità di trattamento dei dipendenti degli appaltatori e dei sub-appaltatori interni implicati nella catena di appalti, mentre stabilisce una regola generale più efficace di responsabilità patrimoniale nelle c.d. catene di appalti.

In effetti, l'elemento più innovativo risiede proprio in quella che in dottrina è stata significativamente chiamata “moltiplicazione dei centri di imputazione” della responsabilità patrimoniale solidale, per cui il lavoratore impiegato nell'ambito di

⁽¹⁶⁾ Gli imprenditori appaltanti erano, inoltre, tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori dipendenti da quest'ultimo, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza.

⁽¹⁷⁾ Modificato sul punto dalla l. n. 296/2006.

⁽¹⁸⁾ Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

⁽¹⁹⁾ Art. 29, comma 3-ter, d.lgs. n. 276/2003.

un subappalto può rivolgere le proprie pretese creditorie nei confronti – oltre che del proprio datore di lavoro subappaltatore – anche del committente, nonché dell'appaltatore e di tutti gli eventuali subappaltatori collocati “a monte” del subappalto per il quale egli ha prestato la sua opera.

A differenza dell'articolo 1676 c.c., la responsabilità solidale nei confronti del lavoratore riguarda anzitutto il *trattamento retributivo* (sono dunque escluse dall'ambito della tutela le somme vantate a titolo diverso dalla retribuzione, come ad esempio l'indennità per licenziamento), ed è previsto un termine di prescrizione di *2 anni* per l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti dei vari soggetti coobbligati. Per converso non opera il limite costituito dal credito vantato dal subappaltatore nei confronti dall'appaltatore primario o da questi nei confronti del committente ⁽²⁰⁾.

La tutela creditoria prevista dall'articolo 29, comma 2, è, poi, esplicitamente estesa agli appalti conclusi a seguito di un *trasferimento d'azienda* ai sensi dell'articolo 2112 c.c. ⁽²¹⁾.

C) Oltre alla recente disposizione appena richiamata, merita ancora di essere ricordata la nuova *disciplina in materia di sicurezza del lavoro* introdotta dal decreto legislativo n. 81/2008, il cui articolo 26 ha intensificato gli obblighi di sicurezza imposti ai datori di lavoro nel caso di appalto e specificamente di catene di appalti.

Questa disposizione ha, infatti, imposto al datore di lavoro appaltante una verifica più accurata dell'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici in relazione ai lavori da affidare in appalto, nonché un obbligo di coordinamento, addossando, tra l'altro, anche ai subappaltatori di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto. Essa ha inoltre stabilito che nei singoli contratti di appalto e di subappalto devono essere specificamente indicati, a pena di nullità ai sensi dell'articolo 1418 c.c. i costi relativi alla sicurezza del lavoro connessi all'appalto stesso.

L'articolo 26, comma 4, integrando, in qualche misura, quanto stabilito dall'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo n. 276, di cui ho appena parlato, ha inoltre previsto, altresì, una *responsabilità solidale generale* dell'imprenditore committente «con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per *tutti i danni* per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato» dagli enti assicurativi. Sono tuttavia esplicitamente esclusi i danni collegati ai rischi specifici propri dell'attività delle

⁽²⁰⁾ Incidentalmente va notato che l'art. 29, comma 2, assicura una corrispondente responsabilità solidale anche in materia di “contributi previdenziali”. Destinatari della tutela sono, evidentemente, gli enti previdenziali. E analoga responsabilità solidale in materia fiscale è stata di recente prevista, peraltro, solo nei rapporti tra appaltatore e subappaltatore – con esclusione dunque dell'appaltante – dall'art. 35, comma 28, d.l. n. 223/2006, conv. l. n. 248/2006 (Decreto Bersani), il quale ha disposto che: «L'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore».

⁽²¹⁾ L'ultimo comma di questa disposizione (inserito dall'art. 32, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) prevede infatti che «nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del presente decreto».

imprese appaltatrici o subappaltatrici. Anche in questo caso, inoltre, l'azione per far valere la responsabilità solidale non è soggetta ad alcun termine di prescrizione.

D) Tirando alcune brevi conclusioni di questa seconda parte del mio intervento, si può affermare che l'evoluzione legislativa di questi ultimi anni in materia di appalti ha segnato l'abbandono della originaria concezione risalente agli anni Sessanta, secondo la quale l'integrazione contrattuale attuata per mezzo di appalti topograficamente e/o funzionalmente interni non doveva costituire un mezzo per abbassare i costi del lavoro e, quindi, per penalizzare i lavoratori delle imprese appaltatrici. Di qui i due strumenti di tutela di questi ultimi costituiti anzitutto dalla *uniformità di trattamento economico e normativo* e, in seconda battuta, dalla *responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore*.

Questa disciplina, a detta di alcuni studiosi, aveva manifestato evidenti segni di inadeguatezza rispetto alle profonde modificazioni dei sistemi di produzione che caratterizzano l'organizzazione post-fordista del lavoro, in funzione della quale le imprese hanno esternalizzato parti o fasi della produzione, per godere dei vantaggi sia di una maggiore flessibilità organizzativa, sia della specializzazione produttiva degli operatori economici presenti nel mercato di riferimento.

Tuttavia, la soppressione del principio di uniformità di trattamento economico e normativo, in una realtà come quella italiana, nella quale è assente una legislazione sui minimi di trattamento salariale (nonché un sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale in grado di coprire tutte le imprese operanti sul territorio), e nella quale l'esistenza di una congrua dimensione occupazionale delle imprese è presupposto per l'applicazione di importanti discipline legali di tutela (ad esempio in materia di licenziamenti individuali e collettivi nonché di diritti sindacali nei luoghi di lavoro), ha rappresentato a sua volta uno strumento che non si è certo rivelato idoneo a sostenere processi di riorganizzazione produttiva fondati sulla qualità del prodotto piuttosto che sulla mera riduzione del costo del lavoro.

Infatti, *date queste condizioni*, l'esternalizzazione di fasi o parti della produzione, con il loro affidamento a terzi per il tramite di contratti di appalto, nonché, a cascata, di ulteriori contratti di subappalto, può significare – ed in effetti significa assai frequentemente, almeno nel settore privato – solo ricerca di una riduzione dei costi di produzione ottenuta grazie alla penalizzazione dei lavoratori dipendenti dai datori di lavoro appaltatori o subappaltatori, nella misura in cui questi ultimi *non siano tenuti* ad assicurare trattamenti economici e contrattuali di mercato, ovvero *siano esclusi*, per la loro piccola dimensione, dal rispetto di alcune normative legali di tutela, o ancora *si sottraggano scorrettamente*, in virtù della loro minore “visibilità”, al rispetto della normativa di tutela assicurata dalla legge, e possano quindi offrire opere e servizi a costi inferiori a quelli che dovrebbero essere sostenuti dall'impresa committente o subappaltante.

Se ciò è vero, i maggiori vincoli congiunti in materia di sicurezza, e l'accrescimento del sistema delle responsabilità solidali tra appaltante, appaltatori e subappaltatori per i crediti retributivi, nonché per i danni da lavoro, appaiono innovazioni legislative utili ma non sufficienti per governare il fenomeno. È evidente, infatti, che una più estesa responsabilità solidale, nel caso di catene di appalti, per il pagamento effettivo dei trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori dipendenti

dagli appaltatori e subappaltatori non garantisce affatto che quei trattamenti siano corrispondenti ai valori di mercato, né tanto meno che tali soggetti rispettino il sistema di norme legali di tutela. Da questo punto di vista appare chiaro che siffatto regime esteso di responsabilità solidale non costituisce di per sé un soddisfacente surrogato della uniformità di trattamento economico e normativo prevista dalla precedente disciplina del 1960, la quale sicuramente fungeva da fattore di maggiore equilibrio nelle politiche di esternalizzazione.

È pur vero, per altro verso, che occorrerebbe chiedersi se, nella situazione attuale, a fronte della assoluta centralità assunta, nelle strategie organizzative delle imprese, dall'*outsourcing*, sia ancora opportuno auspicare un ritorno secco al principio di uniformità di trattamento, o se si debba, invece, ricorrere a strumenti di tutela diversi, idonei a bilanciare interessi delle imprese e tutela dei lavoratori. Ciò tenendo conto, in particolare, del fenomeno della specializzazione produttiva e della possibile collocazione delle varie imprese della catena in settori economico-contrattuali differenziati.

Ma è evidente che non può essere questa la sede per riflettere su questo complesso interrogativo, nella consapevolezza che ciò indurrebbe, invero, a riflettere su tutti gli aspetti sopra ricordati: normativa sui minimi salariali, legge sindacale sulla contrattazione ad efficacia generale, eliminazione o temperamento dei differenziali di protezione in favore dei lavoratori delle piccole e piccolissime imprese, rafforzamento dei sistemi di controllo del rispetto delle normative di tutela dei lavoratori, ed altri ancora.

La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse – Riassunto.

L'A. muove nell'analisi dal constatato mutamento dell'organizzazione produttiva post-fordista, dalla sostanziale scomparsa della grande impresa industriale verticalizzata e dalla affermazione, nel settore industriale e dei servizi, della impresa leggera con ampia diffusione delle pratiche di esternalizzazione. Ciò ha determinato nuove strategie e sistemi organizzativi che si sono tradotti, sul piano giuridico, in due forme sostanziali (non necessariamente alternative ma spesso concorrenti): l'integrazione societaria e quella contrattuale. Su tali forme l'A. concentra quindi la propria attenzione per disegnare un quadro dello stato attuale della legislazione e del dibattito giuridico in Italia. Quanto alla integrazione societaria, richiamati i tratti essenziali dell'analisi giuridica del fenomeno nel diritto societario e del lavoro, l'A. conclude che da entrambe le prospettive la nozione di gruppo assume una funzione dogmatico-descrittiva per definire il campo di applicazione di specifiche discipline, senza creare un nuovo soggetto di imputazione della attività complessiva. L'insoddisfazione rispetto a tale esito induce l'A. a proporre una valorizzazione del profilo fattuale del fenomeno relativo alla attività economica organizzata in modo unitario come presupposto per misurare l'applicabilità della normativa protettiva giuslavoristica, senza alterare le tradizionali costruzioni incentrate sull'autonomia soggettiva di ciascuna impresa. Con riferimento alla integrazione contrattuale, l'A. si concentra sul fenomeno delle catene di appalti e, ripercorsa la recente evoluzione normativa a partire dalla abrogazione della l. n. 1369/1960 e dal conseguente venir meno dell'obbligo di parità di trattamento negli appalti interni, conclude ravvisando un abbandono della concezione risalente agli anni Sessanta, secondo cui l'integrazione contrattuale tramite appalto non doveva abbassare i costi del lavoro penalizzando i lavoratori alle dipendenze delle imprese appaltatrici. Rispetto a tale questione, l'accrescimento del sistema delle responsabilità solidali tra appaltante, appaltatori e subappaltatori non pare un surrogato soddisfacente della uniformità di trattamento economico e normativo come fattore di maggiore equilibrio nelle politiche di esternalizzazione. Rilevata, tuttavia, la problematicità, per il mutamento del contesto, di ritornare tout court a tale soluzione, l'A. suggerisce che l'analisi giuslavoristica sul tema dovrebbe essere più opportunamente collocata nell'ambito di nodi più generali del diritto del lavoro ancora irrisolti.

ti e già precedentemente richiamati nel corso dell'analisi, quali la normativa sui minimi salariali, la legge sindacale sulla contrattazione ad efficacia generale, l'eliminazione o temperamento dei differenziali di protezione in favore dei lavoratori delle piccole e piccolissime imprese, il rafforzamento dei sistemi di controllo del rispetto delle normative di tutela dei lavoratori.

The responsibility of the employer in complex business organisations (Article in Italian) –

Summary. *This paper takes as its starting point the transition to post-Fordist production, with the eclipse of the great industrial organisation of a vertical nature, and the rise, in both the industrial and the service sectors, of lean organisations making extensive use of outsourcing. This has given rise to new strategies and systems of organisation adopting two forms of legal provision (not necessarily in alternative but often in competition): company integration and contractual integration. The paper focuses on these two forms, concentrating on the present state of legislation and the debate among legal scholars in Italy. With regard to company integration, after outlining the essential elements of a legal analysis of company law and labour law, the author concludes that from both perspectives the notion of the group takes on a particular theoretical and descriptive significance for the definition of the field of application of specific disciplines, without giving rise to a new subject to which the overall activity may be imputed. The unsatisfactory nature of this fact leads the author to place greater emphasis on businesses organised in a unitary manner as a condition for assessing the applicability of labour law protection measures, without modifying the traditional construction based on the autonomy of the enterprise. With regard to contractual integration, the author focuses on contracting and subcontracting, providing an historical overview starting from the repeal of Act no. 1369/1960, and the subsequent abolition of the requirement for equal treatment of workers employed by contractors and subcontractors. It is argued that the concept dating back to the 1960s, that conditions for the employees of contractors and subcontractors should be the same as for contractors, has been set aside. In this connection, the question of joint and several liability between the principal, contractors and subcontractors does not appear to be a satisfactory substitute for the principle of equal pay and conditions as a means to strike a balance in the case of outsourcing. After pointing out that a return to equal treatment appears to be unlikely, the author suggests that labour law analysis should take account of more general issues that still need to be resolved, mentioned earlier in the analysis, such as minimum rates of pay, extension clauses for collective bargaining agreements, the elimination or attenuation of different levels of employment protection for workers in small and micro enterprises, and the strengthening of the enforcement of labour protection measures.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Il sindacato trae effettivamente vantaggio dall'adozione di un modello partecipativo alla gestione dell'impresa?

John Geary

Sommario: **1.** Inquadramento del problema: l'importanza dell'analisi teorica. – **2.** La posizione dei sostenitori. – **3.** La posizione dei critici. – **4.** Affinità e differenze nelle teorie di critici e sostenitori. – **5.** Sostenitori e critici del partenariato: riepilogo delle argomentazioni. – **6.** Alcuni dati recenti relativi all'indagine in Irlanda.

1. L'individuazione delle ragioni per preferire, nei confronti dei datori di lavoro, un atteggiamento di cooperazione rappresenta da sempre un tema centrale per il sindacato. Spesso accade che i sindacati siano costretti a cooperare con i datori di lavoro, ma che lo facciano mantenendo una sorta di distacco, una collaborazione, per così dire, a distanza di sicurezza, mentre su temi come i salari ovvero la regolazione dei rapporti di lavoro prevale nettamente un atteggiamento di contrapposizione. La scelta opposta, di lavorare a stretto contatto con il *management*, attraverso forme di cooperazione o *partnership*, costituisce una delle maggiori sfide e paure che il sindacato deve affrontare. Da un lato, è diffusa l'affermazione secondo cui tanto i lavoratori, quanto i loro rappresentanti dovrebbero lavorare a stretto contatto con i datori di lavoro per perseguire un miglioramento dei risultati aziendali e assicurare così la propria stessa occupazione e tenore di vita. Dall'altro, si registra diffusamente un atteggiamento di vera e propria diffidenza a collaborare con i ruoli dirigenziali, per paura che questo indebolisca la capacità dei sindacati di difendere e promuove le istanze dei lavoratori quando questi divergono dagli interessi datoriali. Queste due visioni emergono con chiarezza nella letteratura in tema di partecipazione. Negli ultimi anni, soprattutto nei Paesi di tradizione anglosassone, la questione se gli accordi improntati ad un modello partecipativo siano effettivamente in grado di incrementare influenza e rappresentatività del sindacato è tra le più dibattute, a livello teorico e pratico. Peraltro, i primi contributi su questo tema appaiono fortemente polarizzati tra i sostenitori della tesi secondo cui la partecipazione costituisce uno strumento di rinnovamento e contestuale rafforzamento della posizione del sindacato e chi, all'estremo opposto, ritiene che la diffusione di modelli partecipativi indebolisca le organizzazioni sindacali, rendendo un cattivo servizio alla causa dei lavoratori. Negli ul-

* *Professore di Relazioni industriali e gestione delle risorse umane, University College di Dublino. Traduzione dall'inglese a cura di Pietro Manzella.*

timi anni, il dibattito si è concentrato, piuttosto, sulla individuazione specifica dei fattori in grado di incidere in un senso o nell'altro. Si è così determinata una maggiore comprensione degli effetti della partecipazione sindacale all'interno dei luoghi di lavoro. Soprattutto, questo si deve all'analisi casistica con un ruolo fondamentale nella dimostrazione che non vi è un nesso necessario tra scelta del modello partecipativo e impatto sulla rappresentanza; piuttosto si tratta di un legame variabile e contingente con la conseguenza che non si può determinare in maniera automatica se la scelta di condurre la dialettica sindacale interaziendale tramite soluzioni partecipative ovvero di contrapposizione si traduca in un vantaggio ovvero in uno svantaggio per il sindacato. Pur riconoscendo ricchezza e rilievo a tale filone di ricerca, occorre rilevare come a livello di teoria delle relazioni industriali e della organizzazione siano ancora relativamente pochi i lavori che abbiano indagato in maniera sistematica, a livello teorico quanto empirico, l'impatto degli accordi di partecipazione sui sindacati e, soprattutto, la percezione che di essi hanno i membri stessi delle organizzazioni sindacali. Da questa prospettiva pertanto una rassegna della letteratura di riferimento sembra costituire un passaggio necessario per indagare se, e in quali circostanze, i sindacati possono effettivamente trarre beneficio dalla scelta di una vera e propria cooperazione con la parte datoriale ⁽¹⁾.

Diversamente da quanto si verifica in molti Paesi dell'Europa continentale, dove la promozione del ruolo di lavoratori e sindacati nei meccanismi decisionali e nelle relazioni di lavoro a carattere partecipativo sono regolati dalla legislazione vigente e dagli accordi collettivi, nei Paesi anglosassoni tali accordi sono stipulati su base esclusivamente volontaria e sono quindi generalmente definiti come forme di partecipazione volontarie. L'incidenza di questi modelli partecipativi è significativa e per tale ragione la loro applicazione è frequente, in quanto considerati dalla maggior parte degli addetti ai lavori validi e importanti strumenti per garantire un maggiore peso specifico a lavoratori e sindacati a livello decisionale e gestionale. Tuttavia, proprio per l'assenza di sanzioni e di una precisa normativa di riferimento, sono in molti ad avanzare un certo scetticismo, rilevando i rischi correlati a tali forme di cooperazione, all'interno delle quali l'opportunità di venire meno o di violare i termini degli accordi di partecipazione (nonché la possibilità di esercitare pressione sulla dirigenza per raggiungere tale scopo) è più che mai reale ⁽²⁾.

La presente analisi della letteratura di riferimento vuole analizzare gli effetti che i modelli partecipativi producono all'interno dei sindacati, considerato che tali accordi prevedono la loro *partecipazione* a livello decisionale. Di conseguenza, le

⁽¹⁾ Per ulteriori approfondimenti si rinvia qui al mio *Do Unions Benefit from Working in Partnership with Employers? Evidence from Ireland*, in *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 2008, 47, n. 4, 530-568, dei cui risultati il presente contributo costituisce una sintesi.

⁽²⁾ W. STREECK, *National Diversity, Regime Competition and Institutional Deadlock: Problems in Forming European Industrial Relations System*, in *Journal of Public Policy*, 1992, vol. 12, n. 4, 301-330; W. STREECK, *Works Councils in Western Europe: from Consultation to Participation*, in J. ROGERS, W. STREECK (a cura di), *Works Councils: Consultation, Representation and Co-operation in Industrial Relations*, University of Chicago Press, Chicago, 1995, 313-348; R. HYMAN, *Whose (Social) Partnership?*, in M. STUART, M. MARTINEZ LUCIO (a cura di), *Partnership and Modernisation in Employment Relations*, Routledge, London, 2004, 251-265.

normative solitamente prevedono un sistema che coinvolga all'interno di commissioni miste anche rappresentanti e responsabili sindacali. Esiste una seconda forma di partecipazione rappresentativa, definita co-gestione attiva (*on-line co-management*), ma è decisamente meno frequente e l'unico esempio riscontrato è quello degli impianti Saturn della General Motors, negli Stati Uniti. Qui, inoltre, la partecipazione sindacale viene distinta dalle forme dirette di cooperazione in cui i lavoratori vengono coinvolti in maniera più o meno incisiva a livello decisionale, attraverso gruppi di consultazione misti per il *problem-solving* (*off-line teams*), o gruppi autonomi (*on-line teams*) autogestiti⁽³⁾. Da un punto di vista concettuale, tale distinzione viene considerata di fondamentale importanza. Il rapporto tra queste diverse forme di partecipazione (coinvolgimento dei sindacati a livello decisionale e forme più dirette di modelli partecipativi, come il *team-work*) nonché la possibilità che queste possano rappresentare un necessario complemento per l'efficacia del partenariato e dei sindacati saranno oggetto di analisi nelle pagine successive.

2. Tra coloro i quali hanno sostenuto il partenariato in quanto strumento ipotetico di rinnovamento dei sindacati e di rafforzamento del potere dei lavoratori, ci sono sicuramente Kochan e altri⁽⁴⁾, Cooke⁽⁵⁾ negli Stati Uniti, Ackers e Payne⁽⁶⁾, Taylor⁽⁷⁾, Oxenbridge e Brown⁽⁸⁾ nel Regno Unito. Le tesi di Kochan, per esempio, prendono in considerazione il fallimento del sistema di relazioni industriali istituito nel periodo della *New Deal*. Nel definire il potere concesso a lavoratori e sindacati a livello decisionale, Kochan sostiene che i rapporti di lavoro sono diventati una sorta di spirale contraddittoria e poco credibile, da cui entrambe le parti, datori di lavoro e rappresentanti sindacali, faticano a estrapolare le loro relazioni. Kochan, inoltre, insieme ad altri sostenitori del partenariato⁽⁹⁾, ha evidenziato come tra i lavoratori si sia venuta a creare una crescente ostilità nei confronti di relazioni industriali contraddittorie, in quanto il dipendente viene

(3) La distinzione concettuale è di S. RUBINSTEIN, M. BENNETT, T.A. KOCHAN, *The Saturn Partnership: Co-management and the Reinvention of the Local Union*, in B. KAUFMAN, M. KLEINER (a cura di), *Employee Representation: Alternatives and Future Directions*, Industrial Relations Research Association, Madison, WI, 1993, 344-345. Si veda, ancora, A.E. EATON, S.A. RUBINSTEIN, *Tracking Local Unions Involved in Managerial Decision-Making*, in *Labor Studies Journal*, 2006, 2-3. Cooke, inoltre, sottolinea la differenza esistente tra forme di partecipazione e rappresentanza realizzate tramite l'istituzione di associazioni (*committee-based*) e accordi realizzati a livello di gruppo di lavoro (*team-based*).

(4) T.A. KOCHAN, P. OSTERMAN, *The Mutual Gains Enterprise: Forging a Winning Partnership among Labor Management and Government*, Harvard Business School Press, Boston Mass., 1994; T.A. KOCHAN, *Using the Dunlop Report to Achieve Mutual Gains*, in *Industrial Relations*, 1995, n. 34, 350-366; S. RUBINSTEIN, T.A. KOCHAN, *Learning from Saturn*, Cornell University Press, Ithaca, 2001.

(5) W. COOKE, *Labor-Management Cooperation: New Partnerships or Going in Circles*, W.E Upjohn Institute for Employment Research, Michigan, 1990.

(6) P. ACKERS, J. PAYNE, *British Trade Unions and Social Partnership: Rhetoric, Reality and Strategy*, in *International Journal of Human Resource Management*, 1998, n. 9, 529-550.

(7) R. TAYLOR, *Partnership at Work. The Way to Corporate Renewal?*, An ESRC Future of Work Programme Seminar Series, Economic and Social Research Council, Swindon, 2004.

(8) S. OXENBRIDGE, W. BROWN, *Achieving a New Equilibrium? The Stability of Cooperative Employer-Union Relationships*, in *Industrial Relations Journal*, 2004, vol. 35, n. 5, 388-402.

(9) C. HECKSCHER, *The New Unionism: Employee Involvement in the Changing Corporation*, ILR Press, Ithaca, 1996; P.C. WEILER, *Governing the Workplace: The Future of Labor and Employment Law*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1990.

chiamato in causa solo su alcune problematiche, dando vita in molti casi a forme di rappresentanza sindacale remote e formaliste.

Nel valorizzare l'analisi relativa al potere decisionale dei dipendenti condotta negli Stati Uniti da Freeman e Rogers ⁽¹⁰⁾, Kochan afferma che i lavoratori necessitano di modelli di rappresentanza indipendenti e cooperativi nell'ambito dei rapporti con i datori di lavoro. Dello stesso avviso è Marino Regini ⁽¹¹⁾ nella sua analisi sull'emergere di nuove forme di "micro-concertazione" in diversi Paesi europei. Quest'ultimo sostiene che i lavoratori hanno maturato un graduale disincanto nei confronti di sindacati inerti e poco lungimiranti, caratterizzati da un atteggiamento contraddittorio, aspirando quindi a forme di rappresentanza sindacale pronte a confrontarsi con le aziende, e che quindi non si mostrino indifferenti, in caso di difficoltà economiche.

Il punto di partenza dell'analisi di Cooke ⁽¹²⁾ è il contesto competitivo, mutevole e complesso delle aziende. Cooke sostiene che i sindacati, anche quelli più influenti, non hanno alternativa, in quanto mantenere rapporti contraddittori con i datori di lavoro nell'ambito di un contesto economico concorrenziale e avverso irrimediabilmente li danneggia. Afferma inoltre che con la decisione di collaborare con i datori di lavoro i rappresentanti sindacali non vanno contro i propri valori o interessi, ma semplicemente studiano misure alternative al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati.

Partendo da un'analisi concettuale del partenariato e da un ragionamento *a priori*, Ackers e Payne ⁽¹³⁾ incoraggiano i sindacati del Regno Unito a esprimersi positivamente nei confronti degli accordi di partecipazione, in quanto strumenti attraverso cui «si può riconquistare l'iniziativa e lavorare per ricostruire la propria presenza istituzionale».

Taylor ⁽¹⁴⁾ si schiera contro i critici del partenariato, le cui «supposizioni ideologiche», afferma, «offuscano i dati ottenuti dagli studi empirici». Sostiene inoltre che il partenariato non mette in pericolo l'autonomia e l'indipendenza dei lavoratori e delle associazioni di categoria. Riprendendo Cooke e le sue teorie relative agli Stati Uniti, Brown ⁽¹⁵⁾ intravede nel tentativo dei sindacati inglesi di istituire accordi basati su modelli partecipativi i sintomi di una realtà estremamente competitiva e di un indebolimento degli stessi movimenti sindacali. Gli studi di Oxenbridge e Brown ⁽¹⁶⁾ sui rapporti di cooperazione tra datori di lavoro e sindacati, realizzati attraverso l'analisi di nove diverse organizzazioni, hanno evidenziato i limiti dell'atteggiamento conservatore della contrattazione tradizionale, in quanto non più reputata credibile in termini di strategia sindacale: «Considerando i rapporti di forza moderni, è completamente fuorviante indicare la contrattazione

⁽¹⁰⁾ R. FREEMAN, J. ROGERS, *What Workers Want*, Cornell University Press, Ithaca, 1999.

⁽¹¹⁾ M. REGINI, *Uncertain Boundaries: The Social and Political Construction of European Economies*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

⁽¹²⁾ W. COOKE, *op. cit.*

⁽¹³⁾ P. ACKERS, J. PAYNE, *op. cit.*, 544-545.

⁽¹⁴⁾ R. TAYLOR, *op. cit.*

⁽¹⁵⁾ W. BROWN, *Putting Partnership into Practice in Britain*, in *British Journal of Industrial Relations*, giugno 2000, n. 38, 299-316.

⁽¹⁶⁾ S. OXENBRIDGE, W. BROWN, *op. cit.*, 400.

tradizionale come un'ipotetica ed efficace alternativa a molti dei rapporti di cooperazione contemporanei».

In breve, secondo i sostenitori del partenariato, gli accordi improntati ad un modello partecipativo rappresentano uno strumento fondamentale per rafforzare il potere dei sindacati, soprattutto nei momenti di difficoltà economica. Inoltre, come si è visto, gli iscritti alle associazioni di categoria hanno maturato una crescente ostilità nei confronti dell'atteggiamento contraddittorio dei loro rappresentanti, mirando invece a sindacati che sostengano lo sviluppo di nuove forme di *governance* e rafforzino la posizione dei lavoratori. Sebbene attraverso un processo non sempre opportunamente chiarito, tali iniziative aumentano il senso di responsabilità degli iscritti nei confronti del proprio sindacato.

3. Dall'altra parte, i critici del partenariato, tra cui si ricorda Kelly⁽¹⁷⁾, affermano che tali accordi possono produrre rischi significativi per le organizzazioni sindacali. In primo luogo, il partenariato e, come sostenuto da Kelly, il correlato atteggiamento "moderato" dei sindacati, hanno avuto conseguenze deleterie tanto per le organizzazioni sindacali quanto per i lavoratori. Il mancato adempimento dei propri doveri da parte dei datori di lavoro in termini di contrattazione collettiva e disposizioni in materia di sicurezza occupazionale, nonché le minacce di disconoscere le associazioni di categoria sono solo alcuni esempi di tale fallimento. Secondo Kelly⁽¹⁸⁾ questi risultati sono la conseguenza della cooperazione tra rappresentanti sindacali e datori di lavoro, con questi ultimi convinti di potersi assumere l'incarico "manageriale" di allontanare gli iscritti più riluttanti. Inoltre, le organizzazioni sindacali hanno centralizzato e gerarchizzato la componente decisionale, affidandola a un gruppo ristretto. Un aspetto fondamentale su cui si basa lo studio dei critici è appunto quello secondo cui la centralizzazione dell'aspetto decisionale privilegia il ruolo dei sindacalisti a tempo pieno, con la conseguente emarginazione degli attivisti e dei rappresentanti sindacali all'interno delle aziende – la cosiddetta "teoria dell'attivista decentrato"⁽¹⁹⁾. Anche Terry⁽²⁰⁾, nella sua indagine, pone l'accento sulla stessa questione.

Se i primi lavori di Kelly⁽²¹⁾ muovevano critiche al partenariato *a priori*, gli studi successivi relativi alla cosiddetta "seconda generazione" di accordi di partecipazione, condotti in 22 aziende del Regno Unito⁽²²⁾, offrivano alle teorie precedenti un contributo pratico significativo. La carriera dei dipendenti di aziende in

(17) J. KELLY, *Union Militancy and Social Partnership*, in P. ACKERS, C. SMITH, P. SMITH (a cura di), *The New Workplace and Trade Unionism*, Routledge, London, 1996, 77-109; J. KELLY, *Social Partnership in Britain: Good for Profits, Bad for Jobs and Unions*, in *Communist Review*, autunno 1999, n. 30, 3-10; J. KELLY, *Partnership Agreements in Britain: Labor Cooperation and Compliance*, in *Industrial Relations*, gennaio 2004, n. 43, 267-292.

(18) J. KELLY, *Social Partnership in Britain: Good for Profits, Bad for Jobs and Unions*, cit.

(19) J.F. GEARY, W.K. ROCHE, *Workplace Partnership and the Displaced Activist Thesis*, in *Industrial Relations Journal*, marzo 2003, n. 34, 32-51.

(20) M. TERRY, *Can 'Social Partnership' Reverse the Decline of British Trade Unions?*, March 2001, mimeo; M. TERRY, *Employee Representation: Shop Stewards and the New Legal Framework*, in P.K. EDWARDS (a cura di), *Industrial Relations: Theory and Practice*, Blackwell, Oxford, 2003, 257-284.

(21) J. KELLY, *Union Militancy and Social Partnership*, cit.; J. KELLY, *Social Partnership in Britain: Good for Profits, Bad for Jobs and Unions*, cit.

(22) J. KELLY, *Partnership Agreements in Britain: Labor Cooperation and Compliance*, in *Industrial Relations*, gennaio 2004, n. 43, 267-292.

cui sussistevano accordi improntati ad un modello partecipativo aveva una durata minore rispetto a quella di coloro le cui aziende non avevano sottoscritto accordi di questo tipo. L'esistenza di disposizioni in materia di sicurezza occupazionale non ha avuto effetti visibili nell'evitare la perdita di posti di lavoro. Il partenariato non ha avuto neanche conseguenze rilevanti per ciò che riguarda l'aumento dei salari, la regolamentazione dell'orario di lavoro e dei giorni festivi, fallendo anche nel tentativo di aumentare il senso di appartenenza al sindacato. Questa critica è rilevante in quanto include aziende quali la Rover, Asda, Tesco e Blue Circle Cement, da molti considerate nel Regno Unito come esemplari degli accordi di partecipazione. Va notato, tuttavia, che in molti casi i dirigenti hanno considerato o minacciato l'ipotesi di disconoscere il sindacato o di chiudere lo stabilimento per assicurarsi l'appoggio delle associazioni di categoria nell'ambito proprio di accordi basati su modelli "partecipativi" ⁽²³⁾. Nelle circostanze appena descritte, la dirigenza si è appropriata di tale accordo, utilizzandolo come mezzo retorico per mascherare ciò che altrimenti si sarebbe rivelata una volgare strategia di contenimento o marginalizzazione del potere dei sindacati. I rappresentanti di questi ultimi sono stati costretti ad accettare questa situazione in termini di "prendere o lasciare", il che è stato considerato inevitabilmente come una sconfitta per ciò che riguarda gli interessi di sindacati e lavoratori.

Le indagini poco confortanti di Kelly relative ai risultati ottenuti attraverso l'istituzione dei partenariati non differiscono dalle analisi condotte da altri ricercatori nel Regno Unito ⁽²⁴⁾ e in Irlanda ⁽²⁵⁾, dove le modifiche apportate alla struttura organizzativa assegnano ai sindacati una funzione subordinata rispetto a quella degli organi dirigenziali. La distribuzione degli utili dovuti al partenariato, per esempio, avviene a favore della dirigenza, mentre i costi e i rischi vengono ripartiti in maniera sproporzionata tra lavoratori e organizzazioni sindacali. Anche negli Stati Uniti, gli studi di Eaton e Rubinstein ⁽²⁶⁾ sulla letteratura empirica mettono in evidenza rischi e timori dello stesso tipo, mentre altri si soffermano più specificatamente sulla mancanza di rappresentanti sindacali capaci anche a livello gestionale, sulla riluttanza di questi ultimi a sostenere rimostranze legittime, nonché sulla dispersione delle risorse umane a seguito del coinvolgimento dei delegati sindacali in altre attività. Analizzando undici associazioni di categoria fortemente coinvolte nell'attività gestionale attraverso accordi di partecipazione, Eaton e Rubinstein tracciano un bilancio ampiamente positivo per ciò che

⁽²³⁾ È lo stesso Kelly a inserire il termine tra virgolette.

⁽²⁴⁾ A. DANFORD, M. RICHARDSON, P. STEWART, S. TAILBY, M. UPCHURCH, *Partnership, Mutuality and the High-Performance Workplace: A Case Study of Union Strategy and Worker Experience in the Aircraft Industry*, in G. HEALY, E. HEERY, P. TAYLOR AND W. BROWN (a cura di), *The Future of Worker Representation*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2004, 167-186; A. DANFORD, M. RICHARDSON, P. STEWART, S. TAILBY, M. UPCHURCH, *Workplace Partnership and Employee Voice in the UK: Comparative Case Studies of Union Strategy and Worker Experience*, in *Economic and Industrial Democracy*, 2005, n. 4, 593-620; M. RICHARDSON, P. STEWART, A. DANFORD, S. TAILBY, M. UPCHURCH, *Employees' Experiences of Workplace Partnership in the Private and Public Sector*, in M. STUART, M. MARTINEZ LUCIO (a cura di), *op. cit.*, 210-225; M. STUART, M. MARTINEZ LUCIO, *Trade Union Representatives' Attitudes and Experiences of the Principles and Practices of Partnership*, in M. STUART, M. MARTINEZ LUCIO (a cura di), *op. cit.*, 101-119.

⁽²⁵⁾ D. D'ART, T. TURNER, *Corporatism in Ireland: A View from Below*, in D. D'ART, T. TURNER (a cura di), *Irish Employment Relations in the New Economy*, Blackhall Publishing, Dublin, 2002, 259-274.

⁽²⁶⁾ A.E. EATON, S.A. RUBINSTEIN, *op. cit.*

riguarda gli effetti del partenariato a livello sindacale, sostenendo tuttavia che se e in che misura tale accordo possa essere positivo o negativo per i sindacati dipende da diversi fattori. Di questi, due meritano particolare attenzione: le risorse a disposizione dei sindacati, nonché il contesto strutturale in cui le aziende operano ⁽²⁷⁾.

4. I sostenitori del partenariato sono consapevoli delle pressioni e delle difficoltà che le organizzazioni sindacali dovrebbero affrontare adottando un simile approccio, nonostante i vantaggi derivanti da tali accordi abbiano dimostrato di controbilanciare qualsiasi rischio ipotetico. Lo studio di Rubinstein e Heckscher ⁽²⁸⁾ sulle venti «realità più affermate, innovative e comprovate riguardanti sindacati locali coinvolti in accordi di partenariato» rappresenta un'analisi critica sugli eventuali benefici ottenuti dalle organizzazioni che collaborano con gli organi dirigenziali. A questo proposito, i risultati ottenuti possono essere riassunti in tre punti. In primo luogo, i sindacati considerano la loro partecipazione a tali accordi come un esercizio legittimo, vedendo nel partenariato un'efficace strumento per difendere gli interessi degli associati, come la garanzia occupazionale a lungo termine. In secondo luogo, si è visto come il partenariato abbia aumentato il potere dei sindacati, soprattutto attraverso la volontà da parte degli iscritti di mettere al servizio della gestione aziendale le loro competenze e la loro influenza. In relazione a questo punto, tuttavia, Rubinstein e Heckscher sostengono che la acquisizione di tale potere dipende dalla volontà dei sindacati di servirsi di tale influenza per gestire l'accordo di partecipazione e per rafforzare la organizzazione. Inoltre, il partenariato è vantaggioso laddove le associazioni di categoria riescono a trovare un equilibrio, in armonia con le aspettative degli iscritti, tra la tutela di interessi individuali e collettivi.

Quest'ultimo punto evidenzia nuovamente le tensioni contraddittorie nell'ambito dei rapporti tra rappresentanti sindacali, riprendendo quelle che sono le critiche sollevate da diversi studiosi. L'analisi condotta sulla Saturn ad opera di Rubinstein e Kochan ⁽²⁹⁾ offre un resoconto attento dello sviluppo di tali tensioni. Esistevano testimonianze certe di un disagio da parte dei lavoratori relativamente al fatto che alcuni rappresentanti sindacali (c.d. *module advisors*) si fossero allineati a quelli che erano gli interessi della classe dirigenziale e non fossero più in grado di operare in maniera indipendente. Sembravano anche mancare dell'autorità e della forza necessarie per rappresentare i lavoratori, in quanto nominati e non eletti, a tal punto che le polemiche generate hanno successivamente dato luogo all'estromissione dei più importanti sindacalisti. A questo proposito, sono due gli aspetti che meritano di essere approfonditi. Primo, i nuovi rappresentanti non hanno cercato di rinunciare al partenariato, ma di lavorare affinché gli iscritti riacquistassero fiducia nei confronti di questo tipo di accordo. Secondo, i sospetti degli iscritti nei confronti dei loro rappresentanti non hanno dato vita a forti op-

⁽²⁷⁾ Una citazione particolare merita la critica pungente mossa da Mike Parker e Jane Slaughter ai programmi che prevedevano la partecipazione dei dipendenti e alla cosiddetta prospettiva *Labor Notes*.

⁽²⁸⁾ S.A. RUBENSTEIN, C. HECKSCHER, *Alternatives or Complementary Models of Labor-Management Relations?*, in T.A. KOCHAN, D.B. LIPSKY (a cura di), *Negotiations and Change from Workplace to Society*, Cornell University Press, Ithaca, 2003, 192.

⁽²⁹⁾ S. RUBINSTEIN, T.A. KOCHAN, *op. cit.*

posizioni o a quesiti fondamentali in merito all'efficacia del partenariato stesso⁽³⁰⁾.

La chiave per comprendere la tesi dei sostenitori del partenariato è quella di valutare il punto di partenza. Le crisi economiche incombenti sono spesso identificate come un monito che porta datori e sindacati a prendere in considerazione rapporti di collaborazione⁽³¹⁾. A questo proposito, ciò che avveniva prima della istituzione del partenariato non era particolarmente diverso da quanto individuato dai critici⁽³²⁾. In questo caso i sostenitori e i critici di tale accordo condividono almeno lo stesso punto di partenza, alternando opinioni favorevoli e non a riguardo. Un sindacato forte e stabile rappresenta la seconda preconditione necessaria per lo sviluppo e l'efficacia del partenariato secondo quanto affermato dai suoi sostenitori⁽³³⁾. Dall'altra parte, l'analisi di Kelly⁽³⁴⁾ prende in considerazione diverse forme di modelli partecipativi che fanno parte di un *continuum* che comprende accordi in cui il datore rappresenta la parte dominante (c.d. *employer-dominant*) e forme di cooperazione in cui i sindacati esercitano una notevole influenza (c.d. *labor-parity*). I primi comprendono accordi in cui le organizzazioni sindacali hanno un'importanza secondaria, una struttura debole e non sono in grado di influenzare in maniera significativa la classe dirigenziale a livello decisionale. Gli altri fanno riferimento a rapporti in cui sussiste un certo equilibrio di potere, ovvero rapporti in cui i sindacati sono ben organizzati e il partenariato tutela gli interessi di entrambe le parti. Di conseguenza, mentre i sostenitori di tali accordi spesso sottolineano la necessità di associazioni sindacali forti e ben organizzate al fine di favorire lo sviluppo di tali modelli partecipativi e il rafforzamento di sindacati e lavoratori, Kelly tende a enfatizzare la loro variabilità in termini di forme e di conseguenze.

Un ulteriore punto riguarda la necessità espressa dai sostenitori del partenariato di sviluppare strategie mirate ad organizzare e integrare verticalmente organismi di partecipazione e di rappresentanza, attraverso il *teamwork* e per mezzo del coinvolgimento a livello decisionale⁽³⁵⁾. Ciò dovrebbe essere realizzato affinché il partenariato possa avere un significato per tutte le parti coinvolte, non solo per

⁽³⁰⁾ La questione relativa alla creazione di associazioni composte da una élite non nominata attraverso il voto o in cui il potere è concentrato nelle mani di pochi è presente in molti studi sul partenariato (cfr. J.F. GEARY, W.K. ROCHE, *op. cit.*). Con riferimento agli Stati Uniti, Eaton e Rubinstein (*op. cit.*) riferiscono anche di casi in cui l'istituzione del partenariato sia diventato un forte motivo di dibattito nell'ambito della politica e delle elezioni a livello sindacale, causando in un'occasione l'avvicendamento dei rappresentanti. Raramente, tuttavia, si è arrivati all'annullamento di tale accordo.

⁽³¹⁾ J. CUTCHER-GERSHENFELD, A. VERMA, *Joint Governance in North American Workplaces: A Glimpse of the Future or the End of an Era?*, in *The International Journal of Human Resource Management*, 1994, vol. 5, n. 3, 547-580; T.A. KOCHAN, H. KATZ, R. MCKERSIE, *The Transformation of American Industrial Relations*, ILR Press, Ithaca, 1994; T. KOCHAN, R. MCKERSIE, A. EATON, P. ADLER, P. SEGAL, P. GERHART, *The Kaiser Permanent Labor Management Partnership: 2002-2004*, MIT Sloan School of Management, 2005.

⁽³²⁾ J. KELLY, *Partnership Agreements in Britain: Labor Cooperation and Compliance*, cit.

⁽³³⁾ T.A. KOCHAN, *Rebuilding the Social Contract: A Call to Action*, Proceedings of the Fifty-Second Annual Meeting of the Industrial Relations Research Association, Industrial Relations Research Association, Champaign, Ill., 2000; S. OXENBRIDGE, W. BROWN, *op. cit.*

⁽³⁴⁾ J. KELLY, *Partnership Agreements in Britain: Labor Cooperation and Compliance*, cit.

⁽³⁵⁾ J. CUTCHER-GERSHENFELD, A. VERMA, *op. cit.*; T.A. KOCHAN, H. KATZ, R. MCKERSIE, *op. cit.*; T.A. KOCHAN, P. OSTERMAN, *op. cit.*

quella ristretta cerchia che gestisce l'accordo a livello aziendale, in modo da interessare anche la vita e le condizioni di lavoro dei dipendenti. Cutcher-Gershenfeld e Verma⁽³⁶⁾ sono molto efficaci nell'argomentare che i vantaggi della partecipazione rappresentativa e degli accordi basati sulla partecipazione diretta si basano sulla loro coesistenza e reciproca integrazione: la prima fornisce indicazioni e legittimità alle attività dei dipendenti, alla dirigenza e ai rappresentanti sindacali sul posto di lavoro; i comitati di alto livello invece rappresentano un'istituzione a cui far pervenire segnalazioni o preoccupazioni provenienti dai lavoratori stessi. Kochan e Osterman⁽³⁷⁾, inoltre, hanno posto l'accento su come la prassi in materia di risorse umane rappresenti un prerequisito fondamentale per il successo del partenariato e per il raggiungimento di "profitti reciproci". Grande importanza a questo proposito rivestono le disposizioni in materia di sicurezza occupazionale, la promozione dell'apprendistato e delle strategie di sviluppo, così come l'adozione di sistemi di pagamento diversificati, come, ad esempio, i programmi per la ripartizione degli utili. Altro prerequisito teorico fondamentale è dato dalle strategie concorrenziali adottate dall'azienda. In questo senso, le strategie basate puramente sui costi salariali dovrebbero essere evitate; piuttosto, i datori di lavoro sono incoraggiati ad avviare progetti che si concentrino sulla qualità, sulla ricerca e sull'innovazione. Quindi, Kochan e Osterman mirano al raggiungimento di una "integrazione strategica" in cui il partenariato diventi una scelta vantaggiosa per tutte le parti coinvolte. Dello stesso avviso è anche Cooke⁽³⁸⁾.

Se il sostegno o i vincoli da parte delle istituzioni siano sufficienti ai sindacati per beneficiare degli accordi di partecipazione è una questione esaminata in gran parte solo a livello teorico, non essendo stata mai analizzata in termini empirici, eccezion fatta per gli studi condotti sulla Saturn⁽³⁹⁾ e la Aer Rianta⁽⁴⁰⁾. La ricerca infatti ha dato ampio risalto agli effetti che tali accordi hanno sui lavoratori, trascurando le conseguenze avute sui sindacati. Un esempio è l'indagine portata avanti da Guest e Peccei⁽⁴¹⁾ su alcune società in nome collettivo inglesi, la quale, pur prendendo in considerazione le opinioni dei rappresentanti sindacali, non si interessa propriamente degli effetti che tali accordi hanno sui sindacati. Anche le analisi di Kochan e Osterman⁽⁴²⁾ si basano su simili testimonianze raccolte attraverso canali secondari e si concentrano principalmente sui vantaggi per datori e lavoratori. Un'eccezione è costituita dagli studi di Cooke⁽⁴³⁾ condotti negli Stati Uniti che, seppur in maniera concisa, si soffermano sui benefici del partenariato per i sindacati. Ai rappresentanti delle organizzazioni locali sono state poste una serie di domande sugli effetti del partenariato. È stato osservato che, per e-

⁽³⁶⁾ J. CUTCHER-GERSHENFELD, A. VERMA, *op. cit.*, 564-567.

⁽³⁷⁾ T.A. KOCHAN, P. OSTERMAN, *op. cit.*

⁽³⁸⁾ W. COOKE, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ S. RUBINSTEIN, T.A. KOCHAN, *op. cit.*

⁽⁴⁰⁾ W.K. ROCHE, J. GEARY, *Partnership at Work: The Quest for Radical Organizational Change*, Routledge, London, 2006.

⁽⁴¹⁾ D.E. GUEST, R. PECCEI, *Partnership at Work: Mutuality and the Balance of Advantage*, in *British Journal of Industrial Relations*, giugno 2001, n. 39, 207-236.

⁽⁴²⁾ T.A. KOCHAN, P. OSTERMAN, *op. cit.*

⁽⁴³⁾ W. COOKE, *op. cit.*

sempio, l'abilità dei sindacalisti di risolvere i problemi degli associati era migliorata, ma che "i vantaggi istituzionali" per i sindacati in termini di responsabilità affidate agli iscritti era modesta. I limiti dell'analisi di Cooke sono da ricercarsi nel numero esiguo di campioni esaminati (circa 65), nell'affidarsi esclusivamente alla percezione dei rappresentanti sindacali per comprendere il punto di vista degli iscritti, nel numero eccessivo di attività esaminate in quanto, su ammissione dello stesso autore, non ha permesso ai soggetti oggetto dello studio di realizzare un collegamento tra i risultati previsti e l'esistenza delle attività di collaborazione. Quindi, escludendo casistiche di un certo spessore, gran parte degli studi ha ignorato le conseguenze degli accordi di partecipazione sui sindacati.

Un'eccezione è rappresentata da alcune indagini sugli iscritti al sindacato condotte negli Stati Uniti e in Canada, ma tali studi riguardano casi isolati oppure un numero limitato di organizzazioni sindacali, che coinvolgono il lavoratore in programmi di partecipazione diretta o in accordi simili a quelli previsti dal partenariato.

5. Le seguenti argomentazioni riassumono la posizione di coloro che sostengono la collaborazione tra organizzazioni sindacali e datori di lavoro:

- il partenariato fornisce a lavoratori e sindacati uno strumento per rafforzare la loro posizione in sede di contrattazione, aumentando inoltre la loro influenza a livello decisionale;
- al fine di promuovere i propri interessi, i lavoratori sostengono la collaborazione tra organizzazioni sindacali e datori di lavoro;
- è estremamente complesso per le associazioni di categoria giustificare e mantenere atteggiamenti e forme tradizionalmente contraddittorie in merito alle azioni sindacali, specialmente per ciò che riguarda lo sciopero, sia perché risulta difficile mobilitare i lavoratori, sia perché strategie di questo tipo sono considerate fondamentalmente deleterie per la reputazione e la legittimazione dello stesso sindacato tra gli iscritti, i datori di lavoro e l'opinione pubblica in generale. Il partenariato attribuisce alle rappresentanze sindacali un "volto più accettabile";
- l'effetto più immediato degli accordi basati su modelli partecipativi è quello di guidare l'atteggiamento dei lavoratori verso un maggiore impegno all'interno dell'organizzazione sindacale, rafforzandone quindi la tutela istituzionale e la capacità rappresentativa;
- seppur consapevoli dei rischi e delle difficoltà che accompagnano la istituzione del partenariato, i sostenitori affermano che il successo di tali accordi dipende dalla presenza di organizzazioni sindacali forti e indipendenti e di strategie aziendali e gestionali che garantiscono la sicurezza occupazionale, la partecipazione anche economica dei lavoratori, nonché un'organizzazione del lavoro incentrata sulla cooperazione.

Dall'altra parte, i critici affermano che il partenariato può essere dannoso per i sindacati in termini di capacità rappresentativa e tutela istituzionale. Di seguito sono riportati i rischi e le conseguenze di tale accordo:

- il partenariato compromette la scelta dei rappresentanti sindacali all'interno del comitato direttivo, distogliendoli dagli interessi e dalle esigenze degli iscritti;
- il processo decisionale tende a concentrarsi nelle mani di un gruppo ristretto, riducendo e logorando il rapporto tradizionalmente saldo tra iscritti e rappresen-

tanti sindacali. Tale rapporto è noto essere una caratteristica peculiare delle associazioni di categoria, in quanto rafforza il concetto di democrazia partecipativa;

- in tali circostanze, ovvero attraverso l'istituzione di accordi di partecipazione, gli iscritti alle organizzazioni sindacali tendono a perdere fiducia nella capacità dei loro rappresentanti di difendere e tutelare i propri interessi. Ciò ha l'effetto di logorare l'impegno degli stessi iscritti verso la propria organizzazione, indebolendo altresì l'influenza di quest'ultima;
- vale la pena menzionare ulteriori rischi, tra cui quello legato al partenariato accompagnato dalla partecipazione diretta dei lavoratori. In tale contesto, il potere decisionale viene ad essere decentralizzato e la "regola comune" della contrattazione collettiva insidiata. Ciò si verifica anche quando il processo di contrattazione viene in qualche modo ridimensionato e sottovalutato proprio in virtù del fatto che un sempre maggior numero di controversie viene risolto "in collaborazione". Un aspetto importante di tale collaborazione in questo senso è proprio la riluttanza dei rappresentanti sindacali a sostenere le rimostranze degli iscritti con vigore e concretezza, come testimoniato dal caso della Saturn. Altri casi, inoltre, hanno evidenziato l'impossibilità da parte dei sindacati di istituire accordi basati su forme di cooperazione per mancanza di risorse, sia in termini di personale qualificato che in termini di tempo.

6. In Irlanda, un importante studio ha cercato di rispondere al seguente quesito: fino a che punto la sottoscrizione da parte delle organizzazioni sindacali di accordi improntati ad un modello partecipativo può essere considerata dagli iscritti un vantaggio per i loro interessi e per i sindacati stessi? Il caso dell'Irlanda è significativo in quanto unico tra i Paesi anglo-americani nel suo tentativo di diffondere questo tipo di accordi sul luogo di lavoro regolarizzati da una serie di leggi-quadro di carattere nazionale.

Prendendo in esame un campione rappresentativo dei pareri dei lavoratori sul tema, sono quattro gli spunti da considerare⁽⁴⁴⁾. In primo luogo, gli iscritti ai sindacati reputano il partenariato uno strumento efficace per promuovere i propri interessi. Secondo, si è scoperto che il partenariato ha avuto un ruolo fondamentale nell'influenzare la valutazione dei lavoratori sull'efficacia dei sindacati, nonché il loro impegno verso questi ultimi. Questi due punti sono in linea con quanto affermato dai sostenitori di tale accordo, evidenziando inoltre la necessità di rappresentanze sindacali forti e valide affinché il partenariato risulti vantaggioso per gli stessi sindacati. Terzo, l'istituzione del partenariato e la partecipazione sindacale non sono state associate a un determinato gruppo di iscritti, la cui opinione in merito era chiaramente negativa. Di conseguenza, non trova riscontro una delle chiavi di analisi dei critici, secondo cui il partenariato provoca la marginalizzazione e l'alienazione dei sindacalisti sul luogo di lavoro. Infine, l'esistenza di prassi specifiche in materia di gestione delle risorse umane e organizzazione del lavoro non ha chiarito l'opinione dei lavoratori sull'efficacia del partenariato e il

⁽⁴⁴⁾ I dati in questione prendono in considerazione le opinioni espresse dai dipendenti, i quali hanno evidenziato come sul posto di lavoro si fossero create delle organizzazioni all'interno delle quali rappresentanti e delegati sindacali collaboravano con i dirigenti per promuovere il partenariato e la cooperazione, nonché per migliorare la qualità delle attività svolte.

loro atteggiamento verso le organizzazioni sindacali. Di conseguenza, risulta difficile trarre delle conclusioni a riguardo. Le novità introdotte sul luogo di lavoro a sostegno del partenariato potrebbero essere meno rilevanti di quanto convenzionalmente affermato dai sostenitori dello stesso. Ciò non vuol dire definirle superflue, ma affermare che per gli iscritti è decisamente più importante avere organizzazioni forti e influenti, capaci di lavorare con gli organi dirigenziali per creare un clima di cooperazione nell'ambito del contesto lavorativo.

In sintesi, i dati raccolti in Irlanda sostengono la tesi di coloro i quali sono a favore del partenariato, non indicando particolari rischi conseguenti alla partecipazione dei sindacati a tali accordi. Le ricerche effettuate dimostrano altresì che i benefici sono considerevoli nel momento in cui le organizzazioni sindacali sono considerate influenti sul luogo di lavoro ⁽⁴⁵⁾.

Il sindacato trae effettivamente vantaggio dall'adozione di un modello partecipativo alla gestione dell'impresa? – Riassunto. *Il saggio analizza i possibili benefici del partenariato per le organizzazioni sindacali, attraverso una riflessione teoretica e l'analisi di una serie di dati a riguardo. Nel tentativo di fornire un contributo al presente dibattito, l'autore esamina e confronta la posizione dei sostenitori e dei critici in merito all'istituzione di accordi di partecipazione. I primi, seppur consapevoli dei rischi a cui i sindacati vanno incontro attraverso la sottoscrizione di tali accordi, affermano che le organizzazioni sindacali potrebbero trarre beneficio dalla cooperazione con i datori di lavoro. In questo senso, il partenariato è considerato uno strumento che rafforza l'influenza dei sindacati nei confronti dei ruoli dirigenziali, nonché la loro capacità rappresentativa. I lavoratori, inoltre, al fine di promuovere i propri interessi, sono favorevoli a un atteggiamento di collaborazione con i datori di lavoro, sostenendo che il partenariato attribuisce alle rappresentanze sindacali un "volto più accettabile", soprattutto se paragonato alle forme di rivendicazione più tradizionali. Ancora, i sostenitori di tali forme di cooperazione affermano che il loro successo dipende da diversi fattori, come la presenza di organizzazioni sindacali forti e indipendenti e un'organizzazione del lavoro incentrata sulla collaborazione. D'altra parte, i critici sostengono che il partenariato può produrre rischi significativi per le associazioni di categoria. Dal loro punto di vista, gli accordi improntati ad un modello partecipativo distolgono i rappresentanti sindacali dagli interessi degli associati, concentrando il processo decisionale nelle mani di un gruppo ristretto. Di conseguenza, intaccando il rapporto tradizionalmente saldo tra associati e delegati, i lavoratori perdono fiducia nei loro rappresentanti, condizionandone l'impegno verso la propria organizzazione. Una recente indagine condotta in Irlanda, tuttavia, sostiene la tesi di coloro i quali sono a favore del partenariato, rivelando che i benefici sono notevoli laddove le organizzazioni sindacali sono considerate influenti sul posto di lavoro.*

Do Trade Unions Gain from Working in Partnership with Employers? A Brief Theoretical Review and a Consideration of Some Evidence (Article in English) – Summary. *This paper focuses on whether trade unions gain from working in partnership with employers, providing a theoretical review and an analysis of some evidence. In the attempt to provide a contribution to this debate, the author examines and compares both the position of those who advocate and criticize the implementation of partnership agreements. Although aware of the risks that partnership poses for unions, advocates argue that they might benefit from working in co-operation with the employers. In this connection, partnership is considered to be a means which enhances union influence on management, and their representative capacity. In addition, employees prefer unions to work cooperatively with employers in advancing their interests, as partnership provides union representation with 'a more acceptable face', especially if compared with traditional union leverage. Advocates of partnership also claim that its success depends on a number of factors, such as the presence of strong and independent unions, and participatory forms of work design. Critics of partnership, on the other hand, argue that working in co-operation with employers carries a number of risks for*

⁽⁴⁵⁾ Per uno studio più dettagliato in merito, si veda J.F. GEARY, *op. cit.*

unions. In their view, partnership causes representatives to become excessively distant from members' interests, and union decision-making to become strongly centralized around elite groups. Accordingly, by eroding the traditionally close relationship between members and representatives, workers lose confidence in their leaders, influencing their commitment to the organization. A recent survey conducted in Ireland, however, provides support for the claims of advocates, revealing that, on a general basis, partnership agreements deliver substantial gains where unions are perceived to possess a strong presence at the workplace.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Lavoro pubblico

- incarichi dirigenziali esterni (1.1.)
- falsa attestazione della presenza in ufficio (1.2.)

Previdenza

- collaboratori familiari del


farmacista non iscritti all'albo (2.1. – 2.4.)

- *rendita vitalizia in caso di omessa contribuzione (2.5.)*

Trasferimento del lavoratore

- *incompatibilità ambientale (3.1.)*


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. Lavoro pubblico

1.1. C. Cost. 7 maggio 2008, n. 161 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 12).

Lavoro pubblico - Incarichi dirigenziali “esterni” conferiti prima del 17 maggio 2006 a personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23 del d.lgs. n. 165/2001 ma dipendente da altre amministrazioni pubbliche - Prevista cessazione ove non confermati entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 262/2006 - Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, e in particolare del principio (strettamente correlato al secondo) di continuità dell’azione amministrativa - Carenza delle garanzie del giusto procedimento - Illegittimità costituzionale parziale.

È costituzionalmente illegittimo l’art. 2, comma 161, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della l. 24 novembre 2006, n. 286, nella parte in cui dispone che gli incarichi conferiti al personale non appartenente ai ruoli di cui all’art. 23 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «conferiti prima del 17 maggio 2006, cessano ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto». La norma denunciata, prevedendo l’immediata cessazione, alla scadenza del sessantesimo giorno dall’entrata in vigore del d.l. n. 262/2006, e in mancanza di riconferma dell’incarico dirigenziale conferito a personale dipendente da un’altra amministrazione, nella specie a un dirigente di seconda fascia e per la durata di un quinquennio, in carenza di idonee garanzie procedurali – necessarie al fine di garantire, attraverso l’esternazione delle ragioni che stanno alla base della determinazione assunta dall’organo politico, scelte trasparenti e verificabili –, viola i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, il principio di continuità dell’azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell’azione stessa, in quanto la previsione di una anticipata cessazione ex lege del rapporto in corso – in assenza di una accertata responsabilità dirigenziale – impedisce che l’attività del dirigente possa espletarsi, in conformità ad un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione che misura l’osservanza del canone dell’efficacia e dell’efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato, modulato in ragione della peculiarità della singola posizione dirigenziale e del contesto complessivo in cui la stessa è inserita.

La Corte Costituzionale torna sullo spoils system una tantum

Sommario: 1. La decisione. – 2. Gli aspetti di peculiarità della norma rispetto all’art. 3, comma 7, della legge n. 145/2002. – 3. Le analogie. – 4. Le questioni non affrontate.

1. Ad un anno circa dalla decisione 23 marzo 2007, n. 103, con la quale dichiarava illegittimo l’art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, la Corte Costituzionale, con la sentenza 7 maggio 2008, n. 161 (in epigrafe), è tornata a pronunciarsi su un’altra ipotesi di *spoils system una tantum* (a commento della citata sentenza n. 103 e della sentenza 27 marzo 2007, n. 104, si consenta di rinviare a M.C. CATAUDELLA, *La Corte costituzionale dichiara incostituzionale lo spoils system una tantum*, e ID., *Lo spoils system una tantum di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale* (nota a Trib. Roma ordinanza 1° febbraio 2006; Trib. Roma ordinanza 11 marzo 2006; Trib. Roma ordinanza 3 marzo 2006), entrambe in *ADL*, 2007, n. 1, 170 ss.).

La norma – l’art. 2, comma 161, del d.l. n. 262/2006 – prevedeva la cessazione automatica, «ove non confermati entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore» del decreto legge stesso, degli incarichi di funzione dirigenziale conferiti prima del 17 maggio 2008 a

personale non appartenente ai ruoli di cui all'art. 23, ovvero a dipendenti di amministrazioni dello Stato diverse da quelle nel cui ambito è collocato il posto.

Il giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale la disposizione perché lesiva dei principi di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.).

2. Rispetto alla norma dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 103/2007, questa si differenzia sotto due profili.

Da una parte, perché stabilisce la cessazione anticipata di incarichi attribuiti a dirigenti dipendenti da amministrazione statale diversa da quella che ha conferito l'incarico; dall'altra, perché attribuisce all'organo politico il potere, eventualmente, di confermare entro 60 giorni le funzioni dirigenziali.

Si tratta di differenze, secondo la Corte Costituzionale, non idonee ad incidere sulla «legittimità costituzionale del meccanismo di decadenza contemplato dalla disposizione censurata e dunque a diversificare la [...] fattispecie da quella scrutinata con la [...] sentenza n. 103 del 2007».

Per quanto riguarda il primo aspetto – la diversa natura del soggetto al quale è conferito l'incarico (appartenente all'amministrazione conferente in un caso, appartenente ad amministrazione diversa da quella conferente nell'altro caso) – secondo la Corte, non «costituisce un elemento in grado di diversificare in senso fiduciario il rapporto di lavoro dirigenziale, che deve rimanere caratterizzato, sul piano funzionale, da una netta e chiara separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e funzioni gestorie». Il rapporto che l'amministrazione instaura con soggetti inseriti nei ruoli di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 165/2001 si caratterizza, infatti, rispetto a quello instaurato con soggetti appartenenti ad altre amministrazioni, soltanto per il peculiare atteggiarsi della relazione esistente tra rapporto di servizio e rapporto di ufficio: nel primo caso, l'atto di conferimento dell'incarico ai dirigenti di ruolo e il contratto individuale cui esso accede si innestano, integrandolo, su un rapporto di servizio già esistente con l'amministrazione statale; nel secondo caso, invece, l'atto di conferimento dell'incarico e il contratto individuale collegato hanno una loro autonomia, atteso che il personale esterno dipendente da "altre" amministrazioni mantiene la propria specifica fonte di regolazione del rapporto base.

Com'è noto, gli incarichi dirigenziali di livello generale possono essere attribuiti a personale inserito nel cosiddetto "ruolo dei dirigenti", istituito presso ciascuna amministrazione dello Stato e articolato in due fasce (art. 23 del d.lgs. n. 165/2001); a dirigenti non appartenenti ai ruoli di cui all'art. 23, purché dipendenti da "altre" amministrazioni, entro il limite del 10% della dotazione organica dei dirigenti appartenenti alla prima fascia di cui all'art. 23 e del 5% della dotazione organica di quelli di seconda fascia (art. 19, comma 5-bis); a «persone di particolare e comprovata qualificazione professionale» estranee, al momento della nomina, alle amministrazioni statali (art. 19, comma 6). Posto che la norma, portata all'attenzione della Corte Costituzionale, aveva, quali destinatari, gli incarichi attribuiti a soggetti di cui alla seconda ipotesi sopra considerata, ci si può chiedere se la soluzione della Corte Costituzionale avrebbe potuto essere diversa nel caso in cui lo *spoils system* avesse colpito non dirigenti di altre amministrazioni (e quindi sempre dirigenti pubblici), bensì soggetti del tutto estranei, al momento della nomina, alla pubblica amministrazione (incaricati ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001). Questa ipotesi non è stata presa in considerazione dalla Corte Costituzionale che ha circoscritto il suo ragionamento ai soli dipendenti pubblici (benché di "altre" amministrazioni) dopo aver ritenuto non rilevante la questione di costituzionalità, pure sollevata dal giudice remittente con riferimento al comma 159 del suddetto art. 2 trattandosi, nel caso portato all'attenzione della Corte Costituzionale, di cessazione della funzione dirigenziale avvenuta in applicazione non del comma 159 ma del comma 161 dell'art. 2 in esame. Non mi sembra che sia così. La circostanza che l'incarico dirigenziale sia attribuito ad un sogget-

to del tutto estraneo alla pubblica amministrazione non fa certo venir meno la separazione tra attività di indirizzo politico-amministrativo e attività di gestione che caratterizza il rapporto dirigenziale. La qualifica dell'attività – come di indirizzo politico-amministrativo o di gestione – non dipende, infatti, dalla natura del soggetto cui è conferito l'incarico (appartenente o non appartenente ad una pubblica amministrazione), ma, semmai, dalla natura dell'incarico stesso.

Anche la seconda differenza – la possibilità, in questo caso, per il Governo di confermare entro 60 giorni la nomina del dirigente – non è parsa atta a scongiurare una pronuncia di incostituzionalità (diversamente da quanto sostenuto dall'Avvocatura di Stato, secondo la quale questo elemento basterebbe ad escludere che si tratti di una ipotesi di «mera decadenza automatica»). Il potere di conferma, così come delineato dall'art. 2, comma 161, del d.l. n. 262/2006, non è idoneo a garantire autonomia funzionale al rapporto dirigenziale in corso: è, infatti, del tutto discrezionale e non vi è alcuna possibilità di controllo giurisdizionale sulle ragioni della mancata conferma. Nel medesimo senso si era peraltro già espressa la Corte Costituzionale con la sentenza n. 104/2007, laddove aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 71, commi 1, 3 e 4, lett. a, della l.r. Lazio n. 9/2005 e dell'art. 55, comma 4, della l.r. Lazio n. 1/2004, nella parte in cui prevedeva che i direttori generali delle ASL decadessero dalla carica il novantesimo giorno successivo alla prima seduta del Consiglio regionale: anche in questo caso la legge prevedeva, infatti, la possibilità di confermare gli incarichi, con le stesse modalità previste per la nomina, possibilità non ritenuta dal giudice delle leggi atta a far venir meno l'incostituzionalità della norma («non essendo previsto che essa sia preceduta da un'apposita valutazione, né che sia motivata»).

3. Se queste sono le differenze tra le due norme, molto più significative sono le analogie: in entrambi i casi, oggetto della pronuncia di incostituzionalità è un'ipotesi di *spoils system una tantum* (ovvero destinato ad operare una sola volta), automatica (non richiede un intervento attivo dell'organo politico posto che, per la seconda ipotesi, il possibile intervento attivo dato dal potere di conferma per scongiurare la decadenza non esclude, come si è già detto, l'automaticità dello *spoils system*) e che riguarda esclusivamente dirigenti non apicali.

Proprio per questa ragione, la Corte Costituzionale ha potuto aggiungere ben poco rispetto a quanto già sostenuto con la sentenza del 2007 (spesso citata testualmente), limitandosi a ribadire che: una norma che preveda l'immediata cessazione di un rapporto dirigenziale, senza idonee garanzie procedurali, viola i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione e, in particolare «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa»; la previsione di un'anticipata cessazione del rapporto dirigenziale in corso impedisce «che l'attività del dirigente possa espletarsi in conformità ad un nuovo modello di azione della pubblica amministrazione, disegnato dalle recenti leggi di riforma della pubblica amministrazione, che misura l'osservanza del canone dell'efficacia e dell'efficienza alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire, nel rispetto degli indirizzi posti dal vertice politico, avendo a disposizione un periodo di tempo adeguato»; è necessario garantire «la presenza di un momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti, nell'ambito del quale, da un lato, l'amministrazione esterni le ragioni [...] per le quali ritenga di non consentirne la prosecuzione sino alla scadenza contrattualmente prevista; dall'altro, al dirigente sia assicurata la possibilità di far valere il diritto di difesa, prospettando i risultati delle proprie prestazioni e delle competenze organizzative esercitate per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'organo politico e individuati, appunto, nel contratto a suo tempo stipulato».

4. Non sono state invece affrontate, né da questa sentenza né dalla n. 103/2007, altre importanti questioni. In particolare quella della legittimità dello *spoils system* a regime e

quella della legittimità dello *spoils system* che abbia quali destinatari dirigenti apicali. Per quanto riguarda la prima questione, non vi sono ragioni per ritenere che la reiterazione del meccanismo di decadenza ad ogni cambio di legislatura possa considerarsi una misura idonea a scongiurare l'incostituzionalità del meccanismo stesso. La Corte Costituzionale, con la sentenza che si commenta e con la n. 103/2007, ha infatti dichiarato illegittimo lo *spoils system una tantum* non per violazione del principio di uguaglianza (nel senso che sarebbe consentito solo ad un Governo – e non a quelli successivi – di utilizzarlo) ma per violazione degli artt. 97 e 98 Cost., e, quindi, a prescindere dal carattere eccezionale o ordinario dello stesso. Invero, per quanto riguarda l'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, il dubbio di legittimità per violazione del principio di uguaglianza era stato sollevato da alcuni giudici remittenti, ma la questione non è stata presa in considerazione dalla Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione per violazione degli artt. 97 e 98 Cost. (per la posizione dei giudici remittenti vedi Trib. Roma, ordinanza 1° febbraio 2006, secondo cui «o i dirigenti generali hanno la stessa natura contigua al potere politico al pari dei segretari generali dei Ministeri e dei capi dipartimento (ed allora lo stesso *spoils system* dovrebbe essere garantito a tutti i governi), oppure la dirigenza generale, come quella di secondo livello, partecipa alla funzione di gestione e non anche di indirizzo politico ed allora non si comprenderebbe perché la prima è sottoposta a *spoils system una tantum* e la seconda no», in *ADL*, 2007, n. 1, 170 ss., con nota di M.C. CATAUDELLA, *Lo spoils system una tantum di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale*, cit.). Una conferma dell'irrelevanza, ai fini della valutazione di costituzionalità, dell'eccezionalità o della ordinarietà del meccanismo di decadenza si rinviene peraltro anche nella sentenza n. 104/2007: in questo caso oggetto della pronuncia di incostituzionalità era, infatti, un meccanismo di decadenza operante a regime.

Sembra, invece, che potrebbe essere data una risposta di segno diverso alla seconda questione, quella della legittimità dello *spoils system* che colpisca dirigenti apicali.

Effettivamente, la questione è stata trattata solo incidentalmente dalla Corte Costituzionale sia con la sentenza n. 103/2006 – secondo cui «[d]eve, dunque, essere ribadito, ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo della normativa impugnata, che la questione proposta non riguarda la posizione dei dirigenti ai quali siano stati conferiti incarichi “apicali”, vale a dire quelli di maggiore coesione con gli organi politici (segretario generale, capo dipartimento e altri equivalenti)» – sia, più diffusamente, con la sentenza n. 233/2006, in base alla quale: «[l]’art. 10 [...] attribuisce all’organo politico della Regione il potere di conferire gli incarichi dirigenziali c.d. “apicali” a soggetti individuati *intuitu personae*»; «questa modalità di conferimento [...] mira palesemente a rafforzare la coesione tra l’organo politico regionale (che indica le linee generali dell’azione amministrativa e conferisce gli incarichi in esame) e gli organi di vertice dell’apparato burocratico (ai quali tali incarichi sono conferiti ed ai quali compete attuare il programma indicato), per consentire il buon andamento dell’attività di direzione dell’ente (art. 97 Cost.); a tale schema rimangono, invece, estranei gli incarichi dirigenziali di livello “non generale”, non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali». Vi sono tuttavia sufficienti elementi per poter ipotizzare quale potrebbe essere la posizione della Corte sul punto. Laddove la stessa ha fatto riferimento ai dirigenti apicali è stato, infatti, per differenziarli dagli altri dirigenti, in particolare per escludere che per gli stessi – tenuto conto del particolare rapporto di contiguità con il potere politico – valesse lo stesso principio di separazione del potere di indirizzo politico-amministrativo da quello di gestione.


Come già ho sostenuto vi sono solide ragioni per dubitare che lo *spoils system* che abbia quali destinatari i dirigenti più vicini al potere politico ricada sui principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione nello stesso modo che negli altri casi (cfr. M.C. CATAUDELLA, *La Corte costituzionale dichiara incostituzionale lo spoils*

system una tantum, cit.). La distinzione tra compiti di indirizzo politico e compiti di amministrazione, infatti, quando si tratti di dirigenti “apicali”, finisce per sfumare: la natura, in parte politica, della funzione che gli stessi svolgono insieme alla fiducia che devono godere da parte dell’esecutivo rende le loro sorti più strettamente collegate, rispetto a quelle degli altri dirigenti, a quelle della maggioranza politica che li ha nominati. Anzi, si può sostenere che, in questo caso, la circostanza che gli incarichi dirigenziali non abbiano una durata superiore a quella dell’esecutivo non solo non sembra comprometterne l’imparzialità ma può addirittura servire a proteggere l’esecutivo da eventuali comportamenti ostruzionistici dell’amministrazione.

Se la soluzione alla questione dell’ammissibilità dello *spoils system* che colpisce dirigenti apicali può essere già letta tra le righe delle sentenze della Corte, deve essere ancora compiutamente tratteggiato un criterio adeguato a distinguere i dirigenti apicali da quelli che tali non sono. Il criterio individuato dalla sentenza n. 233/2006 – la nomina da parte del potere politico – non appare, come già si è avuto modo di rilevare, infatti, pienamente soddisfacente, tenuto conto che spesso dirigenti nominati dal potere politico ricoprono posizioni che richiedono specifiche ed elevate competenze tecniche e che, pertanto, non possono essere considerate politiche in senso stretto (sul punto vedi nuovamente le considerazioni svolte in M.C. CATAUDELLA, *Lo spoils system una tantum di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale*, cit., 185). Si tratta, peraltro, di un criterio che non è stato più seguito dalla Corte Costituzionale nelle sue successive decisioni. La sentenza n. 103/2007, pur non approfondendo la distinzione tra incarichi politici e incarichi non politici, escludendo la legittimità dello *spoils system* che colpisce i dirigenti generali, sminuisce, per forza di cose, il rilievo del criterio della nomina da parte del potere politico. La sentenza n. 104/2007 va ancora oltre e, laddove deve valutare la legittimità della decadenza dei direttori delle Asl, esamina le funzioni che gli stessi devono svolgere, rilevandone le caratteristiche di tecnici e non di politici («Le Asl, in quanto strutture cui spetta di erogare l’assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie nell’ambito dei servizi sanitari regionali, assolvono compiti di natura essenzialmente tecnica [...]. In coerenza con tali caratteristiche, è stabilito che i direttori generali delle Asl siano nominati fra persone in possesso di specifici requisiti culturali e professionali e siano soggetti a periodiche verifiche degli obiettivi e dei risultati aziendali conseguiti»). Ancora: «Il direttore generale di Asl viene, quindi, qualificato dalle norme come una figura tecnico-professionale che ha il compito di perseguire, nell’adempimento di un’obbligazione di risultato [...], gli obiettivi gestionali e operativi definiti dal piano sanitario regionale [...]»). Si sofferma anche sul collegamento tra gli stessi e gli organi politici, attribuendo rilievo alla circostanza della presenza di diversi livelli intermedi tra l’organo politico e i direttori sanitari («Inoltre, nell’assetto organizzativo regionale vi è una molteplicità di livelli intermedi lungo la linea di collegamento che unisce l’organo politico ai direttori generali delle Asl [...]).

Maria Cristina Cataudella
Ricercatore non confermato di diritto del lavoro
Università degli Studi “Tor Vergata” di Roma

1. Lavoro pubblico (*segue*)

1.2. Cass. pen. 10 settembre 2008, n. 35058 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 30).

Lavoro pubblico - Falsa attestazione della propria presenza in ufficio - Falsità in atti - Reato di falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atti pubblici - Sussistenza.

Commette il reato di falso ideologico il pubblico dipendente che, in concorso o inducendo in errore i soggetti ai quali la pubblica amministrazione ha affidato la funzione di attestare l'orario di lavoro dei dipendenti, dichiara falsamente la propria presenza sul posto di lavoro. È irrilevante il fatto che l'ente non abbia subito alcun danno perché i dipendenti che attestano falsamente l'orario di lavoro hanno portato a termine tutti i lavori previsti, posto che non si tratta di liberi professionisti che devono fornire un risultato ma di dipendenti che devono fornire, con regolarità e puntualità, una prestazione di lavoro subordinato, implicante, tra gli altri obblighi da adempiere, anche quello del rispetto dell'orario.

Falsa attestazione della presenza sul luogo di lavoro del dipendente pubblico e falso ideologico

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il problema delle false attestazioni di presenza al lavoro e il delitto di falso ideologico in atto pubblico. – **3.** Aspetti critici.

1. Con la sentenza in epigrafe la seconda sezione penale della Corte di Cassazione torna a pronunciarsi in ordine alla controversa questione della configurabilità del delitto di falso ideologico in atto pubblico con riferimento alla condotta del dipendente pubblico che attesta, falsamente, la propria presenza al lavoro.

La sentenza, che interviene in una stagione difficile, definita «di guerra ai fannulloni nella pubblica amministrazione» (G. NEGRI, *Doppio reato per i fannulloni*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 settembre 2008, 34), ha avuto un certo risalto sulla stampa nazionale anche in ragione della particolare gravità dei fatti sottoposti all'attenzione della Magistratura penale.

Nell'ipotesi oggetto di analisi, alcuni operai forestali di un consorzio di bonifica calabrese erano stati condannati, sia in primo grado che in appello, per i reati di falso ideologico e tentata truffa per avere fatto risultare la propria presenza al lavoro per numerose giornate, tra il 1996 e il 2001, mentre si trovavano altrove, in concorso con, o inducendo in errore, i capi squadra.

L'intervento della Suprema Corte si inserisce nel vivo del dibattito relativo alla ricerca di un argine significativo al problema dei c.d. dipendenti pubblici "nullafacenti", che, in seguito ad una serie di articoli di stampa e all'intervento di autorevole dottrina (si veda in particolare P. ICHINO, *I nullafacenti*, Mondadori, Milano, 2006, e V. TENORE, *Perseguire i «nullafacenti» pubblici è possibile (e non è facoltativo)*, in *RIDL*, 2006, III, 187 ss.) ha raggiunto l'attenzione del legislatore.

In seguito ai primi interventi dell'estate del 2008, ed in particolare all'art. 71 del d.l. n. 112 (su cui cfr. le circ. n. 7/2008 e n. 8/2008 del Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione), in materia di assenza per malattia dei pubblici dipendenti, è, infatti, attualmente all'esame il d.d.l. n. 847-B, approvato dal Senato il 18 dicembre 2008 e successivamente modificato dalla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2009, recante «delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti» (per un esame di carattere generale cfr. P. FUSO, *Il disegno di legge delega per ot-*

timizzare la produttività del lavoro pubblico e promuovere efficienza e trasparenza della PA, in *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

L'art. 6, comma 2, del citato disegno di legge, tra i principi e criteri direttivi della prevista delega legislativa, reca, alla lett. c, quello di «definire la tipologia delle infrazioni che, per la loro gravità, comportano l'irrogazione della sanzione disciplinare del licenziamento, ivi comprese quelle relative a casi di scarso rendimento, di attestazioni non veritiere di presenze e di presentazione di certificati medici non veritieri da parte di pubblici dipendenti, prevedendo altresì, in relazione a queste due ultime ipotesi di condotta, una fattispecie autonoma di reato, con applicazione di una sanzione non inferiore a quella stabilita per il delitto di cui all'art. 640, secondo comma, del codice penale e la procedibilità d'ufficio».

Ciò che rileva in questa sede evidenziare è come la giurisprudenza penale sia spesso chiamata a supplire al mancato esercizio del potere disciplinare come forma di risposta allo scarso rendimento o alla mancata prestazione dell'attività lavorativa da parte dei pubblici dipendenti che falsamente attestino la propria presenza al lavoro.

Il comportamento fraudolento del dipendente pubblico di cui si tratta, oltre a presentare tutti i caratteri tipici dell'artificio o raggirio propri del reato di truffa (aggravata) del pubblico dipendente (al riguardo si veda, da ultimo, Cass. pen., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 44912, in *GD*, 2009, n. 5, 89: questa sentenza è meritevole di attenzione nella parte in cui evidenzia che le limitazioni contenute negli artt. 2 e 3 Stat. lav. riguardano solo il datore di lavoro e non la Polizia giudiziaria come soggetto pubblico che opera in adempimento di un suo dovere di accertamento di fatti illeciti), integra necessariamente un illecito disciplinare che dovrebbe essere, come tale, perseguito (cfr. A. PALLADINI, *Dipendente pubblico, assenza durante l'orario di servizio e reato di falso*, in *MGL*, 2006, 11, 910; cfr. altresì V. TENORE, *op. cit.*).

2. La sentenza in annotazione ha affermato la sussistenza della responsabilità penale di cui all'art. 479 c.p., in quanto l'attestazione falsa venne formulata, nel caso di specie, non personalmente dai dipendenti assenti, ma dai loro capi squadra, ai quali la pubblica amministrazione aveva affidato la funzione di attestare l'orario di lavoro dei dipendenti stessi.

In particolare, la Suprema Corte rinviene gli estremi del falso per induzione di cui al combinato disposto degli artt. 479 e 48 c.p. (norma, quest'ultima, che afferma la responsabilità del c.d. "autore mediato", ossia colui che si serve, per commettere un reato, di altro soggetto come strumento; sul tema cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Torino, 2008, 380; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, Milano, 2004, 506 ss.).

La motivazione della sentenza in epigrafe è costruita in forma di prosecuzione/svolgimento dialogico di quanto affermato dalle Sezioni Unite penali con la nota sentenza n. 15983/2006 (cfr. Cass. pen., sez. un., 10 maggio 2006, n. 15983, in *MGL*, 2006, con nota di A. PALLADINI, *op. cit.*; in *LPA*, 2006, II, 1157, con nota di D. FONDAROLI, *Falsità ideologica e mancata timbratura dei cartellini marcatempo da parte dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni critiche a proposito della sentenza n. 15983/2006 delle Sezioni Unite Penali*; in *GLav*, 2006, 27, 25, con nota di G. RICCI, *Mancata timbratura del cartellino e falso ideologico*; in *LG*, 2006, 9, 863, con nota di R. NUNIN, *Dipendenti pubblici, mancata timbratura del cartellino e reato di falso ideologico: l'intervento delle Sezioni Unite Penali*).

Le Sezioni Unite, nel 2006, affermarono che un atto meramente interno, formato dal pubblico dipendente al fine di documentare fatti che ineriscono allo svolgimento del rapporto di lavoro, soggetto a disciplina privatistica, non contiene manifestazioni dichiarative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione (per un sintetico riepilogo dei diversi o-

rientamenti affermatasi nella giurisprudenza di legittimità anteriormente all'arresto delle Sezioni Unite si veda G. RICCI, *op. cit.*).

Più in dettaglio, il principio di diritto, affermato dalle Sezioni Unite al § 7.1 della sentenza del 2006, consiste nell'affermazione secondo la quale «i cartellini marcatempo ed i fogli presenza dei pubblici dipendenti non sono atti pubblici, essendo essi destinati ad attestare da parte del pubblico dipendente solo una circostanza materiale che afferisce al rapporto di lavoro tra lui e la pubblica amministrazione (oggi soggetto a disciplina privatistica), ed in ciò esauriscono in via immediata i loro effetti, non involgendo affatto manifestazioni dichiarative, attestative o di volontà riferibili alla pubblica amministrazione».

La sentenza in commento mantiene, concettualmente, fermo il principio affermato dalle Sezioni Unite, ma inserisce il proprio ragionamento all'interno di quella fessura lasciata aperta dalla stessa sentenza del 2006, nella parte in cui questa rilevava che, ove «le attestazioni del pubblico dipendente siano utilizzate, recepite, in atti della pubblica amministrazione a loro volta attestativi, dichiarativi o di volontà della stessa, tanto può dar luogo ad ipotesi di falso per induzione, ai sensi dell'art. 48 c.p.».

Il rinvio effettuato dalle Sezioni Unite all'art. 48 c.p., utilizzato dalla sentenza in commento, costituisce, a ben guardare, una vera e propria “via di fuga” alla quale la Corte fece ricorso al fine di temperare gli esiti interpretativi che la sentenza stessa avrebbe potuto dischiudere (cfr. D. FONDAROLI, *op. cit.*, 1180 ss.).

La dottrina, nell'esaminare la sentenza delle Sezioni Unite del 2006, ha da subito rilevato forti perplessità in ordine alla portata complessiva delle conclusioni cui perviene il ragionamento svolto dalla Corte (cfr. spec. G. RICCI, *op. cit.*, e D. FONDAROLI, *op. cit.*).

Ai sensi dell'art. 479 c.p., infatti, commette il reato di falsità ideologica in atto pubblico «il pubblico ufficiale che, ricevendo o formando un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza [...] o comunque attesta falsamente fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità».

L'interpretazione della norma impone di verificare se il cartellino marcatempo possa essere considerato atto pubblico, tenendo conto del fatto che l'atto pubblico oggetto dei delitti di falso non è soltanto il documento che, ai sensi degli artt. 2699 e 2700 c.c., è redatto da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo in cui viene formato (cfr. per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Giuffrè, Milano, 1995, 93 ss.).

3. Con riferimento ai delitti di falso è necessario distinguere, come puntualmente precisato dalla motivazione della sentenza del 2006, «gli atti che sono espressione della pubblica funzione e/o del pubblico servizio e che tendono a conseguire gli obiettivi dell'ente pubblico» da quelli «strettamente attinenti alla prestazione» di lavoro, come tali aventi «esclusivo rilievo sul piano contrattuale e non anche su quello funzionale».

Sulla base di tali premesse, tuttavia, la Corte è pervenuta «ad una conclusione frettolosa ed incoerente, ponendo come assioma ciò che invece deve essere oggetto di verifica, e cioè la natura e funzione esclusivamente privatistica della timbratura» (D. FONDAROLI, *op. cit.*, 1176).

In altri termini, se il presupposto da cui partire è che integra atto pubblico «ogni scritto redatto da un pubblico ufficiale per uno scopo inerente alle sue funzioni» (Cass. pen., sez. un., n. 15983/2006, cit., § 7.1), la soluzione del problema specifico relativo alle attestazioni di presenza dovrebbe passare attraverso la verifica della specifica funzione dell'atto nell'ambito dell'attività di riferimento e della disciplina che lo regola, accertandosi «se la timbratura abbia effetto a soli fini retributivi (inerenti al rapporto di lavoro e retti dalla regolamentazione a questo correlata) ovvero abbia efficacia anche sul piano della attestazione del regolare svolgimento dell'attività di rilevanza pubblica» (D. FONDAROLI, *op. cit.*, 1178).

Il punto critico risiede dunque proprio nel non avere la Corte affrontato accuratamente, né con la sentenza del 2006, né con la sentenza in annotazione, il profilo sopra segnalato, atteso che non può negarsi che i documenti o le attestazioni di presenza al lavoro, poste in essere dal pubblico dipendente che al tempo stesso sia pubblico ufficiale, possono unire allo scopo di controllare il numero di ore prestate in concreto per il computo della retribuzione la diversa finalità pubblica di assicurare il regolare svolgimento del servizio, permettendo la verifica della presenza al lavoro del personale addetto (cfr. A. PALLADINI, *op. cit.*, 905).

Del resto, se la Corte avesse inteso negare un qualsivoglia rilievo penalistico alle false attestazioni di presenza al lavoro avrebbe dovuto, per coerenza, affermare che gli atti di presenza non possono mai considerarsi atti pubblici «in quanto ineriscono esclusivamente allo svolgimento» del rapporto di lavoro «ossia di quel complesso di situazioni soggettive che costituiscono, di norma, nient'altro che il presupposto dell'attuazione delle competenze istituzionali del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, e sono atti che dispiegano efficacia soltanto all'interno di quel rapporto, in quanto hanno, in via esclusiva, la funzione di determinare il numero di ore lavorate ai fini del calcolo della retribuzione spettante al dipendente pubblico» (Trib. Venezia 2 dicembre 1996, in *Cass. pen.*, 1998, 191; in argomento si veda A. PALLADINI, *op. cit.*, 905; in senso opposto la giurisprudenza maggioritaria, prima dell'arresto delle Sezioni Unite del 2006, affermava la natura pubblica dei cartellini segnatempo e dei fogli presenza in quanto destinati a produrre effetti per la pubblica amministrazione. Al riguardo si veda, in particolare, *Cass. pen.*, sez. V, 17 gennaio 2005, n. 5676, in *Cass. Pen.*, 2006, n. 4, 1464; *Cass. pen.*, sez. V, 4 ottobre 2004, n. 43844, in *Cass. pen.*, 2006, n. 6, 2177, e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Nola 13 luglio 2005, in *www.iussit.it*).

Una tale affermazione non è tuttavia stata fatta propria dalla Suprema Corte, la quale peraltro non ha neppure correttamente sviluppato l'indagine circa la effettiva funzione dell'atto posto in essere dal pubblico dipendente con la redazione dell'atto di attestazione della presenza al lavoro, ancorandosi, per contro, al rilievo dell'intervenuta "privatizzazione" del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici a seguito della riforma avviata nel 1993 con il d.lgs. n. 29.

Una tale differenziazione è apparsa da subito irragionevole, in quanto da un lato non significativa ai fini della ricostruzione della specifica funzione dell'atto nell'ottica della tutela penale dei delitti di falso, e, dall'altro lato, in quanto foriera di una applicazione della normativa penale contraria al principio di eguaglianza. Facendo perno sulla "privatizzazione" del rapporto di lavoro, l'interpretazione propugnata dalla Corte nel 2006 rischia infatti di trattare in modo irragionevolmente diverso i dipendenti "privatizzati" rispetto al personale che resta, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, in regime di diritto pubblico, pur in presenza del compimento del medesimo atto da parte del dipendente.


La fragilità dell'argomentazione svolta dalla Corte nel 2006 riverbera dunque i suoi effetti sulla sentenza in annotazione, in quanto anche in questo caso difetta una compiuta analisi relativa alla funzione della timbratura/attestazione di presenza nel contesto della specifica attività affidata, nel caso di specie, ai capi squadra, non essendo, invero, sufficiente il mero rinvio all'art. 48 c.p. per attribuire natura di atto pubblico ad un atto che non sia, di per sé, esplicitazione della pubblica funzione o del pubblico servizio.

Si conferma dunque il giudizio critico espresso in letteratura con riferimento al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite nel 2006, da subito ritenuto «troppo fragile [...] per escludere il rischio di un nuovo cortocircuito applicativo» (G. RICCI, *op. cit.*, 28).

Andrea Sitzia


Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Padova

2. Previdenza

2.1. App. L'Aquila 13 novembre 2008, n. 1678 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 13).


Previdenza - Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Coadiutori della impresa familiare non farmacisti non iscritti all'albo - Presupposti - Abitualità e prevalenza nell'esercizio dell'attività commerciale - Costituzione di un'impresa familiare - Partecipazione agli utili dell'impresa - Irrilevanza.

I familiari dei farmacisti che, non essendo iscritti all'albo professionale, collaborano nella impresa familiare, possono essere qualificati come coadiutori nello svolgimento di una attività commerciale, con conseguente obbligo di iscrizione all'Inps (gestione commercianti), solo se si dedicano, con carattere di abitualità e prevalenza, ad una attività commerciale. Ai fini della qualificazione dei coadiutori familiari non farmacisti come collaboratori di attività commerciale non è significativa né la costituzione di un'impresa familiare ex art. 230 c.c., né la circostanza che il coadiutore abbia una quota di partecipazione agli utili dell'impresa, potendo essere questa una forma di regolamentazione di interessi patrimoniali privati delle parti anche a fini ereditari.

2.2. App. Firenze 18 gennaio 2008, n. 81 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 13).

Previdenza - Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Coadiutori familiari che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza - Sussistenza - Obbligo di iscrizione ad altra cassa di previdenza in capo al farmacista titolare dell'impresa familiare - Irrilevanza.


Posto che ai sensi della legislazione vigente, tra i soggetti obbligati all'iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciale, oltre ai titolari degli esercizi debbano essere compresi anche i coadiutori familiari che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza e che i farmacisti titolari di esercizi in cui si vendano anche prodotti parafarmaceutici sono imprenditori commerciali ai sensi dell'art. 2338, comma 1, c.c., in quanto tali tenuti ad iscriversi alla Camera di commercio e assoggettabili al fallimento, i coadiutori familiari del farmacista non iscritti all'albo professionale, preposti all'attività di vendita di prodotti parafarmaceutici e che partecipano agli utili dell'impresa familiare costituita ai sensi dell'art. 230-bis c.c., sono tenuti ad iscriversi alla Gestione Inps. Il farmacista è esonerato da tale iscrizione perché a sua volta iscritto ad altra cassa previdenziale.

2.3. Trib. Torino 28 aprile 2008, n. 1550 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 13).

Previdenza - Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Attività commerciale accanto a quella farmaceutica - Sussistenza - Obbligo assicurativo in capo ai coadiutori familiari non farmacisti - Sussistenza - Obbligo di iscrizione ad altra cassa di previdenza in capo al farmacista titolare dell'impresa familiare - Irrilevanza.

La normativa vigente per i coadiutori di attività commerciale è applicabile ai coadiutori familiari dei farmacisti essendo le farmacie abilitate a svolgere anche attività commerciale oltre all'attività protetta di farmacista, come dimostrato dalla duplicità dei titoli abilitativi che

vengono rilasciati dalla p.a. per le due diverse attività. Quando si costituisce un'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-bis c.c. si ha partecipazione all'attività commerciale sulla base di qualsiasi prestazione che contribuisca a realizzare le finalità aziendali, senza distinzioni tra attività di vendita e attività accessorie. È legittima l'iscrizione d'ufficio alla Gestione IVS commercianti del familiare coadiutore non farmacista che partecipi al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza; ingiustificata è invece l'iscrizione del titolare della farmacia, essendo egli tenuto ad iscriversi all'Enpaf. L'autonomia tra la posizione del titolare e quella del coadiutore familiare e l'obbligo di iscrizione del coadiutore alla Gestione IVS commercianti si ricavano dal combinato disposto dell'art. 1, lett. a, l. n. 1397/1960, artt. 1 e 2, l. n. 613/1966, e art. 29, l. n. 160/1975, come modificato dall'art. 1, comma 203, l. n. 662/1996.

2.4. Trib. Tolmezzo 3 ottobre 2007, n. 41 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 13).

Previdenza - Obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti - Settore farmaceutico - Qualificazione dei farmacisti a fini previdenziali come professionisti - Vendita prodotti parafarmaceutici - Irrilevanza - Obbligo assicurativo in capo ai coadiutori familiari non farmacisti - Esclusione - Iscrizione d'ufficio - Illegittimità.

In base all'attuale quadro normativo i coadiutori familiari non sono assicurabili direttamente in virtù di tale loro qualità ed attività, ma solo in quanto, a fini previdenziali, possa essere loro estesa, ai sensi della l. n. 613/1966, la qualifica di commercianti rivestita dai titolari delle attività presso le quali collaborano. A fini previdenziali i farmacisti sono considerati professionisti e non commercianti, in quanto tali tenuti ad iscriversi all'Enpaf, e non invece alla Gestione degli esercenti attività commerciali tenuta dall'Inps. Il fatto che i farmacisti possano vendere prodotti parafarmaceutici, svolgendo così attività commerciale, non ha a fini previdenziali alcuna rilevanza in quanto tale attività ha natura accessoria ed è ex lege compatibile con l'esercizio della professione sanitaria. Poiché dunque a fini previdenziali i farmacisti sono sempre considerati professionisti, e mai imprenditori commerciali, in difetto di una previsione legislativa ad hoc non è possibile configurare per i loro coadiutori un obbligo di iscrizione alla Gestione IVS commercianti e, di conseguenza, l'eventuale iscrizione d'ufficio risulta illegittima.

(2.1. – 2.4.) La tutela previdenziale dei coadiutori familiari del farmacista non iscritti all'albo professionale

Sommario: **1.** I termini del problema. – **2.** La tesi secondo cui i coadiutori familiari del farmacista (non iscritti all'albo) sono titolari dell'obbligo contributivo alla Gestione commercianti nella prassi amministrativa e nella giurisprudenza di merito. – **3.** Il contrasto giurisprudenziale e l'argomentazione contraria alla tesi dell'Inps. – **4.** Il contributo della Corte Costituzionale.

1. La sentenza in epigrafe della Corte d'Appello di L'Aquila affronta il tema della tutela previdenziale dei familiari del farmacista, non dipendenti e non iscritti all'albo professionale, che collaborano nell'ambito dell'impresa familiare costituita ai sensi dell'art. 230-bis c.c. La questione è divenuta solo in tempi molto recenti oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza. Esistono, di conseguenza, pochi precedenti (tra i quali si segnalano quelli pure riportati in epigrafe) peraltro in contraddizione tra loro ed emanati tutti, a quanto consta, all'esito di giudizi di merito.

Le pronunce esaminate si radicano nel medesimo contesto di interessi: si tratta cioè di controversie originate da verbali Inps con i quali l'Ente previdenziale ha proceduto, ai fi-

ni della contribuzione obbligatoria, all'iscrizione d'ufficio alla Gestione commercianti tanto dei titolari delle farmacie, quanto dei loro coadiutori familiari. I primi come soggetti esonerati da qualsiasi obbligo contributivo, in quanto già tenuti per legge ad iscriversi all'Enpaf, Cassa previdenziale di categoria; i secondi, invece, come soggetti titolari dell'obbligo contributivo. Nella quasi totalità dei casi, l'iscrizione d'ufficio è stata altresì accompagnata dalla notifica di un verbale ispettivo di contestazione per il mancato pagamento dei contributi dovuti dal collaboratore familiare del farmacista nel limite del quinquennio prescrizione precedente.

In particolare, nel caso sottoposto alla Corte d'Appello di L'Aquila, il giudice del gravame, confermando la decisione di primo grado, ha rigettato le domande dell'Inps, accertando e dichiarando l'illegittimità tanto dell'iscrizione d'ufficio alla Gestione separata del farmacista e del suo familiare collaboratore, quanto del verbale di contestazione di pagamento dei contributi evasi.

Va subito chiarito, peraltro, che la decisione della Corte interviene direttamente sul merito della sussistenza (negata) dei presupposti dell'iscrizione, senza prendere posizione, in termini generali, sulla questione relativa all'esistenza o meno, nell'attuale sistema normativo, di un obbligo assicurativo in capo a quella specifica categoria di lavoratori autonomi che sono i coadiutori familiari dei farmacisti.

La tesi dell'Inps, secondo cui i titolari di farmacie ed i relativi collaboratori debbano essere iscritti alla Gestione commercianti, si fonda nel caso concreto in esame su due principali argomentazioni. La prima è che, essendo venduti in farmacia non solo prodotti medici e/o farmaceutici, ma anche prodotti parafarmaceutici e domestici, vi sia svolgimento di attività commerciale, che, in quanto tale, deve essere soggetta alla riforma e alla disciplina del commercio, come si ricava dall'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 114/1998 (norma che, nel definire l'ambito di applicazione del decreto stesso, ne esclude la operatività nei soli confronti dei farmacisti e dei direttori di farmacie che vendano esclusivamente prodotti farmaceutici, specialità medicinali, dispositivi medici e presidi medico-chirurgici). La seconda, poggia sul fatto che tra il coadiutore ed il farmacista, anni prima, era stata costituita ai sensi dell'art. 230-*bis* c.c. un'impresa familiare, il cui atto costitutivo prevedeva espressamente la collaborazione in modo continuativo nell'attività e, conseguentemente, la partecipazione agli utili. Da tali risultanze l'Istituto ha dedotto che fosse dimostrato ed integrato il requisito della partecipazione del coadiutore ad attività commerciale in maniera abituale e prevalente, necessario e sufficiente per estendere allo stesso il regime previdenziale disposto dalla l. n. 613/1966 e successive modifiche, per chi svolge attività commerciale (l'art. 1 della l. n. 613/1966 prevede espressamente che la assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti sia estesa agli esercenti piccole imprese commerciali iscritti negli elenchi degli aventi diritto alla assicurazione obbligatoria contro le malattie – l. n. 1397/1960 – nonché ai loro familiari coadiutori; il successivo art. 2 precisa che si considerano familiari coadiutori il coniuge, i figli legittimi o legittimati ed i nipoti in linea diretta, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle, che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza, sempreché per tale attività non siano soggetti all'assicurazione generale e obbligatoria in qualità di lavoratori dipendenti o di apprendisti).

La Corte, tuttavia, non ha promosso il ragionamento seguito dall'Inps, evidenziando come, per poter qualificare i coadiutori familiari come coadiutori nello svolgimento di una attività commerciale ai sensi e per gli effetti della l. n. 613/1966, sia necessario verificare e dimostrare in concreto tanto che essi si dedichino ad un'attività definibile come commerciale, quanto che tale partecipazione presenti i caratteri dell'abitualità e della prevalenza. La stessa Corte ha poi precisato che tali requisiti non possono essere dedotti né dalle disposizioni dell'atto costitutivo di impresa familiare *ex* art. 230-*bis* c.c., né dalla semplice circostanza che il coadiutore abbia una quota di partecipazione agli utili della im-

presa, potendo essere questa una forma di regolamentazione di interessi patrimoniali privati delle parti anche a fini ereditari.

2. La prassi e la giurisprudenza relative alla questione in esame registrano orientamenti oscillanti.

La tesi generale sostenuta dall'Inps è che sussista in capo ai coadiutori familiari dei farmacisti, non dipendenti e non iscritti all'albo, un preciso obbligo di iscrizione alla Gestione degli esercenti attività commerciali, da cui discende un parallelo obbligo contributivo a fini previdenziali.

In un primo momento l'Istituto Previdenziale ha argomentato tale tesi sostenendo l'obbligo in capo al farmacista titolare dell'attività di iscrizione alla Gestione come titolare c.d. virtuale (nei termini di seguito specificati) e in quanto tale esonerato da obblighi contributivi. Per contro, il familiare che collabora nell'attività d'impresa con carattere di abitudine e prevalenza avrebbe dovuto essere iscritto come coadiutore, secondo le procedure in atto per i preposti all'attività di vendita (cfr. le circ. n. 163/1984, n. 70/2004 e, da ultimo, la circ. n. 78/2006).

L'Inps nega pertanto in radice l'esistenza di una lacuna normativa in merito alla tutela previdenziale dei coadiutori familiari dei farmacisti. A partire dalla necessità di una tutela assicurativa, e applicando i principi generali dell'ordinamento italiano, in primo luogo l'art. 38 Cost. nella parte in cui sancisce il diritto di ogni lavoratore alla tutela previdenziale, fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina relativa al regime previdenziale dei coadiutori familiari ex artt. 1 e 2, l. n. 613/1966.

In base a tale disciplina, l'obbligo assicurativo sorge nel momento in cui il coadiutore familiare presta la propria opera in maniera prevalente ed abituale, in un'attività commerciale, il cui titolare sia tenuto ad iscriversi all'Inps, Gestione commercianti. In presenza di tali requisiti, la qualifica di commerciante del titolare dell'attività viene estesa al coadiutore, con tutte le conseguenze che ciò comporta a fini previdenziali.

A fronte di tali premesse, l'Istituto conclude affermando che nelle farmacie che vendono anche prodotti diversi dai medicinali, e dunque nella quasi totalità degli esercizi presenti sul territorio, è esercitata un'attività qualificabile come commerciale e pertanto soggetta alla relativa disciplina, in coerenza con quanto previsto dell'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 114/1998 (vedi *supra*). Non solo. Secondo l'Inps dall'attività di vendita di prodotti parafarmaceutici conseguono redditi d'impresa, di norma attribuiti ai singoli coadiutori in qualità di partecipanti ad imprese familiari ex art. 230-bis c.c., con conseguente e necessaria sussistenza del carattere dell'abitudine e della prevalenza dell'attività esercitata.

In presenza di tali presupposti, non può – secondo l'Inps – essere d'ostacolo al riconoscimento della tutela previdenziale a beneficio dei coadiutori, la mera circostanza per cui il farmacista titolare d'impresa non sia tenuto ad iscriversi alla Gestione dei commercianti, dovendo invece versare i contributi obbligatori alla Cassa previdenziale di categoria, ossia all'Enpaf. Una diversa conclusione si porrebbe in contrasto con i principi generali dell'ordinamento e, in particolare, con il già citato art. 38 Cost.

In tempi recenti l'Inps ha corretto la sua visione originaria, affermando la totale autonomia della posizione assicurativa del coadiutore familiare che quindi, per il solo fatto dell'espletamento di attività commerciale nelle forme a riguardo previste dalla legge, è tenuto ad iscriversi alla Gestione commercianti, a prescindere dalla contemporanea iscrizione alla medesima Gestione del titolare d'impresa, ossia del farmacista. Questa soluzione sarebbe coerente, seconda tale ultima impostazione, con la *ratio* degli artt. 1 e 2, l. n. 613/1966, e dell'art. 1, l. n. 1397/1960 (norma che estende l'assicurazione obbligatoria contro le malattie per esercenti attività commerciali, tra l'altro, ai familiari coadiutori preposti al punto vendita), volta a garantire una tutela previdenziale ai coadiutori familiari che partecipino al lavoro aziendale con carattere di abitudine e prevalenza.

La tesi sostenuta dall'Inps ha trovato accoglimento davanti alla Corte d'Appello di Firen-

ze con la seconda sentenza in epigrafe, del gennaio 2008. La Corte ha infatti sostenuto la sussistenza di un obbligo assicurativo per i coadiutori familiari dei farmacisti, che deriva direttamente dalla legge, e non è in alcun modo collegato o dipendente dall'iscrizione del titolare dell'impresa all'Inps.

In particolare la Corte, ricostruito il quadro normativo di riferimento, conclude affermando che tra i soggetti obbligati all'iscrizione nella Gestione assicurativa degli esercenti attività commerciale, oltre ai titolari degli esercizi, debbano essere compresi pure i familiari coadiutori, purché soddisfino i presupposti a tal fine richiesti dal già citato art. 2, l. n. 613/1966 (siano coniuge, figli, fratelli, ecc. degli esercenti piccole imprese commerciali e partecipino al lavoro aziendale con carattere di abitualità e di prevalenza). Va peraltro osservato che tali specificazioni sono di norma contemplate negli atti costitutivi di impresa familiare *ex art. 230-bis c.c.*, così come la partecipazione del coadiutore agli utili di impresa. Il giudice di seconde cure sottolinea altresì che il farmacista titolare di un esercizio in cui si vendano pure prodotti parafarmaceutici, pur se qualificato a fini previdenziali come professionista, e di conseguenza tenuto ad iscriversi all'Enpaf, è un imprenditore commerciale che svolge attività professionale in forma di impresa (art. 2338, comma 1, c.c.), ed è quindi tenuto ad iscriversi alla Camera di commercio ed è assoggettabile al fallimento. Rilevata dunque la sussistenza di una vera e propria attività commerciale, la Corte precisa che a tale attività possono anche essere preposti i coadiutori familiari, ossia i collaboratori familiari non dipendenti e non iscritti all'albo dei farmacisti. L'esonero del farmacista dall'iscrizione all'Inps, pertanto, non esclude che siano tenuti ad iscriversi i suoi familiari coadiutori che con lui collaborano nello svolgimento di attività commerciale, essendo tale ultima condizione da sola sufficiente a fondare l'obbligo assicurativo. Una conclusione differente sarebbe contraria alla previsione costituzionale di cui all'art. 38 Cost.

Analogamente si è pronunciato, nell'aprile 2008, il Tribunale di Torino – in funzione di giudice del lavoro – con la sentenza riportata in epigrafe. In questo caso, il giudice investito della controversia ha ritenuto che sussiste un preciso obbligo di iscrizione all'Inps per i coadiutori familiari del farmacista se, oltre all'attività protetta di farmacista, sia svolta nell'esercizio anche attività commerciale, e cioè attività di vendita di prodotti diversi da quelli strettamente medici, con l'ulteriore precisazione che, ai fini della iscrिवibilità del coadiutore familiare all'Inps, Gestione commercianti, è condizione sufficiente che il coadiutore presti la propria attività nell'ambito dell'impresa familiare in maniera abituale e prevalente, essendo invece irrilevante il fatto che si dedichi o meno alla vendita, ovvero ad altra attività ad essa accessoria. Il medesimo giudice ha altresì chiarito che è ingiustificata l'iscrizione alla Gestione IVS commercianti del farmacista a fronte dell'obbligo proprio di iscriversi a diversa e specifica Cassa previdenziale. Più specificatamente, l'autonomia tra la posizione del farmacista e quella del coadiutore familiare troverebbe riscontro nell'art. 1, lett. a, l. n. 1397/1960, che pone l'obbligo di iscrizione a carico dei titolari o gestori di imprese organizzate prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia, ovvero a carico dei familiari coadiutori (preposti) al punto vendita. Dalla legittimità dell'iscrizione d'ufficio del coadiutore familiare alla Cassa previdenziale nazionale, consegue la legittimità pure delle relative pretese contributive riferite ai 5 anni precedenti, nei termini quindi della prescrizione del credito contributivo.

3. La tesi contraria a quella sopra esposta è invece avallata dalla prima pronuncia in epigrafe, emanata dalla Corte d'Appello di L'Aquila, esaminata già nel paragrafo di apertura, e qui ulteriormente commentata.

Questa diversa posizione poggia essenzialmente, nella prospettazione dei ricorrenti avverso il verbale dell'Ente previdenziale, sull'insussistenza nell'ordinamento vigente di una norma che disponga espressamente un obbligo di iscrizione e contribuzione all'Inps per i coadiutori familiari dei farmacisti non iscritti all'albo professionale. Lacuna norma-

tiva che, secondo i fautori della prospettazione, non potrebbe essere colmata applicando in via analogica od estensiva norme riferite a soggetti e realtà differenti, opponendosi a tale soluzione interpretativa l'art. 23 Cost., secondo cui nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Non solo. Secondo la difesa dei ricorrenti rileva pure il divieto, di origine giurisprudenziale, di *venire contra factum proprium*, essendo la mancata iscrizione alla Gestione IVS dei coadiutori familiari non farmacisti fondata sulla più che consolidata prassi per cui l'Inps stessa ha esplicitamente escluso tale possibilità a fronte dell'impossibilità di iscriverne alla medesima Cassa i titolari dell'attività. Ciò, indipendentemente dal fatto che la farmacia venda anche prodotti parafarmaceutici, essendo tale attività commerciale secondaria ed accessoria rispetto a quella farmaceutica che caratterizza professionalmente il farmacista (cfr. circ. Inps n. 1595/1978 e n. 249/1981).

Sulla base di tale prassi, peraltro, lo stesso Istituto ha più volte rigettato, negli anni addietro, istanze di iscrizione.

Quella parte di giurisprudenza di merito che ha accolto le doglianze dei farmacisti e dei loro coadiutori, dichiarando quindi l'illegittimità delle iscrizioni d'ufficio e delle relative pretese contributive, lo ha fatto fondando tale conclusione su due differenti ragionamenti. Alcuni giudici infatti, senza prendere posizione sulla questione di diritto sottesa, si sono arrestati sul dato processuale dell'insufficienza della prova fornita dall'Inps in merito ai requisiti della partecipazione del coadiutore stesso all'attività di vendita di prodotti parafarmaceutici, e del carattere abituale e prevalente della riferita collaborazione; presupposti necessari entrambi per poter qualificare tali soggetti come coadiutori familiari di attività commerciale, e dunque per sottoporli, eventualmente, al relativo regime previdenziale. In tale direzione si è orientata, come visto nel primo paragrafo, la Corte d'Appello di L'Aquila, la quale ha rigettato le istanze dell'Inps chiarendo che è necessaria una prova specifica ed in concreto dei suddetti requisiti, non potendo gli stessi essere dedotti né dal solo fatto che nella farmacia si vendano, in generale, anche prodotti parafarmaceutici, né dalle circostanze che il coadiutore abbia aderito ad un'impresa familiare *ex art. 230-bis c.c.* e che partecipi ai conseguenti utili.

Altra parte della giurisprudenza, invece, si è concentrata sulla centrale questione di diritto dell'esistenza o meno di un obbligo giuridico di assicurare i coadiutori familiari dei farmacisti non dipendenti e non iscritti all'albo professionale.

Così il Tribunale di Tolmezzo, nella quarta sentenza proposta in epigrafe, una volta tratteggiato il quadro normativo di riferimento, conclude per l'esistenza di un vuoto normativo, cui consegue l'illegittimità dell'iscrizione d'ufficio all'Inps dei farmacisti e dei loro collaboratori.

In particolare il giudice di merito, ricostruito il quadro normativo relativo al trattamento previdenziale degli esercenti attività commerciali, dei loro preposti e dei loro coadiutori, evidenzia come, ai sensi dell'art. 1, comma 204, l. n. 662/1996, il preposto ad attività commerciale, ossia colui che in base all'art. 2203 c.c. gestisce un punto vendita, o una sede secondaria, o un ramo dell'impresa commerciale, deve iscriversi alla Gestione separata Inps, e lo può fare autonomamente, a prescindere quindi dalla posizione del titolare dell'impresa, mentre il coadiutore familiare, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1 e 2, l. n. 613/1966 e successive modifiche, può iscriversi alla Cassa di previdenza nazionale solo se vi sia già iscritto il titolare dell'attività, e dunque solo qualora gli possa essere estesa la relativa qualifica di commerciante.

Tale ultimo modello non è ad avviso del giudice di Tolmezzo applicabile al farmacista ed ai suoi coadiutori familiari non iscritti all'albo professionale. A fini previdenziali, infatti, il farmacista è qualificato non come commerciante, ma come professionista, tenuto ai sensi dell'art. 1, comma 202, l. n. 662/1996, ad iscriversi esclusivamente alla Cassa previdenziale di categoria, ossia all'Enpaf. Ciò anche nell'ipotesi in cui in farmacia vengano

venduti prodotti parafarmaceutici, essendo tale attività commerciale eventuale, secondaria ed accessoria rispetto a quella farmaceutica, ed *ex lege* con essa compatibile. Conseguenze che, non potendo essere iscritti all'Inps i titolari dell'attività, non potranno esserlo nemmeno i loro coadiutori familiari, mancando un esplicito e preciso requisito di legge. L'iscrizione d'ufficio degli stessi all'Inps, e le conseguenti pretese contributive, sono dunque illegittime.

In senso conforme si è espresso pure il giudice del lavoro di Arezzo (Trib. Arezzo 22 giugno 2006, n. 392, in *Banca Dati Unico lavoro*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2009), il quale, seguendo lo stesso ragionamento, ha concluso per l'esistenza di una lacuna normativa nel sistema previdenziale relativa a quei lavoratori autonomi che sono i coadiutori familiari dei farmacisti non iscritti all'albo professionale. Il tribunale toscano ha precisato che ai fini della qualificazione del farmacista come professionista, e non invece come commerciante, a nulla rileva il fatto che in farmacia si vendano prodotti parafarmaceutici, essendo tale attività commerciale eventuale ed accessoria, ed essendo espressamente i professionisti con Cassa esclusi dall'obbligo di iscrizione alla Gestione speciale commercianti; consegue la impossibilità di iscrivere a tale Gestione i loro coadiutori familiari, che restano dunque privi di una qualsiasi tutela previdenziale.

4. A fronte del contrasto giurisprudenziale sopra evidenziato, e in assenza di un intervento chiarificatore della giurisprudenza di legittimità sulla questione di diritto, se cioè vi sia o meno una lacuna normativa con riferimento alla tutela previdenziale dei coadiutori familiari dei farmacisti non dipendenti e non iscritti all'albo professionale, pare in conclusione opportuno richiamare il contributo della Corte Costituzionale che nel 2007 ha avuto modo di pronunciarsi, seppure con sola ordinanza (12 dicembre 2007, n. 448, in *GCost*, 2007, fasc. 6, 4868), sulla questione.

La Corte, nel rigettare l'istanza di illegittimità costituzionale della disciplina sottoposta al suo giudizio – art. 1, l. n. 1397/1960, così come sostituito dall'art. 1, comma 203, l. n. 662/1996, e artt. 1 e 2, l. n. 613/1966, nella parte in cui nulla dispongono circa la iscrivibilità alla Gestione commercianti Inps dei familiari collaboratori del farmacista – ricostruisce il quadro normativo complessivo, escludendo così, seppur implicitamente, la esistenza di una lacuna normativa. Conclusione dalla quale pare potersi ulteriormente e di conseguenza dedurre la sussistenza dell'obbligo assicurativo in capo ai coadiutori familiari dei farmacisti.

Enrica Carminati
Cultore di Diritto del lavoro

2. Previdenza (*segue*)

2.5. App. Ancona 19 febbraio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 18).

Previdenza - Controversie in materia di assistenza e previdenza - Omessa contribuzione - Azione per la costituzione di rendita - Azione diretta del lavoratore - Mancata azione preventiva contro il datore - Inammissibilità - Sussistenza.

È inammissibile la domanda proposta direttamente dal lavoratore nei confronti dell'Inps, in sostituzione del datore di lavoro, volta ad ottenere la costituzione della rendita vitalizia prevista dall'art. 13 della l. 12 agosto 1962, n. 1338, ove il lavoratore non abbia dato la prova dell'impossibilità di ottenere la costituzione della rendita da parte dello stesso datore di lavoro.

Presupposti di ammissibilità della azione diretta del lavoratore per la costituzione della rendita vitalizia

Sommario: **1.** Quadro normativo di riferimento. – **2.** Il contributo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. – **3.** Il caso in esame e il preventivo accertamento della impossibilità di chiedere preventivamente al datore di lavoro la ricostituzione della rendita vitalizia.

1. Nella sentenza in epigrafe, la Corte di Appello di Ancona interviene in merito alla costituzione della rendita vitalizia di cui all'art. 13 della l. 12 agosto 1962, n. 1338, ed in particolare sulla possibilità, per il lavoratore, ai sensi del quinto comma del suddetto articolo, di sostituirsi al datore di lavoro nel richiedere all'istituto previdenziale la costituzione della rendita previo versamento di una riserva matematica all'assicurazione obbligatoria ed al fondo di adeguamento.

Il caso trae origine dalla richiesta di una lavoratrice che, dopo aver lavorato, in qualità di collaboratrice di un nucleo mezzadrile, essendo stata omessa la contribuzione previdenziale ed essendo ormai i contributi prescritti, richiede la costituzione della rendita vitalizia in suo favore.

L'istituto previdenziale si oppone alla richiesta sostenendo, in particolare, che la ricorrente non aveva dimostrato di aver preventivamente richiesto al datore di lavoro la costituzione della rendita.

L'art. 2116 c.c. prevede che l'istituto previdenziale debba corrispondere i trattamenti anche in caso di omissione contributiva o in caso di irregolare contribuzione, salvo il caso in cui gli stessi contributi risultino prescritti.

Qualora i contributi, invece, siano prescritti, l'art. 13 della l. n. 1338/1962 ha previsto la possibilità, per il datore di lavoro o per il lavoratore in via sostitutiva, «di regolarizzare la posizione assicurativa del lavoratore interessato» (G. PERA, *La responsabilità del datore di lavoro per omesso versamento di contributi previdenziali e l'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338*, in *RDL*, 1962, I, 304), riconoscendogli, così, il beneficio della relativa tutela previdenziale.

Al fine di garantire l'effettività della tutela, il datore di lavoro potrà, infatti, «costituire una rendita reversibile pari alla pensione o quota di pensione che spetterebbe al lavoratore in relazione ai contributi omessi» (M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova 2005, 123; M. CINELLI, *Il rapporto previdenziale*, Giappichelli, Torino, 2005, 40; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, 180; C. DE ANGELIS, A. SGROI, *Manuale delle nuove pensioni*, Maggioli, Rimini, 2004, 149; G. CANAVESI, *Il rapporto contributivo nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *RDSS*, 2003, 833; G. CANAVESI, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *RGL*, 1992, I, 468; M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 515), dimostrando, con documenti di data certa, l'esistenza del rapporto di lavoro, la sua durata ed il trattamento retributivo corrisposto e versando una somma pari alla riserva matematica necessaria per riconoscere tale prestazione previdenziale.

Qualora il datore di lavoro non provveda alla richiesta di costituzione della rendita il lavoratore, ai sensi del quinto comma dell'art. 13, può sostituirsi a lui rivolgendosi direttamente all'ente, provando l'esistenza e la durata del rapporto di lavoro, la retribuzione percepita e l'impossibilità di ottenere la rendita dal datore di lavoro.

Nel corso degli anni la normativa del 1962 ha evidenziato profili problematici tanto in merito ai soggetti legittimati a richiedere la costituzione della rendita, quanto in merito agli aspetti procedurali della richiesta e probatori del rapporto di lavoro, necessari per l'accoglimento della domanda.

2. È toccato allora alla giurisprudenza della Corte di Cassazione o della Corte Costituzio-

nale intervenire per chiarire i dubbi emersi in sede di applicazione della normativa. Con il passare degli anni, ad esempio, si è assistito ad un ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere la costituzione della rendita rispetto ai soli lavoratori dipendenti che sembravano poter usufruire di tale beneficio all'indomani dell'approvazione della l. n. 1338.

La Corte Costituzionale, con la sentenza 19 gennaio 1995, n. 18, ha incluso tra i soggetti legittimati a ricevere la rendita vitalizia anche i lavoratori autonomi, e più precisamente i familiari coadiuvanti dell'artigiano (C. Cost. 19 gennaio 1995, n. 18, in *DL*, 1995, II, 327, con nota di V.M. MARINELLI, *La Corte Costituzionale estende il riscatto dei contributi prescritti anche ai collaboratori dell'artigiano*; C. Cost. 23 gennaio 2001, ordinanza n. 21, in *GCost*, 2001, 1), giustificando l'estensione con la distinzione tra soggetto tenuto al versamento dei contributi e soggetto beneficiario del conseguente trattamento previdenziale; il dettato dell'art. 13 della l. n. 1338, infatti, a detta della Corte Costituzionale, presenta quei caratteri di «generalità ed astrattezza» tali da renderlo «applicabile a tutte le forme assicurative delle varie categorie di lavoratori che non hanno una posizione attiva nel determinismo contributivo» (cfr. G. CANAVESI, *Effettività della tutela previdenziale delle collaborazioni coordinate e continuative e principio di automaticità delle prestazioni*, in *ADL*, 2008, 1, 55).

Si ammetteva, così, l'estensione del diritto alla rendita vitalizia anche per tutti i lavoratori autonomi non abilitati a versare direttamente i contributi, mentre dovevano ritenersi esclusi dal beneficio i lavoratori sui quali gravava direttamente l'obbligo di versare la contribuzione.

Lo stesso orientamento è stato successivamente ripreso e consolidato dalla giurisprudenza della Suprema Corte, che ha ritenuto di dover annoverare tra i destinatari della tutela di cui all'art. 13 della l. n. 1338/1962 «tutte le categorie di lavoratori non abilitati al versamento diretto dei contributi, ma sottoposti a tal fine alle determinazioni di altri soggetti», riconoscendo, in questo modo, il diritto alla rendita anche ai familiari coadiuvanti nell'impresa diretto-coltivatrice (Cass. 3 novembre 2000, n. 14393, in *IPrev*, 2000, 1632; Cass. 19 agosto 2003, n. 12149, in *MGC*, 2003, 7; vedi anche, per i coadiutori familiari dell'artigiano, Cass. 13 aprile 2002, n. 5330, in *MGC*, 2002, 639; Cass. 15 giugno 2001, n. 8089, in *D&G*, 2001, 37, 66).

Un altro aspetto particolarmente controverso, sul quale si è confrontata, nel corso degli anni, la giurisprudenza, è quello relativo alla prova del rapporto di lavoro.

Il dettato del comma quarto dell'art. 13, infatti, in merito alla costituzione della rendita da parte del datore di lavoro, dispone che lo stesso è ammesso «ad esercitare la facoltà concessagli [...] su esibizione all'Istituto nazionale della previdenza sociale di documenti di data certa, dai quali possa evincersi la effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione corrisposta al lavoratore interessato».

Le stesse esigenze probatorie sembrerebbero valere anche per il lavoratore che, nel caso di impossibilità ad ottenere la costituzione della rendita da parte del datore di lavoro, ha la possibilità di surrogarsi a questi nella richiesta all'ente di previdenza (il quinto comma dell'art. 13 della l. n. 1338, infatti, espressamente sancisce che il lavoratore può sostituirsi al datore di lavoro «a condizione che fornisca all'Istituto nazionale della previdenza sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione di cui al comma precedente»).

Dal tenore delle suddette norme sembrerebbe necessario, per la costituzione della rendita, munirsi di documenti di data certa che possano provare non solo l'esistenza del rapporto, ma anche la durata dello stesso e la relativa retribuzione ricevuta dal prestatore di lavoro.

Il legislatore si era posto il problema di richiedere una prova rigorosa del rapporto di lavoro al fine di contemperare tanto le esigenze del lavoratore, interessato a ricevere la rendita, quanto quelle dell'istituto previdenziale, preoccupato dal potenziale eccessivo numero di beneficiari del trattamento; il rischio, infatti, è quello del moltiplicarsi di richieste

di rendita relative a rapporti di lavoro fittizi che potrebbero avere inevitabili ricadute sul bilancio dell'ente previdenziale (secondo G. PERA, *op. cit.*, 309, richiedendo una prova rigorosa del rapporto di lavoro «si è voluto garantire l'ente previdenziale e con esso il pubblico erario dalla possibilità di far figurare con facili collusioni inesistenti rapporti di lavoro al fine di consentire il beneficio delle prestazioni previdenziali»).

La prova richiesta, tuttavia, non può nemmeno esser così rigorosa da vanificare la stessa possibilità di tutela offerta al lavoratore.

Si pone, allora, la necessità di interpretare il dato normativo nel modo più adeguato a contemperare i diversi interessi in gioco.

In questa direzione vanno letti i numerosi interventi della giurisprudenza che hanno cercato di rendere l'aspetto probatorio del rapporto il meno gravoso possibile per il lavoratore in quanto soggetto debole, pur nel necessario rispetto delle esigenze di certezza della prova.

Della questione è stata investita la stessa Corte Costituzionale che, già con la sentenza 15 febbraio 1984, n. 26, si è espressa sul punto stabilendo che il lavoratore che intende richiedere la rendita all'ente previdenziale è tenuto a provare documentalmente solo la esistenza del rapporto di lavoro, riservandosi di raggiungere la prova della durata del rapporto e della relativa retribuzione anche con mezzi differenti.

Gli stessi giudici costituzionali, a distanza di pochi anni, hanno confermato il proprio orientamento quando, con la sentenza 13 dicembre 1989, n. 568, hanno differenziato l'aspetto probatorio dell'esistenza del rapporto di lavoro da quello relativo alla durata dello stesso o alla retribuzione corrisposta (C. Cost. 13 dicembre 1989, n. 568, in *RIDL*, 1990, II, 3030, con nota di V. POSO).

L'esistenza del rapporto di lavoro, infatti, va provata necessariamente in maniera rigorosa per mezzo di documenti muniti di data certa, al contrario degli ulteriori aspetti del rapporto che possono essere provati anche oralmente.

Alla base di questa differenziazione operata dai giudici della Consulta vi è non solo la considerazione che i rapporti alla base della richiesta del datore sono spesso particolarmente remoti e, quindi, difficili da provare, ma anche la constatazione che rendere la prova talmente difficoltosa per il lavoratore avrebbe reso, di fatto, inattuabile la tutela che la norma si propone di approntare.

All'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale si sono conformate anche le successive pronunce della Corte di Cassazione che, in maniera costante, hanno limitato l'onere della prova scritta solo in relazione all'esistenza del rapporto, lasciando ampia libertà alle parti ed al giudice sulla prova degli ulteriori elementi richiesti per la concessione del trattamento (Cass. 27 agosto 2003, n. 12552, in *MGC*, 2003, 7; Cass. 16 febbraio 2000, n. 1732, in *IPrev*, 2000, 542; Cass. 21 agosto 1990, n. 85053, in *MGC*, 1990, 8; Cass. 14 marzo 1991, n. 2665, in *MGC*, 1991, 3; Cass. 26 settembre 1988, n. 5239, in *GC*, 1988, I, 2865; Cass. 30 agosto 1988, n. 5002, in *MGC*, 1988, 7; isolata resta la pronuncia della Cass. 14 aprile 1988, n. 2943, in *MGC*, 1988, 4, che richiede prova scritta su tutti gli elementi del rapporto).

Accertato che la prova scritta debba riguardare solo l'esistenza del rapporto, resta da chiarire quali documenti possano soddisfare l'esigenza di certezza che la norma richiede; non tutti i documenti scritti, infatti, possono essere considerati idonei a provare la esistenza del rapporto.

Una dichiarazione del sindaco, ad esempio, che attesti che il richiedente ha svolto un'attività di lavoro subordinato alle dipendenze di un datore di lavoro privato, non è stata ritenuta sufficiente a provare l'esistenza del rapporto di lavoro perché, al contrario dell'atto pubblico «proveniente dall'autorità amministrativa o da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, che attesti detto elemento in quanto a sua diretta conoscenza o perché risultante da atti di ufficio» (Cass. 28 marzo 2003, n. 4779, in *MGC*,

2003, 654), contiene solo una mera rappresentazione di fatti e circostanze accertati a distanza di tempo mediante l'acquisizione di sommarie informazioni.

Allo stesso modo non è stato ritenuto idoneo strumento probatorio dell'esistenza del rapporto lavorativo, ma semplicemente indice presuntivo dello stesso, il libretto di lavoro, vista la sua finalità meramente burocratica (Cass. 5 maggio 1992, n. 5349, in *MGC*, 1992, 5), a differenza delle delibere della commissione provinciale dell'artigianato in merito all'iscrizione ai fini assicurativi negli elenchi nominativi dei soggetti titolari e coadiuvanti delle imprese artigiane che, «ancorché non siano vincolanti per l'Inps, possono valere come prova scritta dell'esistenza del rapporto di lavoro» (Cass. 22 febbraio 2002, n. 2619, in *MGC*, 2002, 289).

Altro aspetto di grande importanza, relativo alla possibilità di richiedere direttamente la rendita da parte del lavoratore, è quello che investe la necessaria preventiva richiesta di costituzione della rendita al datore di lavoro.

Proprio la mancanza di tale istanza della ricorrente costituisce, per la difesa dell'istituto previdenziale, uno dei motivi principali per chiedere il rigetto della domanda della lavoratrice, non avendo quest'ultima provato l'impossibilità di chiedere la rendita al datore di lavoro.

La questione è stata oggetto di diverse pronunce della Cassazione nelle quali si è sostenuto in maniera costante come sia «inammissibile la domanda proposta direttamente dal lavoratore nei confronti dell'Inps, in sostituzione del datore di lavoro e diretta ad ottenere la costituzione di una rendita vitalizia» (Cass. 24 febbraio 1988, n. 1987, in *MGC*, 1988, 4; Cass. 1° giugno 2004, n. 10517, in *MGC*, 2004, 5) e come non sia sufficiente addurre una generica difficoltà di ottenerne la costituzione (come nel caso di chi faccia parte dello stesso nucleo familiare del datore di lavoro) (Cass. 15 maggio 2004, n. 9305, in *MGC*, 2004, 5) per potersi surrogare al medesimo nella richiesta all'istituto previdenziale.

Il lavoratore, infatti, per poter esperire azione surrogatoria dovrebbe preventivamente richiedere al datore di lavoro la costituzione della rendita e, solo qualora ciò non sia possibile, rivolgersi all'ente previdenziale, allegando e dimostrando «che non ha potuto far valere questa pretesa nei confronti del datore di lavoro» (Cass. 20 dicembre 2004, n. 23584, in *MGC*, 2004, 12).

Questo ulteriore onere, sebbene possa apparire eccessivamente penalizzante per il lavoratore, non costituisce, a detta dei giudici della Suprema Corte, un trattamento ingiusto e deteriore per il soggetto debole del rapporto, dal momento che tali limitazioni «trovano la loro giustificazione nella funzione sostitutiva della facoltà di attivarsi direttamente presso l'Inps, e nel necessario temperamento tra l'interesse del lavoratore a non rimanere privo di tutela previdenziale e l'esigenza di contrastare il rischio di posizioni lavorative fittizie» (Cass. 21 luglio 2005, n. 15304, in *FI*, 2005, I, 2669).

3. Nel caso in oggetto la ricorrente aveva sostenuto l'impossibilità di rivolgersi preventivamente al datore di lavoro, non solo per il lungo lasso di tempo trascorso, ma soprattutto perché riteneva illogico rivolgersi al proprio familiare onde ottenere la costituzione della rendita.

La Corte di Appello di Ancona, pronunciandosi sul punto, si conforma al costante orientamento della Cassazione e, considerando necessaria la preventiva richiesta al datore di lavoro o l'impossibilità provata di rivolgersi allo stesso, rigetta la richiesta dell'appellante.

Tale impossibilità non può consistere, infatti, nel lungo periodo di tempo trascorso o nell'eventuale decesso del datore di lavoro (Cass. 20 dicembre 2004, n. 23584, in *MGC*, 2004, 12) così come non può, a detta della Corte di Appello di Ancona, consistere nella supposta illogicità di atti o azioni giudiziarie all'indirizzo del datore di lavoro che sia al tempo stesso parente del lavoratore, come sostenuto dalla lavoratrice.

A parte la costante interpretazione della norma data da autorevole giurisprudenza, infatti,


non si comprendono bene le ragioni per le quali un familiare del lavoratore possa essere considerato, a pieno titolo, “datore di lavoro” quando si tratti di ottenere un’estensione dei soggetti o dei casi tutelati, mentre altrettanto non debba valere quando si tratta di richiedere la necessaria e preventiva azione contro il datore di lavoro-familiare, al fine della costituzione della rendita.

Sulla base di queste considerazioni i giudici di Appello di Ancona, hanno ritenuto di dover rigettare la domanda della ricorrente, restando aderenti ad un orientamento giurisprudenziale che, oltre ad essere pressoché costante, sembrerebbe essere, il più coerente con l’intero impianto normativo e con il dato letterale, nonché quello che meglio realizza quel contemperamento tra la tutela dei diritti del lavoratore e le esigenze economiche dell’Istituto previdenziale che sembra essere uno degli obiettivi del legislatore.

Giuseppe Giglio

Dottore di ricerca in Legislazione sociale europea – Università degli Studi di Macerata

3. Trasferimento del lavoratore

3.1. Cass. 2 settembre 2008, n. 22059 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 29).

Trasferimento del lavoratore - Presupposti di legittimità - Esigenza di conservare un clima sereno nell’ambiente di lavoro - Sussistenza.

Deve considerarsi legittimo il provvedimento adottato dal datore di lavoro che, al fine di conservare un clima sereno nell’ambiente di lavoro, dispone il trasferimento di un lavoratore, il cui comportamento è origine di continui contrasti.

Legittimità del trasferimento del lavoratore per incompatibilità ambientale

Sommario: 1. Premesse. – 2. Sul trasferimento per incompatibilità ambientale. – 3. Sul trasferimento disciplinare. – 4. Conclusioni.

1. La pronuncia in epigrafe si occupa del caso di un dipendente trasferito da un cantiere navale ad un deposito per l’asserita necessità «di rasserenare il rapporto fra il lavoratore e i suoi colleghi» incrinato dal comportamento particolarmente litigioso del lavoratore. La sentenza (recentemente annotata da G. GIRARDI, *Il trasferimento del lavoratore e le condizioni per la sua legittimità*, in *LG*, 2009, 29 ss.) sia pur nella sua estrema concisione fornisce l’occasione per sondare la solidità dello stabile orientamento giurisprudenziale in materia di trasferimento «per incompatibilità ambientale» e la tracciabilità di una linea di confine rispetto alla limitrofa figura del «trasferimento disciplinare». Fra le nozioni regna, infatti, una certa promiscuità lessicale (C. MAZZA, *Sul trasferimento per «incompatibilità aziendale»*, in *RIDL*, 2007, II, 863) ed una certa commistione concettuale (A. PILATI, *Sul trasferimento determinato dal comportamento del lavoratore*, in *RIDL*, 1999, II, 359 ss.) alimentata dalla giurisprudenza di legittimità che, nel ricostruire l’una e l’altra figura, ha sviluppato «argomentazioni in termini integrati e fra loro interagenti, nel tentativo di acquisire un reciproco sostegno dialettico» (M. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, Napoli, 1996, 61).

2. La giurisprudenza di legittimità si è occupata per la prima volta del trasferimento per incompatibilità ambientale con la pronuncia Cass. 6 marzo 1975, n. 832 (in *FI*, 1975, I, 2007, con nota di A. PROTO PISANI), affermandone l’ammissibilità quando «risultino spe-

cifiche circostanze dalle quali possa desumersi che, in realtà, un determinato contegno del lavoratore, nell'ambito dell'impresa dalla quale egli dipende, incida in senso negativo ed oggettivamente sul normale svolgimento dell'attività tecnico-organizzativa e produttiva». Viene affermato dunque che un comportamento del lavoratore dovuto alla sua particolare indole possa essere valutato non in sé e per sé ma per le sue conseguenze sulla organizzazione produttiva. Il principio, lungi dal rappresentare un *quid novi*, si riannoda all'orientamento che colloca alcune ipotesi afferenti alla persona del lavoratore all'interno della nozione di giustificato motivo oggettivo, alla nozione di "incompatibilità ambientale" prevista nel settore pubblico (sulla quale si veda A. CAVALLO, *Il trasferimento per incompatibilità ambientale nel pubblico impiego privatizzato*, in *Rivista dell'impiego e della dirigenza pubblica*, 2005, n. 3, 7) ed alle previsioni di qualche contratto collettivo (M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1997, 544-545). Si tratta della prima fase di un processo di progressivo ampliamento della nozione. Nella tappa successiva inaugurata da Cass., sez. un., 24 luglio 1986, n. 4747 (in *RIDL*, 1987, II, 518, con nota di L. SILVAGNA) la Suprema Corte chiarisce la duplice valenza del comportamento del dipendente, astrattamente atto ad integrare sia un fatto rilevante sotto il profilo disciplinare sia una delle ragioni tecniche organizzative e produttive che consentono il trasferimento, puntualizzando però che il datore di lavoro può avvalersi solo alternativamente del potere disciplinare (con i limiti di cui all'art. 7) o del potere direttivo-organizzativo (con i limiti di cui all'art. 13 Stat. lav.). Nell'ultima fase di sviluppo dell'istituto la giurisprudenza di legittimità riconosce in capo al datore di lavoro la possibilità di esercitare congiuntamente per lo stesso fatto entrambi i poteri – sia disciplinare che direttivo-organizzativo – superando il precedente limite della alternatività dei medesimi (Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *MGC*, 1991, fasc. 11, e in *NGL*, 1991, 830) ove si puntualizza che dal «collegamento causale tra comportamento e trasferimento» e dalla «successione cronologica tra i due eventi» non si può dedurre che il trasferimento costituisca «una seconda sanzione disciplinare di un'unica condotta e sia per questo illegittimo». Un'analisi dei casi sottoposti all'esame dei giudici rivela che la figura è stata utilizzata generalmente per risolvere conflittualità sviluppatesi fra colleghi (possono annoverarsi fra le altre, oltre alla sentenza annotata, Cass. 10 marzo 2006, n. 5320, in *NGL*, 2006, 4, 523; Cass. 26 marzo 1998, n. 3207, in *MGC*, 1998, 670; Cass. 28 settembre 1995, n. 10252, in *GI*, 1996, I, 1, 730; nella giurisprudenza di merito Pret. Torino 6 dicembre 1994, in *LG*, 1995, 183), in ipotesi in cui il dipendente si sia reso indesiderabile al cliente finale (Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786, in *MGC*, 2002, 2187; Pret. Milano 4 maggio 1988, in *DPL*, 1988, 2502) ed in ipotesi di scarso rendimento del medesimo (Cass. 23 febbraio 2007, n. 4265, in *MGC*, 2007, 2, e in *RIDL*, 2007, 4, 863, con nota di C. MAZZA, *op. cit.*; Cass. 15 ottobre 1992, n. 11339, in *MGC*, 1992, fasc. 10).

La consolidata giurisprudenza di legittimità e la prevalente giurisprudenza di merito (*contra* Pret. Roma 9 gennaio 1984, in *GC*, 1984, I, 2308; Pret. Milano 20 luglio 1981, in *L80*, 1981, 928) ritengono, dunque, che sia legittimo il trasferimento del dipendente il cui comportamento abbia cagionato effetti disfunzionali sull'organizzazione produttiva. Quando tale comportamento abbia determinato anche una violazione delle regole disciplinari è legittimo l'esercizio di entrambi i poteri – direttivo-organizzativo e disciplinare – né questo, del resto, «sarebbe il solo caso in cui l'ordinamento individua valenze diverse di uno stesso comportamento» (S. MARAZZA, *Ancora sul trasferimento per motivi disciplinari*, in *DL*, 1992, II, 419). Sin qui l'orientamento espresso dalla giurisprudenza pare condivisibile, nonostante l'opinione contraria espressa da una parte della dottrina (M. BROLLO, *op. cit.*, 558 ss.; L. SILVAGNA, *Diritto d'informazione e limiti al potere organizzativo dell'imprenditore*, in *RIDL*, 1987, II, 528; A. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, 1987, I, 78-79, secondo il quale «la distinzione tra giustificazione oggettiva e soggettiva dei provvedimenti datoriali non si fonda sul tipo di effetti, in entram-

be identicamente rilevanti solo in quanto incidono in modo negativo sul funzionamento dell'azienda, ma sulla diversa causa di quegli effetti a seconda che consista o no nel comportamento del lavoratore»). Infatti, da un punto di vista letterale l'oggettività postulata dalla norma è attribuito riferibile alle ragioni che legittimano il trasferimento, non anche ai fattori che determinano l'insorgenza delle medesime ragioni (in tal senso si veda G. PROIA, *Qual è il trasferimento disciplinare?*, in *RIDL*, 1993, II, 577, secondo il quale «l'art. 2103 cod. civ. non consente di operare distinzioni [...] tra le cause, oggettive e soggettive che hanno determinato le esigenze tecniche, organizzative e produttive del trasferimento»).

Da un punto di vista sistematico tale conclusione è sorretta da vari argomenti. Si consideri, in primo luogo, che l'adesione alla tesi contraria, in presenza di un'effettiva esigenza tecnica, organizzativa o produttiva, finirebbe con l'introdurre un'inspiegabile disparità di trattamento fra l'ipotesi in cui tale esigenza sia determinata da circostanze oggettive (il trasferimento sarebbe consentito) e soggettive (il trasferimento non sarebbe viceversa consentito). Può osservarsi poi che quando il legislatore ha inteso limitare il potere di trasferimento in connessione con particolari circostanze soggettive attinenti alla persona del lavoratore lo ha fatto espressamente (*ubi lex voluit, dixit*; si ricordi in proposito la normativa dettata in materia di trasferimento discriminatorio, trasferimento di dirigenti sindacali e dipendenti portatori di handicap o loro familiari). In particolare, si consideri che la principale ipotesi di trasferimento per motivo soggettivo normativamente tipizzata è rintracciabile nel disposto dell'art. 15, lett. b, Stat. lav., che sancisce la nullità del trasferimento discriminatorio: la giurisprudenza è sostanzialmente concorde nel richiedere da parte del lavoratore la prova, molto spesso ardua, dell'intento discriminatorio del datore di lavoro (cfr., fra le altre, Cass. 15 novembre 2000, n. 14753, in *MGC*, 2000, 2323). L'accoglimento della tesi che postula l'inammissibilità di qualsivoglia trasferimento per motivo soggettivo comporterebbe la conseguenza paradossale che un lavoratore discriminato sia tutelato meno efficacemente del lavoratore il cui comportamento abbia cagionato delle disfunzioni organizzative oggettivamente apprezzabili.

Altro indice normativo, particolarmente rilevante quando, come nel caso di specie, venga in rilievo una situazione di incompatibilità fra il dipendente trasferito ed altri colleghi, può essere rinvenuto nell'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro l'obbligo di «tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Quando la necessità di trasferire un lavoratore affondi le proprie radici nell'esigenza di salvaguardare la serenità dell'ambiente di lavoro e dei singoli collaboratori, può ritenersi che il trasferimento risponda non solo ad un potere ma addirittura ad un obbligo del datore di lavoro.

Se sin qui la lettura fornita dalla giurisprudenza pare difficilmente smentibile, meno condivisibile è invece il tentativo operato dalla Suprema Corte di affievolire l'onere probatorio posto indubitabilmente a carico del datore di lavoro sulla china di una lettura per cui l'incompatibilità aziendale «non può che essere desunta *a priori*, secondo una logica valutazione delle circostanze del caso, le quali possono suggerire un immediato mutamento di sede» (Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *MGC*, 1991, fasc. 11). In tal senso l'uso del participio «comprovate», oltre ad imporre un onere di contestuale motivazione delle ragioni del trasferimento (secondo la lettura fornita dal prevalente orientamento dottrinale), impone la reale sussistenza delle medesime che devono essere certe ed effettive (ossia «più che provate, dimostrate cioè in termini di evidenza ed assoluta certezza, attraverso elementi di indiscutibile valore che ne diano al tempo stesso prova e conferma» come sottolineato da S. MARAZZA, *Nuovi e vecchi problemi in tema di trasferimento disciplinare*, in *GI*, 1996, I, n. 1, 734). Tale effettività, da un lato, presuppone la congruenza logica «tra lo strumento adottato – trasferimento – e il fine dichiarato dall'azienda – eliminazione di talune disfunzioni organizzative causate dal colpevole comportamento del dipendente [...]» (G. BURRAGATO, *Incompatibilità del dipendente con l'ambiente di lavoro e*

conseguenze del trasferimento illegittimo, in *OGL*, 1996, 364) e, dall'altro, implica la dimostrabilità del fenomeno "disorganizzativo", del rapporto eziologico che lega il medesimo al comportamento del lavoratore e dell'idoneità del trasferimento ad elidere la situazione di incompatibilità.

3. Il carattere squisitamente oggettivo delle esigenze che possono legittimare il trasferimento (sia pure nell'indifferenza circa la natura oggettiva o soggettiva dei fattori che le determinano) posto dall'art. 2103 c.c., costituisce un evidente limite interno alla ammissibilità del trasferimento disciplinare, inteso cioè quale sanzione irrogata all'esito di una valutazione tipicamente soggettiva in quanto involgente la sussistenza e l'entità della infrazione (indipendentemente dalle sue conseguenze disfunzionali), oltre che la proporzionalità della sanzione rispetto ad essa (indipendentemente dalla sua idoneità ad eliminare eventuali conseguenze disfunzionali). La tesi favorevole (espressa, fra le altre, da Cass. 27 giugno 1998, n. 6383, in *MGC*, 1998, 1412; Cass. 9 maggio 1990, n. 3811, in *MGC*, 1990, fasc. 5, e Cass. 21 novembre 1990, n. 11233, in *MGC*, 1990, fasc. 11) deve confrontarsi inoltre con l'ulteriore ostacolo rappresentato dal carattere definitivo del trasferimento, contrastante con l'art. 7 Stat. Lav. a norma del quale «non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro» (l'argomento è stato sottolineato, fra gli altri, da R. DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *QDLRI*, 1991, n. 9, 109). Nessuna deroga a tale principio è possibile, anche in presenza di accordi collettivi che rendano facoltativo il trasferimento disciplinare, poiché l'art. 2103, comma 2, prevede la nullità dei patti, anche collettivi, contrari (M. BROLLO, *op. cit.*, 558; in tal senso anche la prevalente giurisprudenza di merito, cfr., fra altre, Pret. Roma 21 luglio 1986, in *DPL*, 1986, 2360, e Pret. Milano 30 marzo 1989, in *L80*, 1981, 928).

4. Non pare esistano argomenti idonei a confutare l'orientamento giurisprudenziale che ammette il trasferimento per incompatibilità ambientale, mentre poco condivisibili sembrano il tentativo di affievolire l'*onus probandi* posto a carico del datore di lavoro e le aperture dimostrate dalla giurisprudenza di legittimità alla diversa figura del trasferimento disciplinare. Entrambe le nozioni presuppongono l'esercizio di un potere datoriale (il potere di trasferimento) occasionato da un comportamento del lavoratore. I punti di contatto fra le due fattispecie si arrestano qui, sì che deve ritenersi più corretto l'uso della nozione di "trasferimento disciplinare" allorché il provvedimento è direttamente e causalmente collegato ad un comportamento del lavoratore, riferendo invece la nozione di trasferimento per "incompatibilità ambientale" alle ipotesi in cui il provvedimento sia causalmente ricollegabile alla disfunzione organizzativa prodotta dal comportamento del lavoratore (che assurge al rango di mera *occasio*). Tale distinzione formale non è certo appagante ed è fondato il timore di strumentalizzazione del trasferimento per incompatibilità ambientale al fine di nascondere trasferimenti disciplinari, o addirittura adottati in chiave ritorsiva (C. MAZZA, *op. cit.*, 865). In tal senso l'argine frapposto dalla legge all'uso pretestuoso o arbitrario dell'istituto da parte del datore di lavoro ed, al contempo, il requisito deputato a realizzare l'«equilibrato bilanciamento tra l'interesse all'efficienza produttiva e i valori dell'uomo che lavora» (M. BROLLO, *op. cit.*, 510) – principio ispiratore dell'art. 2103 c.c. – non può che essere individuato nell'effettività delle ragioni tecniche, organizzative e produttive e nel loro rigoroso accertamento da parte dell'interprete. La verifica del corretto esercizio del potere di trasferimento non può, dunque, che passare «volta per volta, attraverso l'analisi della reale sussistenza di una situazione obiettivamente apprezzabile in termini di organizzazione aziendale; diversamente ci si troverebbe

in presenza di un *escamotage* attraverso cui, in definitiva, conferire rilevanza, ai fini del trasferimento, a ragioni squisitamente disciplinari» (A. BOLLANI, voce *Trasferimento dei lavoratori*, in *DDPCom*, 1999, 44).

Gianvito Riccio
Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato

- *trattamento retributivo dell'apprendista (1.1. – 1.4.)*

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- *norme regionali di incentivo all'ingresso nel mercato del lavoro (2.1. – 2.8.)*

Lavoro pubblico

- *contratti di lavoro flessibile (3.1. – 3.4.)*

Mercato del lavoro

- *disciplina regionale (4.1. – 4.3.)*

Orario di lavoro (riposi)

- *riposi e deroghe (5.1. – 5.7.)*
- *disciplina sanzionatoria (5.8. – 5.13.)*


Previdenza

- *piloti e personale aeronavigante (6.1.; 6.4.; 6.16.)*
- *maternità e benefici contributivi (6.5.; 6.6.; 6.8.; 6.9.; 6.10.; 6.13.; 6.14.; 6.17.; 6.18.)*
- *previdenza complementare (6.7.; 6.15.)*
- *personale dipendente di agenzia di informazione radiofonica (6.12.)*
- *lavoratori in Paese straniero (6.11.)*
- *ingegneri (6.3.)*
- *lavoratori marittimi (6.2.)*

Salute e sicurezza

- *aggiornamento del quadro normativo (7.1. – 7.8.)*
- *infortuni in itinere e sicurezza stradale (7.9. – 7.14.)*


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, *Confindustria* – Servizio sindacale, *Confcommercio* – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, *Ires-Cgil*, *Uil* – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Apprendistato

1.1. Interpello 1° ottobre 2007, n. 28 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 32).

1.2. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 luglio 2005, n. 30 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

1.3. Circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali 14 ottobre 2004, n. 40 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

(1.1. – 1.3.) Il trattamento retributivo dell'apprendista dopo la riforma del 2003

Sommario: 1. Premessa. – 2. La retribuzione dell'apprendista tra sottoinquadramento e percentualizzazione. – 3. Percentualizzazione ed autonomia collettiva. – 4. La cumulabilità della disciplina degli artt. 13, comma 1, l. n. 25/1955, e 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. – 5. L'armonizzazione dei due meccanismi. – 6. La validità delle clausole retributive inserite nei contratti di apprendistato.

1. Il d.lgs. n. 276/2003 è intervenuto sui contratti di lavoro a contenuto formativo con lo scopo di razionalizzare i diversi istituti, anche attraverso una più nitida separazione funzionale per evitare, tra l'altro, l'uso improprio degli stessi quale strumento di contenimento del costo del lavoro (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, Milano, 2004, 191 ss.).

Il legislatore, già con l'emanazione della l. n. 25/1955, aveva assegnato al contratto di apprendistato (sul trattamento retributivo dell'apprendista nella disciplina anteriore al d.lgs. n. 276/2003, si veda M. RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, Giuffrè, Milano, 1966, 216-222 e 293 ss.; L. RIVA SANSEVERINO, *Apprendistato*, in *NDI*, 1957, I, 783 ss., e ID., *Apprendistato*, in *AppNDI*, 1980, I, 346 ss.; M.L. DE CRISTOFARO, *Apprendistato*, in *EGT*, 1988, II, 5-6; G. AMOROSO, *Tirocinio e formazione professionale*, in *Enc. dir.*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992, 555 ss.; G. LOY, *Apprendistato*, in *DDPComm*, vol. I, 1987, 179 ss.) non solo la funzione tipica di realizzare l'addestramento professionale dei giovani ma anche quella di promuovere l'occupazione di questi ultimi prevedendo incentivi e vantaggi economici di diversa natura.

Tra le norme introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 l'art. 53, comma 1, prevede, quale incentivo economico in favore dei datori di lavoro, che «durante il rapporto di apprendistato, la categoria di inquadramento del lavoratore non potrà 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», consentendo così il beneficio del c.d. sottoinquadramento dell'apprendista (sull'art. 53 del d.lgs. n. 276/2003, si veda G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, 205-206; D. GAROFALO, *Il contratto di inserimento: dall'occupabilità all'adattabilità*, in *LG*, 2004, 287-313; ID., *L'apprendistato tra sussidiarietà verticale e orizzontale*, Working Paper Adapt, 2005, n. 14, 25; L. MENGHINI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi, commento agli artt. 33-60*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. III, 221-222; 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*, Cacucci, Bari, 2006, 399 ss.; M. TIRABOSCHI, *op. cit.*; P. BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro – D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 530-595; A. LOFFREDO, *I contratti a finalità formativa: tra un passato incerto ed un futuro difficile*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, 489-501; F. GUARIELLO, *Apprendistato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 282. Peraltro, si noti che la disciplina dell'apprendistato introdotta nel 2003 ha già subito numerose e reiterate modifiche, di cui l'ultima in ordine di tempo con l'art. 23, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008).

Peraltro, una previsione simile era già rinvenibile nell'art. 16, comma 3, l. n. 451/1994, che autorizzava ad assumere lavoratori con contratto di formazione e lavoro con un inquadramento in un livello inferiore rispetto a quello di destinazione; e la stessa contrattazione collettiva in materia di apprendistato aveva previsto – anteriormente alla emanazione del d.lgs. n. 276/2003 – un analogo meccanismo, riconoscendo agli apprendisti una retribuzione sino a due livelli inferiore rispetto a quella attribuita ai lavoratori qualificati.

La norma dell'art. 53, comma 1, si inserisce quindi nel filone degli incentivi alla occupazione giovanile che storicamente hanno caratterizzato l'apprendistato, confermando altresì le finalità di promozione dell'occupazione dichiaratamente perseguite dal d.lgs. n. 276/2003 (D. GAROFALO, *Apprendistato*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 630-635, 631).

Ed invero sul trattamento retributivo dell'apprendista si riflette la specialità del contratto di apprendistato, che tende allo scambio tra prestazione di lavoro subordinato e insegnamento di un'arte o di una professione, cui deve aggiungersi una retribuzione (G. SUPPIEJ, *Apprendista*, in *Enc. dir.*, 1958, II, 814 ss., spec. 826-828, il quale ricorda inoltre come, anteriormente all'emanazione della l. n. 25/1955, la dottrina avesse ritenuto che la retribuzione dell'apprendista potesse anche mancare, mentre la giurisprudenza si era orientata in senso contrario, affermando il diritto dell'apprendista ad una retribuzione seppur ridotta), come confermato tra l'altro dall'art. 11, lett. c, l. n. 25/1955, il quale impone al datore di lavoro l'obbligo di «osservare le norme dei contratti collettivi di lavoro e di retribuire l'apprendista in base ai contratti stessi» (per la legittimità costituzionale dell'art. 11, lett. c, l. n. 25/1955, rispetto all'art. 39 Cost., vedi C. Cost. 26 gennaio 1957, n. 10, in *MGL*, 1957, 15).

In particolare, l'art. 13 della l. n. 25/1955 prevede che la retribuzione dell'apprendista deve essere graduale, anche in rapporto all'anzianità di servizio, consentendo così all'autonomia collettiva la sua regolazione separata rispetto a quella stabilita per gli altri lavoratori attraverso un meccanismo di percentualizzazione del minimo tabellare riferito ad un livello retributivo tipo del lavoratore qualificato (M. SALA CHIRI, *Il tirocinio*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 99 ss., 120).

Infatti il riconoscimento – in applicazione dell'art. 13 citato – di una retribuzione inferiore rispetto a quella dovuta per il lavoratore qualificato addetto allo svolgimento delle medesime mansioni non comporta, di per sé, un vantaggio per il datore di lavoro, dato che il tempo occorrente per l'istruzione professionale riduce il periodo giornaliero dell'attività lavorativa prestata dal dipendente (la quale, oltre tutto, deve essere svolta sotto la continua sorveglianza e l'assistenza del datore di lavoro o di soggetti all'uopo incaricati. Così Cass., sez. un., 21 luglio 1999, n. 486, in *MGL*, 1999, 1220, con nota di C.A. NICOLINI).

Per altro verso la stessa istruzione professionale deve essere considerata quale parte del corrispettivo dell'attività dell'apprendista, concorrendo così all'ammontare complessivo della remunerazione dello stesso.

Di conseguenza sono state ritenute conformi ai principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza della retribuzione i meccanismi retributivi adottati *post legem* n. 25/1955 dalla contrattazione collettiva, che usualmente stabilisce il riconoscimento in favore degli apprendisti di un salario di due livelli inferiore rispetto a quello attribuito ai lavoratori qualificati (E. PASQUALETTO, *Il lavoro giornalistico*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro – Commentario*, Utet, Torino, 2007, II ed., vol. II, 1879).

2. Con l'emanazione del d.lgs. n. 276/2003 si è posto il problema se il nuovo meccanismo del c.d. sottoinquadramento previsto dall'art. 53 abbia o meno lasciato in vita quello precedente della percentualizzazione. Tale incertezza è giustificata dalla circostanza che la norma dell'art. 13, l. n. 25/1955, non è tra quelle elencate dall'art. 85, d.lgs. n. 276/2003, che al comma 1, lett. b, sotto la rubrica *Abrogazione*, individua le disposizioni di legge espressamente abrogate, ovvero «l'art. 2 comma 2°, l'art. 3 e l'art. 11 lett. c) della legge 19 gennaio 1955». È vero che lo stesso comma 1, alla lett. i, sancisce l'abrogazione di «tutte le disposizioni legislative e regolamentari incompatibili con il presente decreto». Tuttavia è ragionevole supporre che l'abrogazione implicita in ogni caso non possa trovare applicazione rispetto alle fonti legislative indicate nell'elenco delle abrogazioni espresse, come appunto la l. n. 25/1955 sulla disciplina dell'apprendistato. Sembra infatti evidente che l'art. 85 citato, indicando espressamente le disposizioni della l. n. 25 abrogate, ha selezionato di conseguenza le norme della stessa legge che ha inteso mantenere in vigore. Ed infatti, anche in forza del principio di conservazione delle leggi, l'abrogazione implicita o tacita per incompatibilità tra le nuove norme e le precedenti, ai sensi dell'art. 15 preleggi, ricorre nel caso di incompatibilità tra una nuova legge ed una anteriore e cioè quando tra i due provvedimenti sussista contraddizione tale da renderne impossibile l'applicazione contemporanea, per cui dall'applicazione e dall'osservanza dell'ultimo derivino necessariamente la disapplicazione e l'inosservanza dell'altro (Cass. 21 febbraio 2001, n. 2502; Cass. 28 settembre 2001, n. 12118, in *IPrev*, 2001, 1231; Cass. 11 febbraio 2003, n. 2051, in *IPrev*, 2003, 186). Si deve perciò ritenere che, ad eccezione delle disposizioni espressamente abrogate, la restante parte della l. n. 25/1955 sia tuttora vigente. Il Ministero, infatti, prima nella circ. n. 40/2004 e poi nella circ. n. 30/2005 (in epigrafe) ha preso atto dei limiti così apposti dal legislatore alla propria volontà abrogatrice e ne ha tratto le conseguenze, affermando nella circ. n. 40 (si veda punto n. 3) che «la disciplina del contratto di apprendistato resta soggetta, in quanto compatibile, alle disposizioni previste dalla legge 19 gennaio 1955 n. 25 e successive modificazioni»; ed altresì chiarendo in particolare (punto n. 4), per quanto concerne la retribuzione dell'apprendista e gli incentivi economici e normativi, che si deve «ritenere ancora in vigore il comma 1°, dell'articolo 13 della legge n. 25 del 1955, il quale prevedeva la determinazione della retribuzione dell'apprendista mediante un procedimento di percentualizzazione graduale in base alla anzianità di servizio, determinato sulla base della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva. Il trattamento normativo e retributivo dell'apprendista è in ogni caso regolato dall'art. 53 comma 1° del decreto legislativo n. 276 del 2003. La retribuzione dell'apprendista è stabilita sulla base della categoria di inquadramento dello stesso che non potrà, secondo quanto stabilito dalla norma, essere inferiore per più di due livelli all'inquadramento previsto per i lavoratori assunti in azienda ed impiegati per le stesse qualifiche cui è finalizzato il contratto, secondo le indicazioni del contratto collettivo nazionale».

Analogo avviso è stato poi espresso nella successiva circ. n. 30/2005, la quale recita che «come già specificato con circolare n. 40 del 2004, si deve peraltro ritenere ancora in vi-

gore il comma 1° dell'art. 13 della legge n. 25 del 1955, il quale prevedeva la determinazione della retribuzione dell'apprendista mediante un procedimento di percentualizzazione graduale in base alla anzianità di servizio, determinato sulla base della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva». Di qui l'esigenza di un coordinamento tra la norma dell'art. 13, l. n. 25/1955, con la previsione in materia di sottoinquadramento, successivamente introdotta dall'art. 53, d.lgs. n. 276/2003: l'interrogativo è infatti se ed in quale misura il nuovo meccanismo sia compatibile con quello vecchio. In proposito la Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali in risposta ad interpello n. 28/2007 del 1° ottobre 2007 (in epigrafe), proposto dalle organizzazioni sindacali Fiom-Cgil, Fim-Cisl e Uilm-Uil, sul rapporto tra la norma di cui all'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, e quella di cui all'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955, in materia di trattamento retributivo dell'apprendistato professionalizzante, si è pronunciata come segue. In particolare, premesso che «nell'impianto normativo antecedente al D.Lgs. n. 276/2003 la norma dell'art. 13 co. 1°, della legge n. 25 del 1955 prevedeva la determinazione della retribuzione dell'apprendista mediante un procedimento di percentualizzazione graduale in base alla anzianità di servizio, determinato sulla base della retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva» e tenuto conto «che la circolare n. 40/2004 di questo Ministero ha espressamente ritenuto ancora in vigore la disposizione innanzi citata», ha concluso nel senso che il rapporto tra le norme in questione deve essere configurato «in termini non già di cumulatività bensì di alternatività. Conseguentemente, alla luce del generale principio del *favor prestatoris* [sic!!] si ritiene di poter concludere per l'applicazione della norma di cui al citato art. 53 comma 1° del D.Lgs. 276/2003, salvo che, beninteso, dall'applicazione della procedura di percentualizzazione derivi, in concreto, un trattamento più favorevole per il prestatore».

In sostanza, secondo l'interpretazione ministeriale nel trattamento economico degli apprendisti la percentualizzazione della retribuzione in base all'anzianità di servizio, potrebbe soltanto cumularsi come trattamento di maggior favore al livello di sottoinquadramento previsto dall'art. 53, comma 1. Viceversa il cumulo tra i due meccanismi di determinazione della retribuzione, comporterebbe un danno per il lavoratore al quale verrebbe corrisposta una retribuzione inferiore a quella derivante dalla applicazione del solo sistema di sottoinquadramento previsto dal d.lgs. n. 276/2003.

3. Come si è visto, dalla ricognizione delle fonti legislative e delle circolari ministeriali emerge, con sufficiente certezza, la vigenza dell'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955, e quindi del meccanismo di determinazione della retribuzione in rapporto alla anzianità di servizio e alla capacità ed all'esperienza lavorativa dell'apprendista: parametro quest'ultimo utilizzato dalla contrattazione collettiva per la individuazione dei livelli retributivi. Ed infatti l'art. 13, comma 1, richiama espressamente l'art. 11, lett. c, della citata l. n. 25/1955, secondo il quale il datore di lavoro ha l'obbligo di retribuire l'apprendista in base ai contratti collettivi di lavoro. Pertanto si deve ritenere che il suddetto principio di gradualità e, in generale, la determinazione dei livelli retributivi siano di competenza del contratto collettivo di categoria il quale è vincolante per le parti individuali in virtù del mandato associativo oppure della adesione o recezione espressa o tacita del contratto medesimo; e, in ogni modo, in ossequio al precetto sulla retribuzione proporzionata e sufficiente sancito dall'art. 36, comma 1, Cost. (sulla funzione della contrattazione collettiva quale fonte regolatrice dei modi di attuazione della garanzia costituzionale del salario sufficiente si vedano C. Cost. 26 marzo 1991, n. 124, in *FI*, 1991, I, 1333, con nota di G. AMOROSO; C. Cost. 28 aprile 1994, n. 164, in *GCost*, 1994, 1230, ed anche Cass. 2 febbraio 2004, n. 1823. In dottrina, si veda S. BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002).

E proprio su quest'ultima disposizione costituzionale si regge la determinazione della retribuzione degli apprendisti attraverso un sistema di percentuali crescenti in rapporto

all'anzianità di servizio e calcolate sulla base della retribuzione del livello iniziale della classificazione dei lavoratori qualificati (e dunque deve ritenersi la validità delle clausole collettive e di quelle individuali conformi).

4. Alla stregua dei principi suddetti deve essere impostata e risolta anche la questione del coordinamento tra l'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955, e l'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, col quale il legislatore ha stabilito il principio – comune ai tre tipi di apprendistato – del c.d. sottoinquadramento, partendo proprio dalla *ratio* delle due disposizioni.

Della previgente disciplina si è già detto innanzi, evidenziandone la piena legittimità costituzionale rispetto agli artt. 39 e 36 Cost. Più complessa si presenta l'interpretazione della nuova disposizione.

Un dato che non va trascurato nella ricerca della *ratio* della norma – dal che discende anche l'individuazione dei destinatari (profilo importantissimo al fine di individuare la interazione tra le due disposizioni) – è la sua perfetta identità con quella prevista dall'art. 59 comma 1, dello stesso decreto, in tema di contratto di inserimento, salvo il verbo («non potrà essere inferiore» nell'art. 53, comma 1, «non può essere inferiore» nell'art. 59, comma 1). Perfetta identità *prima facie* poco comprensibile alla luce della diversità funzionale dei due istituti: finalizzato alla qualificazione e quindi alla acquisizione di competenze professionali ulteriori l'apprendistato; rivolto all'adattamento delle competenze possedute il contratto di inserimento. Ad una prima sommaria riflessione, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia trapiantato meccanicamente nel tessuto normativo dell'apprendistato una norma ideata per il contratto di inserimento, in ciò condizionati dalla norma apparentemente identica *sub* art. 16, comma 3, l. n. 451/1994, che in tema di contratto di formazione e lavoro prevede il sottoinquadramento (ma di un solo livello rispetto a quello di destinazione) dei lavoratori assunti in formazione e lavoro.

Senonché la struttura dell'art. 59, comma 1, depone per l'ipotesi opposta, e cioè che il legislatore abbia trapiantato nel tessuto normativo del contratto di inserimento una norma ideata per l'apprendistato: solo così si spiega il riferimento – assolutamente incongruo – contenuto nell'art. 59, comma 1, «ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto»: è pacifico che il progetto di inserimento, come già detto, tende esclusivamente «all'adeguamento delle competenze professionali del lavoratore stesso al contesto lavorativo» (art. 55, comma 1).

Altrettanto pacifico è il dato, che trascende l'identità letterale delle due norme a confronto, secondo cui l'inquadramento categoriale, e quindi retributivo, del lavoratore è tecnicamente possibile per un lavoratore già in possesso di una competenza professionale (quello in inserimento lavorativo) ma non anche per quello che tende ad acquisirla (quello in formazione) e che sarà inquadrabile solo al termine del percorso formativo.

Ed allora, benché tutte e due le disposizioni in esame utilizzino l'equivoco termine “durante” – che ben può riferirsi non solo al periodo di svolgimento del rapporto di lavoro ma anche al momento genetico ed a quello finale – può fondatamente sostenersi che il sottoinquadramento categoriale in riferimento al contratto di inserimento non può che essere iniziale ed intermedio (leggendosi la disposizione anche alla luce di quella dettata per il contratto di formazione e lavoro), mentre per l'apprendistato non può che essere finale, ancorato cioè al momento in cui, terminato il percorso formativo, l'apprendista consegue la qualificazione che consente il suo inquadramento categoriale.

Una siffatta interpretazione, logica e sistematica, dei due precetti normativi appare peraltro coerente con la *ratio* delle stesse: in entrambi i casi la previsione sull'inquadramento è allocata nell'articolo che disciplina, per entrambi gli istituti, gli incentivi economici e normativi, che danno poi il titolo alle due norme.

Mentre tale *ratio* della disposizione è pacifica per il contratto di inserimento (anche alla luce della pregressa esperienza in tema di contratto di formazione e lavoro), è viceversa

una novità in tema di apprendistato, non potendosi qualificare forma di incentivo il meccanismo di percentualizzazione previsto dall'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955, che costituisce – come già detto – un meccanismo di remunerazione dell'apprendistato assolutamente coerente con la causa speciale del contratto (il *minus* di retribuzione iniziale è compensato dalla maggior formazione iniziale; il *minus* di formazione finale viene compensato dall'incremento percentuale della retribuzione).

Ed allora proprio la diversità di *ratio* esistente tra le due prescrizioni (la vecchia e la nuova) induce a ritenere che si tratti di norme cumulabili e non alternative.

La diversità di *ratio* si riflette – come si anticipava – sui destinatari delle due disposizioni: la contrattazione collettiva per l'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955; le parti del rapporto di apprendistato per l'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, il che salva anche la costituzionalità di quest'ultima disposizione, al contrario palesemente illegittima ove avesse come destinataria la contrattazione collettiva.

Ed allora, traendo le conclusioni del discorso sin qui sviluppato, se le due norme non sono alternative, è ben ammissibile il cumulo delle stesse, nel senso che il livello di inquadramento consentito dall'art. 53, comma 1, potrà essere utilizzato come “tetto” o livello finale.

Ed invero la finalità della regola, che fissa un limite massimo («non potrà essere inferiore») al sottoinquadramento, sembra essere quella di precisare e delimitare il rapporto normalmente stabilito dalla contrattazione collettiva tra la retribuzione dell'apprendista e quella del lavoratore qualificato, quest'ultimo identificato con il lavoratore appartenente alla categoria di inquadramento propria della qualifica professionale al cui conseguimento è finalizzato il rapporto.

L'art. 53, comma 1, ha in questo modo inteso correggere la prassi, comunemente seguita dalla contrattazione collettiva, di determinare la retribuzione degli apprendisti mediante una progressione percentuale riferita ai livelli più bassi della gerarchia classificatoria dei lavoratori qualificati. La nuova disposizione, invece, intende vincolare le parti, e in primo luogo la contrattazione collettiva, a riferire il livello di classificazione (o inquadramento) dell'apprendista a quello corrispondente alla qualifica finale, quale che sia la collocazione di quest'ultima nella scala classificatoria e quindi anche ai livelli più alti, quando la qualifica da conseguire sia elevata (si ricordi che l'art. 53 si applica non solo all'apprendistato professionalizzante ma anche all'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione: cfr. art. 47, lett. c, e art. 50). L'art. 53 si occupa, dunque, di inquadramento dell'apprendista ma non ha affatto introdotto un collegamento automatico tra la retribuzione dovuta all'apprendista stesso e quella prevista per il lavoratore inquadrato nella qualifica finale, meno due livelli.

Resta infatti aperta, in virtù del principio di gradualità stabilito dall'art. 13, comma 1, l. n. 25/1955, la possibilità di applicare il sistema della percentualizzazione al livello di sottoinquadramento garantito dall'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

Tale livello potrà essere utilizzato sia come “tetto” o livello finale, sia come “soglia” o livello minimo della percentualizzazione.

In forza di tale interpretazione, la percentualizzazione sarà decrescente verso il basso: ad esempio fatto 100 il livello di sottoinquadramento, vi potrà essere una scala di gruppi o fasce percentuali decrescenti in proporzione inversa all'anzianità di servizio. Nella seconda ipotesi, la percentualizzazione sarà invece crescente in misura direttamente proporzionale all'anzianità fino a raggiungere il livello della categoria di appartenenza del lavoratore qualificato. Ad esempio fatto 100 il livello di sottoinquadramento e 150 il livello superiore di uscita (o qualifica finale) il meccanismo di percentualizzazione andrà da 100 e 150. Si può dunque concludere che l'apprendista potrà ricevere nel corso del rapporto una retribuzione inferiore in percentuale rispetto al livello di sottoinquadramen-

to, alla condizione che tale livello sia garantito almeno quale punto di arrivo della progressione retributiva.

Una diversa interpretazione sarebbe possibile solo qualora si ritenesse l'art. 13, l. n. 25/1955, abrogato per incompatibilità, nonostante la indicazione testuale opposta che si ricava dall'art. 85, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

Ed in ogni caso, a meno di assegnare all'art. 53, comma 1, una efficacia meramente programmatica o direttiva nei confronti dell'autonomia collettiva (una efficacia, quindi, non immediatamente cogente ma rimessa all'intervento regolativo delle parti sociali), sarebbe di dubbia legittimità costituzionale un intervento legislativo invasivo della libertà della contrattazione collettiva di determinare i livelli di retribuzione degli apprendisti come degli altri lavoratori, essendo questa materia di competenza sindacale.

Pertanto, il rapporto tra la norma dell'art. 13, comma 1, e quella dell'art. 53, comma 1, è di cumulatività e non alternatività.

Né in contrario potrebbe rilevare la tesi secondo cui dal meccanismo di percentualizzazione non potrebbe aversi che un risultato inferiore rispetto alla retribuzione corrispondente al sottoinquadramento: in tal senso non è convincente il richiamo (contenuto nella circ. n. 40/2004) al generale principio del *favor* verso il lavoratore secondo il quale dalla applicazione del meccanismo di percentualizzazione deve derivare in concreto un trattamento più favorevole al lavoratore.

Al contrario, è sufficiente rilevare che il principio del *favor* – e la correlativa regola della c.d. derogabilità *in melius* o prevalenza del trattamento più favorevole al prestatore di lavoro (cfr. art. 2077 c.c.) – è idoneo a regolare il concorso tra fonti diverse (di regolamentazione del rapporto di lavoro ad esempio tra legge e contratto collettivo oppure tra contratto collettivo e contratto individuale). Ma il *favor* non può certo fungere da principio-guida per la interpretazione di norme legislative aventi pari grado nella gerarchia delle fonti, come sono appunto l'art. 13, l. n. 25/1955, e l'art. 53, d.lgs. n. 276/2003.

In sostanza si deve escludere che il c.d. principio del *favor* sia un criterio per la interpretazione della legge in materia di lavoro subordinato.

5. L'interpretazione da preferire è dunque quella che, coordinando le due norme, consente di armonizzare i due meccanismi ivi disciplinati.

Naturalmente alla interpretazione qui prospettata, pur validamente fondata, non può essere riconosciuto valore assoluto. Non si può, evidentemente, escludere che singoli lavoratori agiscano in giudizio per ottenere, in ragione della diversa interpretazione ministeriale, determinate differenze di retribuzione.

Va poi aggiunto che la interpretazione qui proposta è l'unica compatibile con le clausole dei contratti collettivi – sia anteriori al d.lgs. n. 276/2003, sia successivamente rinnovati – i quali adottano il sistema della percentualizzazione. In tal senso, ad esempio, il Ccnl Legno Arredamenti e Mobili dell'11 ottobre 2004, all'art. 7, prevede che la retribuzione dell'apprendista sia determinata in base all'applicazione delle percentuali, progressivamente crescenti nel tempo (12 scaglioni semestrali), sulla retribuzione contrattuale del livello di inquadramento finale di uscita. Per l'edilizia anche l'articolo 7 del regolamento sulla disciplina dell'apprendistato professionalizzante (allegato D) prevede la determinazione della retribuzione mediante l'applicazione delle percentuali sulla retribuzione contrattuale del lavoratore inquadrato nel 2° livello, eccetto che per il 1° gruppo (lavori di alta qualificazione) parametrato invece sul 3° livello.

Nell'uno e nell'altro caso le tabelle retributive sono da considerare in linea con la interpretazione coordinata dell'art. 53, d.lgs. n. 276/2003, e dell'art. 13, l. n. 25/1955. Infatti viene rispettato il differenziale di sottoinquadramento di due livelli (si veda esplicitamente l'art. 8, Ccnl Edilizia) e la percentualizzazione è prevista esclusivamente in relazione alla durata del rapporto.

6. La validità delle clausole collettive di percentualizzazione si trasmette, naturalmente ai singoli contratti di apprendistato stipulati.

Ciò sembra sufficiente a mettere al riparo da eventuali provvedimenti sanzionatori le imprese che fanno applicazione di tali contratti. Infatti ai sensi dell'art. 1, d.lgs. n. 124/2004, le attività di vigilanza sono mirate alla osservanza «delle norme di legislazione sociale e del lavoro, ivi compresa, l'applicazione dei contratti collettivi di lavoro» (si veda anche l'art. 7, lett. *b*, che attribuisce al personale ispettivo la funzione di vigilanza sulla corretta applicazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro).

Dette disposizioni legislative, che valgono anche per gli istituti previdenziali (si veda in tema di diffida l'art. 13, comma 4), circoscrivono l'intervento ispettivo all'accertamento della applicazione nelle aziende delle norme collettive, escludendo, invece, qualsiasi intervento in merito alla interpretazione e alla validità delle stesse. Sarebbe pertanto illegittimo, perché viziato da violazione di legge ed eccesso di potere, il provvedimento che, sotto forma di accertamento o diffida, volesse imporre l'interpretazione della alternatività dei due meccanismi retributivi sanzionando il datore di lavoro il quale a causa della applicazione del regime di percentualizzazione previsto dal contratto collettivo finisca col non rispettare il meccanismo del doppio sottoinquadramento nel momento iniziale del rapporto. Va infatti osservato che in base all'art. 1, l. n. 389/1989, la retribuzione minima imponibile non può essere inferiore a quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (o, in caso di pluralità di contratti per la medesima categoria, dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria: cfr. art. 2, comma 25, l. n. 549/1995). Da ciò la insindacabilità – in sede ispettiva – dei contratti collettivi in concreto applicati nelle aziende (d'altronde, che l'interpretazione dei contratti e accordi collettivi di lavoro sia riservata al giudice è ormai anche testualmente confermato dall'art. 360, n. 3, e dall'art. 420 *bis*, c.p.c.).

Francesco Ghera

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Bari*

2. Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

2.1. Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 39, commi 10 e 11 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 23).


2.2. Legge Regione Lazio 21 ottobre 2008, n. 17 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 35).


2.3. Decreto Direzione generale istruzione, formazione e lavoro della Regione Lombardia 6 ottobre 2008, n. 10886 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 32).

2.4. Decreto del Dirigente dell'Unità organizzativa di attuazione delle riforme della Regione Lombardia 13 agosto 2007, n. 9200 (in [Boll. Adapt](#) indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*).

2.5. Delibera della giunta della Regione Marche 29 settembre 2008, n. 1256 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 32).

2.6. Delibera della giunta della Regione Veneto 23 settembre 2008, n. 2702 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 33).

2.7. Delibera della giunta della Regione Lombardia 30 luglio 2008, n. 8-7790 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 32).

2.8. Delibera della giunta della Regione Piemonte 21 aprile 2008, n. 28-8639 (in  indice A-Z, voce *Disabili (lavoro dei)*).

(2.1. – 2.8.) Recenti interventi regionali per la integrazione sociale e l’inserimento lavorativo delle persone con disabilità

Sommario: 1. Convenzioni e competenze delle Regioni per il collocamento mirato dei disabili. – 2. Una classificazione internazionale a sostegno del collocamento delle persone disabili. – 3. Incentivi economici per promuovere la diffusione del linguaggio dei segni. – 5. L’ingresso dei disabili nel mondo del lavoro attraverso un percorso educativo-formativo e di inserimento lavorativo. – 4. Strumenti finanziari e riconoscimento per favorire la diffusione della cultura dell’handicap in campo imprenditoriale e per garantire servizi integrati di istruzione, formazione e lavoro a favore delle persone con disabilità psichica.

1. Il sistema di collocamento delle persone disabili è stato oggetto di una significativa riforma attuata con la l. 12 marzo 1999, n. 68, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili*, che ha innovato la precedente disciplina della l. 2 aprile 1968, n. 482, in base alla quale i datori di lavoro privati, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici con più di 35 dipendenti dovevano assumere lavoratori appartenenti alle categorie in essa indicate per un’aliquota complessiva del 15% del personale in servizio. La finalità della l. n. 68/1999 è la promozione dell’inserimento e dell’integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso il principio del collocamento mirato, che promuove la valorizzazione delle potenzialità del soggetto disabile e la ricerca dell’occupazione al fine di consentire una partecipazione attiva dello stesso ed un abbandono dei vecchi schemi di tipo assistenzialistico.

Nell’ambito del trasferimento, previsto dal d.lgs. n. 469/1997, alle Regioni e agli enti locali delle funzioni e dei compiti relativi al collocamento e alle politiche attive del lavoro ed in base all’art. 6 della l. n. 68/1999, le Regioni, tramite uffici competenti, provvedono alla programmazione, all’attuazione, alla verifica degli interventi volti a favorire l’inserimento dei disabili nonché all’avviamento lavorativo, alla tenuta delle liste, al rilascio delle autorizzazioni, degli esoneri e delle compensazioni territoriali, alla stipula delle convenzioni e all’attuazione del collocamento mirato. Alle Province, invece, spetta la gestione dei servizi per l’impiego.

Sull’impianto originario della l. n. 68/1999 è intervenuto il d.lgs. n. 276/2003, che all’art. 14 prevedeva la stipula di convenzioni quadro territoriali tra i servizi per l’impiego, associazioni sindacali dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro e le associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela delle cooperative. Successivamente è intervenuta a disciplinare la materia la l. n. 247/2007 che ha ridisegnato le convenzioni di inserimento lavorativo originariamente previste nella l. n. 68/1999 all’art. 12, ha introdotto nuove convenzioni di integrazione lavorativa aggiungendo un art. 12-*bis* alla stessa legge ed ha abrogato l’art. 14 del d.lgs. n. 276/2003. Infine è intervenuto il d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008 (in epigrafe), che, tra gli altri provvedimenti in materia di lavoro dei disabili, ha ripristinato l’art. 14 del d.lgs. n. 276/2003.

Il quadro regolatorio vigente si completa con l’attuazione della l. n. 68/1999 ad opera della normativa regionale.

2. Integrazione sociale e inserimento nel mondo del lavoro delle persone con disabilità sono gli obiettivi di alcuni recenti provvedimenti regionali.

La Regione Piemonte in merito, con delibera della giunta n. 28-8639 del 21 aprile 2008

(in epigrafe), ha adottato la *Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute* (ICF) ai fini dell'accertamento della condizione di disabilità delle persone in cerca di lavoro. Nel dettaglio, da un lato la l. n. 68/1999, all'art. 2, *Collocamento mirato*, definisce come prioritaria, ai fini di un proficuo inserimento lavorativo, la «valutazione adeguata delle persone con disabilità nelle loro capacità lavorative» e l'inserimento delle stesse nel «posto adatto» individuato anche mediante approfondita analisi del posto di lavoro e/o suo adeguamento, dall'altro il d.P.C.M. 13 gennaio 2000, *Atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili, a norma dell'art. 1, comma 4, della legge 12 marzo 1999 n. 68*, definisce le modalità di accertamento delle condizioni di disabilità ai fini dell'inserimento lavorativo, evidenziando la necessità di una puntuale e approfondita «diagnosi funzionale» anche della definizione di un esaustivo «profilo socio-lavorativo» della persona disabile. In particolare la citata ICF della Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) permette di comprendere, studiare e promuovere lo stato di salute delle persone, superando gli stereotipi un tempo utilizzati per certificare l'handicap. L'ICF è un linguaggio comune e universalmente condiviso per la comprensione delle caratteristiche delle persone con disabilità in rapporto al lavoro e permette il miglioramento della comunicazione e dell'integrazione tra servizi, professionalità e competenze diverse. L'adozione dell'ICF ai fini dell'accertamento della condizione di disabilità delle persone in cerca di lavoro prevede una formazione degli operatori dei servizi sanitari, sociali e del lavoro che sia mirata all'inserimento lavorativo dei disabili.

3. In linea con gli obiettivi di integrazione sociale e di inserimento delle persone con disabilità anche la Regione Veneto il 23 settembre 2008 ha approvato con delibera n. 2702 le *Azioni regionali a favore delle persone non udenti, non vedenti e con disabilità della voce* (in epigrafe), assegnando un contributo a cooperative sociali di tipo B, ai loro consorzi ed alle cooperative sociali ad oggetto plurimo, regolarmente iscritte all'Albo regionale delle cooperative sociali, che presentino progetti di promozione dell'inserimento lavorativo di persone non udenti e che realizzino tali progetti nell'ambito della comunicazione e della diffusione del linguaggio dei segni. Il progetto di promozione dell'inserimento lavorativo di persone non udenti, da allegare alla domanda di contributo, deve contenere le finalità generali, gli obiettivi specifici, i destinatari, le attività previste, i risultati attesi e, in particolare, il numero previsto di persone non udenti da avviare a lavoro, le modalità di verifica e di valutazione dei risultati raggiunti, il preventivo di spesa dettagliato.

4. In tal senso anche la Regione Marche è intervenuta, con la delibera n. 1256 del 29 settembre 2008 (in epigrafe), approvando gli *Indirizzi relativi ai compiti delle Province, delle zone ASUR e degli Enti Locali per l'integrazione delle persone con disabilità nel mondo del lavoro* ed esplicitando le linee guida per favorire la integrazione sociale e migliorare la qualità della vita delle persone disabili mediante la partecipazione al mondo del lavoro attraverso un percorso educativo-formativo e di inserimento lavorativo. Nello specifico i percorsi operativi si concretizzeranno in stage aziendali, borse lavoro socio-assistenziali, borse lavoro di pre-inserimento lavorativo, tirocini formativi e di orientamento e convenzioni di programma. La delibera approva contestualmente uno Schema degli interventi e delle competenze degli enti e degli organismi interessati all'inserimento lavorativo dei disabili; il Protocollo di intesa metodologico/operativo tra CIOF, zona ASUR, Ente capofila ambito territoriale sociale per la definizione di percorsi integrati per il recupero sociale e l'integrazione lavorativa dei disabili e, infine, il Vademecum informativo di supporto agli operatori dei servizi territoriali, alle associazioni e alle famiglie per l'individuazione delle procedure per l'accertamento degli stati disabilitanti di interesse per il collocamento mirato al lavoro, ma anche per l'ottenimento degli altri benefici previsti dalla normativa vigente. La delibera prevede, altresì, la costituzione di un gruppo

di lavoro integrato, composto da rappresentanti dei Servizi regionali competenti, delle Province, delle zone ASUR e degli ambiti territoriali sociali, al quale sarà demandato il coordinamento, il monitoraggio e la verifica di tutti gli interventi e delle azioni previste.

5. Nella stessa materia è intervenuta anche la Direzione generale istruzione, formazione e lavoro della Regione Lombardia che il 6 ottobre 2008 ha deliberato la *Assegnazione delle doti per l'inserimento lavorativo di persone con disabilità psichica – Impegno e contestuale liquidazione a favore di beneficiari diversi* (decreto dirigenziale n. 10886, in epigrafe), attuativa della delibera della giunta regionale n. 8-7790 sulle *Determinazioni in ordine ad interventi sperimentali a sostegno delle persone disabili* (in epigrafe). L'offerta di servizi integrati di istruzione, formazione e lavoro, a favore delle persone con disabilità psichica, si realizza attraverso lo strumento della *Dote Lavoro*, che è un insieme di risorse finanziarie destinate all'acquisizione di servizi personalizzati a sostegno dell'inserimento lavorativo (*Dote Assunzione*) e della occupabilità (*Dote Occupazione*) dei disabili psichici all'interno di cooperative sociali di tipo B. Ai fini del riconoscimento della "Dote Assunzione", è prevista la stipula, fra la cooperativa sociale ed il beneficiario disabile, del Piano di intervento personalizzato (PIP), regolante le tipologie di servizi previsti per sostenere l'occupabilità del disabile presso la stessa cooperativa sociale ed i reciproci impegni assunti dalle parti. La procedura prevede che, avvenuta la validazione del PIP da parte della competente struttura regionale, la liquidazione della prima anticipazione della "Dote Assunzione" sia effettuata, per conto del beneficiario, direttamente alla cooperativa sociale. Un precedente importante nella stessa Regione è rappresentato dal decreto del Dirigente dell'Unità organizzativa di attuazione delle riforme della Regione Lombardia del 13 agosto 2007, n. 9200, di *Approvazione delle Direttive alle Province per la realizzazione di interventi finanziati mediante il "Fondo Regionale per l'Occupazione dei disabili" – corsi di formazione di garanzia sociale – tipologie SV1 e SV2 – Anno formativo 2007-2008* (in epigrafe). Nell'ambito delle direttive sono considerate prioritarie le prosecuzioni di corsi di formazione di garanzia sociale per uomini e donne adolescenti e giovani, denominati FLAD. I risultati attesi prevedono di assicurare azioni di alfabetizzazione, orientamento e accompagnamento al lavoro, con modalità individualizzate, di assicurare la partecipazione alle attività formative, di incrementare l'inserimento o reinserimento lavorativo di soggetti disabili.


Infine, la recente l. r. Lazio n. 17 del 21 ottobre 2008, *Norme in materia di inserimento al lavoro delle persone con disabilità* (in epigrafe), istituisce il bollino di qualità H, su cui la giunta regionale dovrà successivamente deliberare per stabilire criteri e modalità per l'attribuzione dello stesso, tenendo conto del numero di persone disabili inserite, della percentuale di invalidità media, del livello di adeguamento del luogo di lavoro e dell'idoneità della mansione lavorativa al tipo di disabilità.

3. Lavoro pubblico

3.1. Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 49 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 23).

3.2. Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (in [indice A-Z](#), voce *Lavoro pubblico*).

3.3. Parere del Dipartimento della funzione pubblica 26 novembre 2008, n. 56 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 38).

3.4. Circolare del Dipartimento della funzione pubblica 11 marzo 2008, n. 2 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 12).

(3.1. – 3.4.) I contratti flessibili nella pubblica amministrazione

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Torna il lavoro flessibile nella pubblica amministrazione. – **3.** Regole speciali per la pubblica amministrazione. – **4.** Divieto di abusare del lavoro flessibile. – **5.** Gli effetti del rinnovo del rapporto di lavoro a tempo determinato. – **6.** Limiti all'applicazione del d.lgs. n. 368/2001. – **7.** Il parere n. 56/2008 del Dipartimento della funzione pubblica: note critiche. – **8.** Conclusioni.

1. L'art. 49 del d.l. n. 112/2008 (in epigrafe), nel novellare l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ha eliminato i vincoli strettissimi al lavoro flessibile, introdotti solo 6 mesi prima dalla l. n. 244/2007, in epigrafe (per un approfondimento sul tema, cfr. i contributi dedicati al lavoro pubblico riformato raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009).

2. Il risultato è che le amministrazioni non incontrano più:

- il divieto di assumere con contratti a tempo determinato (se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a 3 mesi, con le varie eccezioni che l'art. 36, nel precedente testo, espressamente prevedeva);
- il divieto assoluto del rinnovo del contratto o dell'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale;
- la possibilità di far fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso la assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a 6 mesi e non rinnovabile.

Inoltre, è pienamente reintrodotta la possibilità di avvalersi delle altre forme flessibili di lavoro, quali, in particolare, il contratto di formazione e lavoro, la somministrazione di lavoro a tempo determinato e il contratto di inserimento, nei limiti previsti dalla contrattazione collettiva di comparto.

Le amministrazioni, quindi, hanno nuovamente la possibilità di avvalersi del lavoro flessibile come regolato dalle leggi sui rapporti di lavoro nelle imprese, una volta eliminato il vincolo trimestrale alla durata del contratto. Ciò significa che tornano ad applicarsi il d.lgs. n. 368/2001 per il lavoro a tempo determinato e l'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

3. Tuttavia, l'applicazione delle norme sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, in particolare quelli flessibili, non è assoluta. La novella dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 operata dall'art. 46 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, lascia ancora aperta la divaricazione introdotta dalla l. n. 244/2007 tra la disciplina del lavoro flessibile alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e quella del lavoro flessibile nel privato, sia pure con una configurazione differente.

L'attuale comma 2 dell'art. 36 dispone che le amministrazioni «*possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili*» (corsivo dell'Autore, *ndr*): queste sono una mera facoltà, esercitabile ricorrendo una serie di condizioni, enucleate al comma 1, il quale dispone che «*per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*» (corsivo dell'Autore, *ndr*). Si precisa, dunque, che la regola per fare fronte al fabbisogno ordinario (o meglio alle esigenze lavorative durature nel tempo) è l'assunzione a tempo indeterminato, ovviamente a seguito di procedure concorsuali pubbliche.

Di conseguenza, il lavoro flessibile può essere utilizzato solo per esigenze temporanee e non durature o, comunque, quando sopravvengano esigenze non connesse ad attività lavorative ripetute nel tempo e legate alle funzioni irrinunciabili dell'ente.

Infatti, il comma 2 dell'art. 36 nel testo vigente consente il ricorso al lavoro flessibile (e questo è un secondo vincolo) solo «*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*» (corsivo dell'Autore, ndr).

La sussistenza di tali esigenze, dunque, è la condizione per il legittimo ricorso alle forme lavorative flessibili e per l'applicazione eventuale del comma 5 dell'art. 36 novellato, il quale trova applicazione nel caso di violazione di tale principio. Ad esempio, nel caso di contratti di formazione e lavoro non vi è l'obbligo di fare fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali. Infatti, i cfl sono un sistema per coprire fabbisogni duraturi e non a tempo determinato. Mediante tali forme contrattuali, le amministrazioni occupano, per finzione giuridica, un posto vacante della dotazione organica, anche nella fase iniziale del contratto, nella quale il rapporto è a tempo determinato, ma suscettibile di trasformazione a seguito del positivo accertamento dell'apprendimento e delle capacità lavorative dell'interessato. Dunque, per i cfl le esigenze temporanee ed eccezionali non sono da tenere in considerazione, in quanto si tratta di una particolare modalità di reclutamento, finalizzata in ogni caso alla copertura di un posto della dotazione organica e caratterizzato dalla particolare causa mista, anche formativa, del rapporto di lavoro instaurato. Il fatto che il cfl possa anche non concludersi con la conversione in lavoro a tempo indeterminato non ne modifica la caratteristica di strumento per la copertura di fabbisogni duraturi e non temporanei.

4. Ulteriore specifico vincolo, introdotto dall'art. 49 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, teso a limitare il ricorso al lavoro flessibile è contenuto nel comma 3 del nuovo testo dell'art. 36, ai sensi del quale «al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni, nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza e non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio».

Sono enunciati due diversi precetti, tendenti ad evitare che possa ripetersi non solo l'ingiustificato utilizzo delle forme flessibili (già oggetto della regolazione dei commi 1 e 2 dell'art. 36), ma anche una successione di contratti flessibili col medesimo lavoratore ripetuta nel tempo, tale da rappresentare una presunzione di "precarizzazione" o, comunque, proprio di "abuso".

Il primo precetto, consistente nell'obbligo di rispettare principi di imparzialità e trasparenza nella selezione dei lavoratori flessibili, non è solo una ovvia e mera ripetizione di quanto già prevede l'art. 97 Cost. La norma intende precisare che occorre evitare sistemi di selezione dei dipendenti da assumere con contratti di lavoro flessibili, incentrati su scelte *ad personam*, la cui conseguenza sia proprio quella successione di contratti oltre ragionevoli limiti, scaturenti da esigenze solo fittiziamente temporanee, tali da abusare del ricorso al lavoro flessibile e costituire una situazione di precarietà lavorativa in capo al lavoratore coinvolto in questa serie di lavori flessibili. In sostanza, oltre al criterio oggettivo del fabbisogno lavorativo a tempo determinato, vale anche il criterio soggettivo: le amministrazioni debbono avere cura di non far ricadere discrezionalmente o arbitrariamente la scelta di avviare un rapporto di lavoro flessibile sempre sul medesimo lavoratore.

Ciò può avvenire solo se l'interessato superi procedure selettive pubbliche. Nella sostanza, il nuovo comma 3 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 impone che alla base delle assunzioni flessibili vi sia una procedura selettiva trasparente.

Ovviamente, tale previsione riguarda specificamente il rapporto di lavoro a tempo determinato.

Infatti, nella somministrazione a tempo determinato è l'agenzia per il lavoro a selezionare il lavoratore, o una rosa di lavoratori e a sottoporre la selezione alla pubblica amministrazione, che li individua, dunque, con una modalità molto diversa dal concorso pubblico.

Anche laddove l'amministrazione decidesse di selezionare la rosa dei candidati acquisita dall'agenzia per il lavoro, mancherebbe a monte il bando pubblico e, dunque, si determina una restrizione alla selezione del tutto particolare e peculiare della fattispecie. È per questa ragione che per la somministrazione di lavoro a tempo determinato è fuori discussione la possibilità di attivare missioni per una durata complessiva superiore ai 3 anni nei 5 anni.

Lo stesso, comunque, vale anche per i rapporti di lavoro a tempo determinato, qualora la durata complessiva del rapporto di lavoro superiore ai 3 anni nel quinquennio non sia frutto di selezioni pubbliche. È evidente che se il lavoratore a tempo determinato non stipula il contratto di lavoro con l'ente in conseguenza immediata e diretta di una selezione:

- a) l'assunzione può rivelarsi nulla, se effettuata *intuitu personae*, al di fuori delle disposizioni normative sull'accesso agli impieghi nell'amministrazione pubblica;
- b) l'assunzione è probabilmente frutto del rinnovo di un precedente rapporto di lavoro a tempo determinato.

5. Il caso a) è ovviamente una patologia irrimediabile. Il caso b), invece, costituisce un problema operativo ed applicativo di non poco conto, poiché si ritiene che l'applicazione delle regole del d.lgs. n. 368/2001 anche alla pubblica amministrazione consenta agli enti pubblici, nell'esercizio della propria autonomia di diritto privato, di rinnovare i contratti a termine:

- 1) finché siano ancora efficaci le graduatorie concorsuali alla base della prima assunzione;
- 2) considerando sussistente un legame diretto tra il contratto rinnovato e la prova concorsuale precedentemente posta a fondamento del primo contratto stipulato;
- 3) al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001.

Tuttavia, i tre elementi indicati prima non possono essere posti a fondamento della possibilità di rinnovare i rapporti di lavoro a termine, alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

L'efficacia delle graduatorie, in primo luogo, non è presupposto legittimante il ricorso al rinnovo del rapporto di lavoro a termine. Per meglio chiarire, il fatto che una graduatoria resti valida per 3 anni (un disegno di legge collegato alla finanziaria 2009 prevede l'allungamento della validità a ben 4 anni), non significa che, fino a quando essa risulti efficace, l'amministrazione potrà richiamare – in una sorta di ciclo continuo – gli idonei della graduatoria, rinnovando più volte con loro il rapporto di lavoro inizialmente scaturito dalla prima applicazione della graduatoria stessa. Semplicemente, significa che le amministrazioni hanno 3 (tra breve 4) anni per decidere di utilizzare la graduatoria. Ma, laddove esaurissero prima del periodo di cessazione dell'efficacia della graduatoria tutti i lavoratori utilmente collocati nella graduatoria stessa, non sarebbero autorizzate a ricominciare dal primo e rinnovare con lui il contratto di lavoro. Infatti, il rinnovo non è direttamente collegato alla selezione. Esso è un autonomo rapporto contrattuale, posto in essere direttamente tra l'amministrazione ed il lavoratore: se si trattasse di un appalto, sarebbe un'ipotesi di procedura negoziata (ciò che un tempo era la trattativa privata). Dunque, manca la pubblicità e la concorrenzialità della selezione. Sarebbe, quindi, una "chiamata diretta", inammissibile. Viene a mancare, dunque, anche il secondo elemento indicato sopra. E viene travolto anche il terzo: in effetti, le cause giustificative del rinnovo previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 non si applicano alla fattispecie del rapporto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

6. Il d.lgs. n. 368/2001 si applica alla pubblica amministrazione, nella sostanza, solo con riferimento all'art. 1, che indica le cause giustificative da porre a fondamento della apposizione del termine ai contratti e all'art. 4, in relazione alla proroga. L'art. 5, invece, costituisce norma sostanzialmente incompatibile col nuovo testo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 e, dunque, non applicabile.

Non si deve dimenticare che ai sensi dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, *fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*» (corsivo dell'Autore, *ndr*).

Ciò significa che laddove il d.lgs. n. 165/2001 contenga disposizioni contrastanti con quelle rilevabili nelle leggi sul lavoro nell'impresa, quelle del testo unico sul rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche prevalgono.

Ora, l'art. 36, comma 3, si pone in maniera estremamente chiara quale norma di diritto speciale, integralmente dedicata alla fattispecie del lavoro flessibile alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, tale da costituire regola a sé stante, inconciliabile con quelle in particolare emergenti dall'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001.

7. Da questo punto di vista, non può, allora, concordarsi con quanto affermato dal Dipartimento della funzione pubblica, col parere n. 56/2008 (in epigrafe).

Detto parere afferma:

a) con specifico riferimento alle supplenze scolastiche, poiché esse vengono conferite mediante contratti di lavoro a tempo determinato il limite della durata di 3 anni nell'ultimo quinquennio di cui all'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 non si applicherebbe, perché esso riguarderebbe il cumulo di periodi riferiti a contratti diversi;

b) sarebbe corretto fare riferimento al d.lgs. n. 368/2001 in materia di successione di contratti a tempo determinato (art. 5) e di esclusioni e disciplina specifica (art. 10). Infatti, spiega il citato parere «Il nuovo testo dell'art. 36, infatti, a differenza di quello precedente che dettava una normativa del tutto speciale per le amministrazioni pubbliche, riconduce ora il regime del tempo determinato alla legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e quindi appunto al citato d.lgs. 368/2001»;

c) in particolare, sarebbe applicabile alle pubbliche amministrazioni l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, aggiunto dal comma 40 dell'art. 1 della l. n. 247/2007 e poi modificato dall'art. 21 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, in base al quale «fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto»;

d) poiché i contratti collettivi in materia di personale scolastico non prevedono eccezioni rispetto alla durata massima di 36 mesi dei contratti a tempo determinato prescritta dal d.lgs. n. 368/2001, né si può giungere in via interpretativa al superamento del predetto limite, secondo detto parere, laddove non fosse possibile ricorrere ad altra assunzione, la necessità di garantire la continuità del servizio scolastico mediante conferimento di supplenza annuale, potrebbe essere valutata come motivazione atta a consentire agli enti locali di stipulare un ulteriore successivo contratto a termine per una sola volta, nel rispetto della disciplina di cui al citato art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001.

Nessuna di queste affermazioni è persuasiva, perché tutte si fondano sull'errore di considerare applicabile al lavoro pubblico l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

La cosa è ovviamente impossibile, visto quanto prescritto dall'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 e la chiara incompatibilità tra l'art. 36, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 165/2001, col citato art. 5, comma 4-*bis*. Le due disposizioni contengono regole solo analoghe tra loro, ma per nulla coincidenti, sicché prevale necessariamente la regola speciale pubblicistica. Quest'ultima prevede che le amministrazioni, nell'adottare forme flessibili di assunzione:

- 1) nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza;
- 2) non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali;
- 3) per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

Le tre condizioni citate qui sopra sono espressamente finalizzate a garantire il conseguimento del fine espressamente enunciato dalla norma «di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile».

In tale contesto, lo strumento principale di abuso del lavoro flessibile, l'archetipo menzionato da una parte della dottrina, è proprio il rinnovo del rapporto, da cui scaturisce il pericolo della reiterazione di più contratti della stessa tipologia.

Se è vero, come è vero, che le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle forme flessibili rispettando principi di imparzialità e trasparenza, il rinnovo non è certamente ammissibile, perché contrario a tali principi, come dimostrato sopra. Cade, dunque, la principale motivazione in base alla quale il parere n. 56/2008 ritiene possibile applicare l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001 al lavoro pubblico.

Inoltre, poiché il fine dell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 è evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, appare assolutamente chiaro che non ci si possa limitare a dare del comma 3 una interpretazione meramente letterale (come propone Palazzo Vidoni), secondo la quale detto comma prevede cautele solo per il caso di cumulo di 3 anni lavorativi nel quinquennio esclusivamente in conseguenza di rapporti di lavoro di diverso titolo, ma non si applicherebbe al caso della ripetizione di più rapporti flessibili di uguale natura.

Se davvero le cose stessero così, allora le pubbliche amministrazioni potrebbero condurre rapporti di somministrazione col medesimo lavoratore anche per periodi superiori ai 36 mesi, ricorrendo all'espedito di modificare, alla scadenza del periodo massimo iniziale di 24 mesi, l'agenzia di somministrazione che attiva la missione. Ponendo in essere, così, un'altra elusione "esemplare" della norma.

È chiaro che non è così. L'art. 36, comma 3, è il baluardo contro il riprodursi del fenomeno della precarizzazione nel lavoro pubblico ed individua *tout court* nella durata di 3 anni di lavoro flessibile con la medesima amministrazione in un quinquennio l'indice della "precarizzazione", quale che sia il titolo giuridico di assunzione, se essa non sia conseguenza di procedure selettive trasparenti ed imparziali. Sicché qualsiasi periodo lavorativo, qualsiasi sia la tipologia contrattuale (lavoro a tempo determinato, somministrazione, contratto di inserimento, collaborazione coordinata e continuativa) può cumularsi per fissare detto indice. Ovviamente, anche la reiterazione del medesimo tipo di contratto, se effettuata senza le procedure selettive, ricade nel divieto posto dall'art. 36, comma 3.

Pertanto, non solo il rinnovo del contratto a termine risulta incompatibile con l'art. 36 nel suo complesso, ma se, in ipotesi, la successione di uno o più rinnovi portasse al cumulo di un periodo superiore ai 3 anni di lavoro nel quinquennio, si determinerebbe la violazione del precetto contenuto nell'art. 36, comma 3. Il citato articolo fissa un limite triennale inviolabile, non prevedendo, a differenza dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, alcuna

deroga, né ad opera della contrattazione collettiva, né ad opera di accordi individuali tra le parti.

La disciplina del lavoro flessibile alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, anzi, risulta, per questa parte, del tutto sottratta all'egida della contrattazione ed assume carattere speciale interamente pubblicistico.

8. Dunque, nessun lavoratore può essere impiegato presso la medesima amministrazione con lavori flessibili a qualsiasi titolo (a tempo determinato, con contratto di formazione e lavoro, in somministrazione a tempo determinato), laddove abbia lavorato per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

In questo caso si sommano i vari periodi lavorativi, anche se (e non «a condizione che», come erroneamente ritiene il parere n. 56/2008 della funzione pubblica) svolti a diverso titolo. Naturalmente, però, se un medesimo lavoratore ha condotto rapporti di lavoro anche per periodi superiori al triennio, in conseguenza del superamento di concorsi pubblici, l'amministrazione non incorre in alcuna conseguenza. Infatti, la disposizione non può essere intesa nel senso di impedire l'esercizio del diritto a partecipare e vincere concorsi pubblici. Questo è un punto affermato anche dal parere n. 56/2008 citato prima, che, per questa parte, appare condivisibile.

Pertanto, il cumulo triennale è conseguenza diretta del precetto esposto prima: laddove l'amministrazione abbia attivato col medesimo lavoratore contratti di lavoro flessibili senza applicare pienamente procedure concorsuali, raggiunto il terzo anno di servizio nel quinquennio, non è più consentito attivare altri rapporti di lavoro flessibili.

C'è da chiedersi se nel computo vadano considerati anche eventuali rapporti di co.co.co. La funzione pubblica nella circ. n. 2/2008 (in epigrafe), ha spiegato che l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 è rivolto esclusivamente al lavoro subordinato e non a quello autonomo. Tale chiarimento era riferito al testo dell'art. 36 derivante dalla l. n. 244/2007, ma può considerarsi valido anche attualmente, perché l'art. 46 del d.l. n. 112/2008, modificando l'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, esclude espressamente la possibilità di utilizzare le collaborazioni per coprire fabbisogni lavorativi di tipo subordinato.

Tuttavia, poiché lo scopo dell'art. 36, comma 3, novellato è quello di prevenire abusi da parte della pubblica amministrazione, appare corretto considerare nel computo dei 3 anni, anche eventuali incarichi di collaborazione.

Pertanto, ad esempio, se un medesimo lavoratore sia stato impiegato, nell'arco di un quinquennio, in periodi lavorativi della durata complessiva di 3 anni, comprendenti co.co.co., somministrazione, cfl non convertito, tempo determinato, in questo caso non potrà più stipulare altri contratti flessibili con la medesima amministrazione, a meno che non partecipi e superi concorsi pubblici.

Il mancato rispetto di questi precetti costituisce violazione di norme imperative, che può determinare la nullità dei contratti e l'applicazione delle conseguenze del comma 5 del comma 36, come ampiamente esaminato in precedenza.

Luigi Oliveri
Dirigente della Provincia di Verona

4. Mercato del lavoro

4.1. Legge Regione Liguria 1° agosto 2008, n. 30 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 28).

4.2. Legge Regione Liguria 13 agosto 2007, n. 30 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 32).

(4.1. – 4.2.) La legge ligure per la promozione del lavoro

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il Sistema regionale dei servizi al lavoro. – 3. Interventi per la piena e buona occupazione.

1. Dopo le Regioni Marche, Toscana, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Sardegna, Lombardia e Piemonte (per una prima ricostruzione sia consentito rinviare, in *q. Rivista*, a M. MAROCCO, *L'evoluzione della legislazione regionale in materia di mercato del lavoro*, 2006, 863), anche la Regione Liguria ha consolidato l'apparato amministrativo e gestionale dei servizi al lavoro e disegnato innovative politiche promozionali della occupazione. Anche la Liguria, come del resto il Lazio, già prima aveva deciso di intervenire in materia di "sicurezza e la qualità del lavoro" con la l.r. 13 agosto 2007, n. 30 (in epigrafe), confermando, così, la tendenza delle istituzioni locali ad ampliare lo spettro della potestà legislativa regionale concorrente anche a tale tema (sui provvedimenti delle due Regioni sia consentito di rinviare a M. MAROCCO, *La "qualità del lavoro" nella legislazione regionale più recente*, in *q. Rivista*, 2008, 542).

Nel confronto con le citate Autonomie locali, la Regione Liguria – con la l. r. 1° agosto 2008, n. 30 (in epigrafe), contenente *Norme regionali per la promozione del lavoro* che qui si commenta – ha deciso, senza soluzioni di continuità, di conservare il modello disegnato dalla riforma della fine degli anni Novanta, con cui si è *conferito* il collocamento e le politiche attive del lavoro (d.lgs. n. 469/1997). Difatti, è rimasto immutato il plesso di enti allora previsti, attraverso, da una parte, il rafforzamento della Agenzia tecnica regionale – altrove soppressa –, dall'altra, la mera rivisitazione delle norme relative a strumenti di programmazione regionale ed organismi di concertazione economica ed istituzionale. Ad ulteriore testimonianza della linea *continuista* adottata, è stato soprattutto confermato – con la sola parziale eccezione, osservando la legislazione regionale fin qui prodotta, è la Lombardia – il ruolo della Provincia, quale attore istituzionale fondamentale nella gestione dei servizi al lavoro e delle politiche attive. Infatti, la l.r. n. 30/2008, dopo aver declinato le proprie finalità (tra queste: piena e buona occupazione, valorizzazione delle risorse umane, pari opportunità, conciliazione tra tempi di lavoro e di vita, sostegno all'inserimento lavorativo dei cittadini immigrati, tutela del reddito delle persone prive di ammortizzatori sociali, promozione dei processi di mobilità geografica e *active ageing*), qualifica le Province «quali soggetti istituzionalmente deputati alla realizzazione delle politiche e dei servizi a livello operativo e locale». Mentre alla Regione spetta di esercitare funzioni di «promozione, programmazione, indirizzo e coordinamento in materia di mercato del lavoro», prevedendo, allo scopo, specifici strumenti di programmazione ("Programma triennale" e "Piano d'Azione Regionale Integrato per la Crescita dell'Occupazione"). A tale ultimo proposito, appare di particolare interesse la previsione che introduce forme, seppur non ampie, di premialità collegate alle *performance* occupazionali locali, nella ripartizione delle risorse finanziarie regionali fra le Province (per il finanziamento del complesso delle misure dalla l.r. n. 30/2008 è prevista l'istituzione del "Fondo regionale per la occupazione e Fondo di garanzia"). È infatti disposto che la Regione, sulla base delle risultanze dell'attività di monitoraggio, assegni una quota aggiun-

tiva di finanziamenti, non inferiore al 5%, a favore di quelle fra queste che abbiano raggiunto i migliori risultati nella crescita occupazionale del loro territorio (art. 8, comma 3). Nell'insieme, anche nell'ordine sistematico, la legge ligure segue e ribadisce la suddivisione di quello che, ormai, potrebbe definirsi il diritto del mercato del lavoro regionale. La corposa legge in esame, infatti, si articola in due parti fondamentali, una dedicata al *Sistema regionale dei servizi al lavoro* e l'altra agli *Interventi per la piena e buona occupazione*. Si conferma così l'interpretazione evolutiva che i diversi legislatori regionali – sin qui intervenuti – hanno dato alla nozione di “tutela e sicurezza del lavoro”, fissata dal nuovo testo costituzionale. Infatti, posta la competenza esclusiva dello Stato in materia di “ordinamento civile”, le Autonomie locali hanno comunque inteso riservarsi spazi di azione capaci di indirizzare, attraverso varie forme di sostegno, i comportamenti della offerta ed in particolare della domanda di lavoro. In sintesi si tratta di una disciplina migliorativa delle condizioni del lavoratore sul mercato del lavoro, mediante l'apprestamento di appositi apparati amministrativi nonché attraverso politiche e strumenti che, nei limiti dei livelli essenziali posti dallo Stato, siano diretti a migliorare l'ambiente in cui la stessa prestazione lavorativa si svolge.

A latere, ma di sistema, è poi la sezione dedicata alle funzioni di informazione e monitoraggio; in tale sede, oltre ad essere rivisto, e rafforzato, il ruolo della Agenzia Liguria Lavoro, presso la quale sono incardinate le funzioni di “Osservatorio regionale sul mercato del lavoro”, è disciplinato il “Sistema informativo regionale interconnesso per la occupazione” (SIRIO), a cui tutti gli attori del mercato del lavoro locale sono tenuti ad interconnettersi. Inoltre specifico Capo è invece dedicato alla rivisitazione delle c.d. istituzioni della parità di livello regionale ed agli interventi locali per le pari opportunità.

2. La prima sezione della legge in commento è dedicata al *Sistema regionale dei servizi al lavoro*, definito quale «l'insieme delle strutture delle Province e dei soggetti accreditati per l'erogazione dei servizi al lavoro» (art. 24). In particolare nella legge, accanto ai soggetti *intra* Sistema, sono considerate forme ulteriori di «collaborazione», da attivare tramite «apposite intese», con soggetti *extra* Sistema, vale a dire con le Agenzie per il lavoro autorizzate e gli enti pubblici competenti in materia previdenziale, assicurativa e di vigilanza presenti sul territorio regionale. Su di un altro ed ulteriore piano è, infine, la “cooperazione” con Comuni e Comunità Montane, stante il coordinamento provinciale e il “raccordo” con tali enti previsto fin dal d.lgs. n. 469/1997 citato (art. 4, comma 2).

È in questa sede che sono disciplinati gli istituti di controllo pubblico della presenza di attori ulteriori rispetto ai Centri per l'impiego provinciali, previsti dalla Legge Biagi; a riguardo ci si riferisce alla autorizzazione all'esercizio delle attività di intermediazione in genere e all'accreditamento. Va subito detto che anche in materia la Regione Liguria si pone, saldamente, nel tracciato segnato dai legislatori regionali che la hanno preceduta.

Analizzando, in primo luogo, l'istituto della autorizzazione all'esercizio dell'attività di intermediazione, ricerca e selezione di personale e supporto alla ricollocazione professionale, anche in questa Regione si assiste al rinvio ad un atto di Giunta per la disciplina di dettaglio della procedura amministrativa per il rilascio, la sospensione e la revoca delle autorizzazioni, nonché delle modalità di verifica del corretto andamento dell'attività. Quanto alla individuazione dei requisiti finanziari, giuridici, strutturali e di comunicazione cui sono tenuti gli operatori che intendano operare sul territorio regionale, ci si limita – e non poteva essere altrimenti – al rinvio alla disciplina nazionale. Tuttavia, come fatto dalle Regioni Emilia-Romagna e Marche, sono stati imposti limiti dei bacini di utenza ai soggetti pubblici autorizzabili dalle Regioni; così i Comuni possono essere autorizzati all'esercizio della intermediazione «con riferimento alle persone residenti e alle imprese con sedi operative sul loro territorio»; le CCIA «con riferimento alle imprese iscritte nel proprio registro»; gli Istituti di scuola secondaria di secondo grado, statali e paritari «con

riferimento alle persone che sono state iscritte come allievi non più di ventiquattro mesi prima dell'erogazione del servizio di intermediazione».

Anche in tema di accreditamento, la l.r. ligure n. 30/2008 aderisce al modello di erogazione dei servizi al lavoro prescelto dalla maggioranza delle altre Autonomie: utilizzando la terminologia adottata dalla letteratura in materia (cfr. da ultimo, relativamente all'esempio danese, T. BREDGAARD, F. LARSEN, *Quasi-Markets in Employment Policy: Do They Deliver on Promises?*, in *Social Policy & Society*, 2008, vol. 7, n. 3, 341-352), la scelta appare essere stata indirizzata verso un modello di *preferred supplier*, piuttosto che di *quasi market*. In tale ultimo modello – in parte fatto proprio in Lombardia – mediante l'indizione di aste competitive per l'affidamento all'esterno dei servizi all'impiego, altri concorrenti pubblici e privati (*for e non profit*) subentrano nella erogazione (dei servizi) e il ruolo delle istituzioni pubbliche si trasforma in quello di *gateway*; l'intervento diretto dei preesistenti erogatori pubblici nel mercato resta possibile, ma essi debbono competere, su base paritaria, con gli operatori privati per l'acquisizione dei fondi pubblici attraverso le medesime aste. Nel secondo modello – adottato dai restanti legislatori regionali che ad oggi sono intervenuti a disciplinare la materia – esiste invece un doppio canale di erogazione di servizi all'impiego: *in primis* l'erogatore pubblico tradizionale ed, accanto ad esso, altri selezionati soggetti che intervengono in via integrativa ed eventuale, ove sia ritenuto necessario un intervento, per così dire, *ad adiuvandum* a favore del canale preferenziale istituzionale. Ed infatti si prevede che mentre le Province liguri «partecipano direttamente al Sistema dei servizi al lavoro tramite i Centri per l'impiego» (art. 24, comma 5), i soggetti pubblici e privati accreditati, «selezionati mediante procedure di evidenza pubblica», intervengono «in via integrativa e non sostitutiva delle funzioni provinciali, al fine di ampliare la diffusione dei servizi sul territorio, nonché di fornire interventi specialistici per particolari attività o tipologie di utenti» (art. 26). Sono quindi individuati i servizi necessariamente da gestire *in house*; si tratta di attività squisitamente amministrative, ovvero di particolare delicatezza che ne hanno consigliato l'esclusività pubblica (inserimento lavorativo dei disabili; riconoscimento, sospensione, perdita e certificazione dello stato di disoccupazione; gestione delle liste di mobilità; ricevimento e gestione delle c.d. comunicazioni obbligatorie dei datori di lavoro).

L'accreditamento, che costituisce «condizione essenziale per la stipulazione di convenzioni con la Regione e con le Province e per l'accesso ai finanziamenti pubblici», dovrà essere disciplinato da un successivo atto della Giunta regionale in cui verranno regolati non solo le procedure amministrative relative alla costituzione dell'elenco dei soggetti accreditati, ma anche i requisiti oggettivi e soggettivi necessari per accedere a detto elenco, nonché le «modalità di misurazione dell'efficienza e dell'efficacia dei servizi erogati». A ciò si connette peraltro l'art. 27 della l.r. n. 30/2008, relativo alla emanazione da parte della Giunta di «Standard essenziali delle prestazioni», da parte della Regione, «cui devono attenersi tutti i soggetti appartenenti al Sistema dei servizi al lavoro». Detti *standard*, oltre a riguardare parametri oggettivi di misurazione dei servizi erogati (modalità ed i tempi di erogazione delle prestazioni; caratteristiche degli ambienti; ecc.), dovranno riguardare anche la previsione, corrispettivamente al tradizionale «patto per la ricerca occupazionale con la persona disoccupata» (su cui, per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il Patto di servizio*, in *DLRI*, 2008, fasc. 119, 3, anticipato in *Working Paper Adapt*, 2008, n. 64) di un «patto di servizio con l'impresa in cerca di personale».

3. Molto ricca è infine la disciplina degli «strumenti attuativi» per promuovere «la piena e buona occupazione». Detti strumenti, piuttosto variegati, si muovono su più fronti e confermano la vocazione regionale alla sperimentazione di politiche innovative, senza contare che, come all'inizio accennato, la Regione Liguria è già intervenuta con la l.r. n. 30/2007 in materia di «sicurezza e la qualità del lavoro», ivi disciplinando ulteriori e di-

stinti istituti promozionali. Nella legge del 2008, si segnalano così misure dedicate a particolari *target* (lavoratori svantaggiati; azioni per il prolungamento della vita lavorativa dei lavoratori anziani, per le pari opportunità e per la mobilità geografica e professionale; incentivi per la stabilizzazione occupazionale dei giovani; interventi a favore dei lavoratori in mobilità o in cassa integrazione guadagni), diverse forme di incentivazione della domanda di lavoro (incentivi per le assunzioni a tempo indeterminato, azioni e incentivi per lo sviluppo dell'imprenditorialità) nonché misure a sostegno del welfare locale. Lo strumento fondamentale di gestione delle diverse misure è il "Piano d'Azione Regionale" all'inizio ricordato, nell'ambito del quale è fissata la provvista finanziaria destinata a ciascun intervento e l'individuazione dei requisiti soggettivi e delle modalità di loro concreta attuazione.

Merita, infine, di essere segnalato che particolare attenzione è dedicata al tema del "sostegno delle situazioni aziendali a rischio occupazionale". In tale ambito, mentre la amministrazione regionale svolge un ruolo di programmazione e sostegno finanziario delle iniziative, anche con il supporto consultivo dell'appositamente costituito "Comitato per il sostegno dell'occupazione" (nello stesso siedono, oltre alle istituzioni regionali, provinciali e comunali, le parti sociali e i rappresentanti di livello regionale delle CCCIA e dell'ABI), alle Province spetta il compito di principale erogatore dei servizi – sotto forma di progetti di formazione, di riqualificazione e di reinserimento dei lavoratori interessati, progetti di sostegno di specifici settori produttivi o aree territoriali a rischio occupazionale, misure di accompagnamento individuale e progetti sperimentali di transizione al lavoro, servizi di orientamento e di ricollocazione al lavoro. Va tuttavia segnalato che un particolare riconoscimento hanno gli enti bilaterali nella disciplina di una speciale forma di sostegno al reddito, dedicata ai lavoratori licenziati o sospesi non coperti dai c.d. ammortizzatori sociali. Non solo è prevista una "attività di raccordo" con detti enti, ma anche la possibilità che contributi possano essere concessi ai "piani di mantenimento professionale e di reinserimento lavorativo" da essi realizzati.

Manuel Marocco
Ricercatore Isfol – Area "Ricerche sui sistemi del lavoro"

5. Orario di lavoro

5.1. Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 41, comma 4 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 23).

5.2. Interpello 29 maggio 2008, n. 13 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 19).

5.3. Interpello 5 novembre 2007, n. 31 (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 40).

5.4. Interpello 11 ottobre 2007, n. 30 (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 37).

5.5. Interpello 23 febbraio 2006, n. 1769 (in [indice A-Z](#), voce *Orario di lavoro*).

5.6. Interpello 5 dicembre 2005, n. 2976 (in [indice A-Z](#), voce *Orario di lavoro*).

5.7. Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 3 marzo 2005, n. 8 (in [indice A-Z](#), voce *Orario di lavoro*).

(5.1. – 5.7.) Riposi e deroghe nel decreto legislativo n. 66/2003: dalle direttive comunitarie alle prassi amministrative

Sommario: 1. I riposi e le deroghe nel d.lgs. n. 66/2003: i principi ispiratori della normativa comunitaria. – 2. Gli orientamenti ministeriali sul riposo giornaliero, le pause ed il riposo settimanale: deroghe ed eccezioni. – 2.1. Le deroghe mediante la contrattazione collettiva.

1. La normativa vigente in materia di orario di lavoro, incardinata nel d.lgs. 66/2003, è frutto dell'adozione dei principi e dei canoni di matrice comunitaria contenuti nelle direttive n. 93/104/CE e n. 2000/34/CE.

Le basi dell'attuale sistema normativo nazionale sono state gettate dall'art. 13 della l. n. 196/1997, integrato dall'intervento delle parti sociali firmatarie dell'Avviso comune del 12 novembre 1997, nonché dell'Accordo interconfederale datato 12 dicembre 1997. Tuttavia, l'inadeguatezza del sistema, così delineatosi, ha indotto la Corte di Giustizia europea, con sentenza del 9 marzo 2000, causa C-386/98 (in *FI*, 2002, IV, 432), a condannare l'Italia per il mancato adeguamento al dettato comunitario.

Quest'ultimo provvedimento ha contribuito a rinnovare un impianto normativo le cui origini risalgono all'inizio secolo: il r.d.l. n. 692/1923.

La disciplina di cui al d.lgs. n. 66/2003 è, pertanto, frutto di un travagliato intervento del legislatore nazionale, comunitario nonché della concertazione tra le parti sociali, che con il citato decreto ha disciplinato più compiutamente la complessa materia dell'orario di lavoro, riposi e deroghe.

Al fine di individuare la chiave di lettura del quadro normativo, come interpretato dalla prassi ministeriale e dalla giurisprudenza, è necessario muovere alcune considerazioni in relazione ai principi cardine della direttiva comunitaria n. 93/104/CE, successivamente modificata dalla direttiva n. 2000/34/CE e sostituita, in quanto abrogata, dalla direttiva di codificazione n. 2003/88/CE.

Già con la direttiva n. 93/104/CE, nel preambolo, il legislatore comunitario chiariva che la funzione e le esigenze sottese alla regolamentazione della materia del tempo di lavoro dovevano essere individuate nella garanzia della "sicurezza e la salute dei lavoratori della Comunità" (sul punto si è espressa anche la C. Giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94, in *FI*, 1997, IV, 280).

In particolare, l'art. 1 sottolineava che le prescrizioni minime in materia di sicurezza e di salute erano assicurate mediante l'organizzazione dell'orario di lavoro e, più precisamente, mediante l'introduzione di periodi minimi di riposo giornaliero, settimanale ed annuale, oltre che tramite la disciplina del lavoro notturno.

Le suddette prescrizioni volte a tutelare il diritto alla salute dei lavoratori comunitari sono state temperate dalla previsione di eccezioni e deroghe frutto di una corretta ed opportuna valutazione delle ripercussioni di un tale regime sulle esigenze produttive ed aziendali in genere. È stato, dunque, confermato il principio di flessibilità, permeato dalla direttiva n. 93/104/CE nel d.lgs. n. 66/2003, purché (si specifica nel n. 15 e nel n. 16 del preambolo della direttiva) sia, al contempo, garantito il rispetto dei principi della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Su tale scia interpretativa si pone anche un consolidato orientamento della Corte di Giustizia europea secondo cui il principale obiettivo della direttiva n. 93/104/CE consiste nell'introduzione di prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante la regolamentazione dell'orario di lavoro e di periodi minimi di riposo (C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-484/04; secondo M. TIRABOSCHI, A. RUSSO, *Prime osservazioni sull'attuazione della direttiva n. 93/104/Ce*, in *GLav*, 2003, n. 17, 14, la direttiva non disciplina in sé e per sé l'orario di lavoro ma piuttosto gli aspetti dell'organizzazione dell'orario connessi alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori;

vedi anche V. LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive Comunitarie*, Ipsoa, Milano, 2004, 13, secondo cui le esigenze di flessibilità sono divenute obiettivo prioritario nel d.lgs. n. 66/2003 senza che il legislatore abbia ponderato con attenzione il valore della clausola di non regresso).

In altre parole, il legislatore comunitario ha riconosciuto ai legislatori nazionali ed alle parti sociali uno spazio decisionale discrezionale per l'introduzione di un regime flessibile di deroghe in materia di riposi (circa i profili di contrasto tra il d.lgs. n. 66/2003, la normativa costituzionale e la regolamentazione comunitaria cfr. V. LECCESE (a cura di), *op. cit.*, 4 ss.; a favore, invece, della costituzionalità del d.lgs. n. 66/2003, con specifico riferimento al sistema di deroghe alla periodicità settimanale del riposo, si veda M. TIRABOSCHI, A. RUSSO, *op. cit.*, 23).

A tal proposito, deve sottolinearsi che l'evoluzione della normativa comunitaria è mutata a favore delle crescenti esigenze di flessibilità (per una critica vedi A. ALLAMPRESE, *Riduzione e flessibilità del tempo di lavoro. Quadro normativo e poteri individuali*, Ipsoa, Milano, 2003, 34) nonostante l'obiettivo di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori resti predominante. La consapevolezza della diffusa esigenza di flessibilità e di adeguamento ai mutamenti negli assetti organizzativi aziendali traspare espressamente dalla direttiva n. 2003/88/CE, nel considerando 15, nonché dalle clausole di riesame di cui gli artt. 19 e 22 (secondo cui il Consiglio dell'Unione è tenuto a riesaminare le norme in materia di periodi di riferimento della durata massima settimanale del lavoro e del riposo settimanale nonché deciderne il futuro sviluppo).

A livello comunitario, si segnala il recente ed acceso dibattito circa la proposta di modifica alla citata direttiva n. 2003/88/CE particolarmente criticata dalle associazioni sindacali dei lavoratori. A mezzo di tale proposta, il Consiglio dell'Unione ha enfatizzato ulteriormente la necessità di ampliare il carattere della flessibilità nella gestione dell'orario di lavoro secondo un'ottica di crescita occupazionale, nel quadro delle strategie di Lisbona. Le novità principali del testo, attualmente in discussione al Parlamento europeo, afferiscono alla facoltà di modifica individuale del limite massimo dell'orario settimanale (c.d. *opting out*) nonché all'esclusione del "periodo inattivo del servizio di guardia" dalla nozione di orario di lavoro.

2. L'obbligo di concedere riposi e pause dal lavoro è disciplinato dagli artt. 7, 8 e 9 del d.lgs. n. 66/2003.

Nel sistema vigente, riguardo a tali obblighi, si riscontrano anche numerose eccezioni e deroghe, che, in parte, sono state codificate nei citati artt. 7 e 9 ed, in parte, nell'art. 17, d.lgs. n. 66/2003.

In generale, può affermarsi che le fonti delle deroghe e delle eccezioni agli obblighi in materia di riposo giornaliero, pause e riposo settimanale sono di tre tipi: legislative, in quanto previste espressamente dalle suddette previsioni del d.lgs. n. 66/2003 (quanto alle deroghe incorporate nelle previsioni di cui agli artt. 7 e 9 vedi *infra*); previste dalla contrattazione collettiva (il ricorso a quest'ultimo strumento, considerate le sue peculiarità, è trattato nel paragrafo successivo); ovvero, in via residuale, ove non regolate dalla contrattazione, ai sensi dell'art. 17, comma 2, le deroghe possono essere introdotte con decreto del Ministero del lavoro, secondo una procedura particolare, attivata su impulso dei sindacati dei lavoratori o delle associazioni di rappresentanza dei datori di lavoro (circa le peculiarità e criticità di tale procedura cfr. E. PASQUALETTO, *Art. 17 – Deroghe alla disciplina in materia di riposo giornaliero, pause, lavoro notturno, durata massima settimanale*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, M. TREMOLADA (a cura di), *La nuova disciplina dell'orario di lavoro, Commentario al D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66*, Giuffrè, Milano, 2003, 492 ss.).

Ai sensi dell'art. 7, d.lgs. n. 66/2003, il lavoratore ha diritto ad 11 ore di riposo giornaliero consecutive ogni 24 ore. Con la circ. 3 marzo 2005, n. 8 (in epigrafe), il Ministero del

lavoro e delle politiche sociali ha fornito numerosi chiarimenti e precisazioni circa l'interpretazione del d.lgs. n. 66/2003 (per una esaustiva trattazione degli orientamenti ministeriali in tema di orario di lavoro cfr. S. LUCREZIO MONTICELLI, D. PAPA, *Tempi di lavoro: gli interPELLI del Ministero*, Working Paper Adapt, 2008, n. 59). In particolare, confermandone l'inderogabilità, con riferimento al riposo giornaliero, si è precisato che, in caso di violazione della suddetta norma, qualsiasi accordo contrario deve ritenersi nullo e sostituito *ipso iure* dalla disposizione che riconosce il diritto al riposo di 11 ore. Inoltre, con risposta ad interpellato del 23 febbraio 2006 (in epigrafe) il Ministero ha chiarito che il periodo di 24 ore nell'ambito del quale deve essere fruito il riposo di 11 ore consecutive decorre dal momento di inizio della prestazione.

Premesso che alle parti contrattuali è riconosciuto il diritto a concordare dei periodi di riposo superiori a 11 ore, a tutela dell'effettività della fruizione del riposo, il lavoratore è, altresì, onerato di comunicare al datore le eventuali ore di lavoro prestate a favore di altri datori.

Nella nozione di riposo giornaliero sono espressamente esclusi i riposi intermedi e le pause di lavoro in quanto tali periodi, nonostante non sia offerta alcuna prestazione, non sono goduti in forma continuativa e, si aggiunge, non rientrano né nell'orario di lavoro né in quello di riposo. In tal modo, è sancito anche il divieto di cumulabilità con le pause previste ex art. 8, d.lgs. n. 66/2003.

Ai sensi dell'art. 7, comma 1, non sono soggetti all'obbligo di fruire del riposo giornaliero in forma consecutiva, i lavoratori che svolgono attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata o da regimi di reperibilità. Quest'ultimo inciso costituisce una novità introdotta dall'art. 41, comma 4, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, in epigrafe). Tale novella si allaccia, costituendone la naturale evoluzione, al consolidato quadro giurisprudenziale secondo cui il mero obbligo di reperibilità non equivale a prestazione lavorativa e, quindi, non giustifica un equivalente riposo destinato al recupero delle energie psico-fisiche impegnate in un giorno o in un turno lavorato (Cass. 13 maggio 1995, n. 5245, in *MGC*, 1995, 994, e Cass. 9 settembre 1991, n. 9468, in *MGC*, 1991, fasc. 9; C. Giust. 3 ottobre 2000, causa C-303/98, in *DPL*, 2001, inserto n. 21, 14).

L'art. 7, come modificato dall'art. 41, comma 4, del d.l. n. 112/2008, ha contribuito a chiarire definitivamente alcuni dubbi sorti in relazione all'interruzione del riposo durante un periodo di reperibilità, sui quali il Ministero è stato chiamato ad esprimersi più volte (cfr. risposta ad interpellato, datata 5 novembre 2007, inviata al Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro e risposta ad interpellato, del 29 maggio 2008, inviata a Confindustria e Banca d'Italia, entrambe in epigrafe). Nella prima pronuncia, si era inizialmente affermato che il riposo giornaliero dovesse essere fruito in forma consecutiva alla stessa stregua del riposo settimanale e che, in caso di chiamata durante la reperibilità, decorresse un nuovo periodo di riposo (per un caso di prestazione resa da infermieri e radiologi durante i periodi di reperibilità ed, in particolare, sulla legittimità e modalità di compensazione di tale prestazione qualora intervenga durante il giorno festivo di riposo settimanale vedi E. MENEGATTI, *Obbligo di reperibilità durante giorno festivo di riposo settimanale*, in *LPA*, 2006, n. 2, 431, nota ad App. Bologna 12 gennaio 2006). Successivamente, con risposta ad istanza di interpellato di Confindustria del 29 maggio 2008, in via incidentale, il Ministero ha confermato l'orientamento comunitario (C. Giust. 3 ottobre 2000, causa C-303/98, cit.), secondo cui il servizio di mera reperibilità non rientra nell'orario di lavoro se non per il tempo in cui comporta l'effettiva prestazione. Con una seconda pronuncia, in particolare, il Ministero ha riconosciuto la derogabilità del principio della consecutività del riposo giornaliero con riferimento al telelavoro poiché, si è argomentato, il divieto di frazionare il riposo si applica esclusivamente al riposo settimanale in quanto distinto da quello giornaliero (come sottolineato anche da C. Cost. 15 dicem-

bre 1967, n. 150, e C. Cost. 28 aprile 1976, n. 102). Da ciò, prosegue il Ministero, deriva che la consecutività del riposo giornaliero può essere derogata anche mediante espressa previsione della contrattazione collettiva.

In conclusione, stante la nuova formulazione dell'art. 7, comma 1, recentemente introdotta dall'art. 41, comma 4, d.l. n. 112/2008, deve ritenersi pacifico che l'interruzione del riposo goduto durante la reperibilità non determini l'inizio di un nuovo periodo di riposo bensì la continuazione del precedente, con la conseguenza che potranno computarsi anche le ore godute prima della chiamata al lavoro. E, come chiarito con espresso riferimento al telelavoro, il divieto della frazionabilità del riposo giornaliero potrà, inoltre, costituire oggetto di espressa deroga della contrattazione collettiva, nel rispetto del principio del "riposo compensativo" o della "protezione appropriata".

In relazione al diritto alla pausa, l'art. 8 sancisce l'obbligo di consentire al lavoratore di beneficiare di soste di durata pari ad almeno dieci minuti, fruibili in ogni momento della giornata, qualora l'orario giornaliero di lavoro ecceda le 6 ore. Anche con riferimento alle pause, con la citata circolare, il Ministero ha confermato il principio di infungibilità delle stesse. È stata infatti esclusa sia la possibilità di offrire una compensazione economica in luogo della pausa sia di concentrare le pause all'inizio o alla fine del rapporto. L'obbligo di cui all'art. 8 è derogabile ai sensi dell'art. 17, anche mediante rinvio alla contrattazione collettiva, analogamente a quanto già detto in materia di deroghe al riposo giornaliero.

Si rammenta, infine, che per le attività in cui si faccia uso in modo sistematico o abituale, per 20 ore settimanali, di videoterminali, i lavoratori hanno diritto a 15 minuti di pausa ogni 120 minuti di lavoro al videoterminale. Deve sottolinearsi che per tale particolare attività il tempo di pausa è considerato orario di lavoro. Anche in questa fattispecie la legge rinvia alla contrattazione collettiva quanto alla modalità di fruizione e durata delle suddette pause.

Secondo l'art. 9, d.lgs. n. 66/2003, il lavoratore ha diritto ad un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, ogni 7 giorni. Di regola esso deve coincidere con la domenica e cumularsi con le ore di riposo giornaliero di cui all'art. 7.

Quanto al principio del cumulo deve sottolinearsi che i due riposi devono essere effettivi senza, tuttavia, che ciò comporti necessariamente la fruizione di un periodo di riposo consecutivo pari a 35 ore (cfr. risposta ad interpello dell'11 ottobre 2007 proposto da Confcommercio, in epigrafe).

Alla disposizione in commento, l'art. 41, comma 5, d.l. n. 112/2008 (come modificato dalla l. n. 133/2008 in sede di conversione) ha aggiunto che il suddetto periodo di riposo consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a 14 giorni. In altre parole, quindi, il riposo può essere fruito anche in misura inferiore alle 24 ore ogni 7 giorni purché complessivamente, e nell'arco di 2 settimane, sia fruito, in media, un riposo pari a 24 ore (ferma restando la fruizione di un periodo di riposo complessivo pari a 35 ore: 24 + 11).

Le eccezioni a tale regola, disciplinate dal medesimo art. 9, sono numerose.

Appare opportuno rilevare che è ammessa una derogabilità generale dei principi di cui all'art. 9 anche mediante l'intervento della contrattazione collettiva, alla stessa stregua del riposo giornaliero e delle pause. Tale possibilità è ammessa ai sensi del rinvio all'art. 17, comma 3, operato dall'art. 9, comma 2, lett. d. A tal proposito, è opportuno sottolineare che, secondo un'interpretazione letterale, il rinvio al comma 3 dell'art. 17, e non all'intero articolo, non consentirebbe di ammettere il ricorso alla contrattazione di secondo livello prevista, invece, ai sensi del comma 1 dell'art. 17. Tuttavia, si ritiene che trattasi di un semplice difetto di coordinamento con l'art. 17, § 3, della direttiva n. 93/104 (cfr. V. LECCESE (a cura di), *op. cit.*, 10). Dunque, secondo un'interpretazione sistematica più conforme alla *ratio* del quadro normativo, la deroga introdotta dall'art. 9 deve riferirsi anche alla contrattazione collettiva di secondo livello, nel limite del principio di sussidia-

rietà (vedi *infra*).

Le regole della coincidenza con la domenica e riguardo alla durata e alla consecutività possono essere derogate per le attività di cui alle lett. *a*, *b* e *c* dell'art. 9, comma 2. Come ha chiarito il Ministero, la disposizione che prevede la cadenza del riposo ogni 7 giorni può essere derogata purché, come ribadito da consolidata giurisprudenza, esistano interessi apprezzabili, vi sia un giorno di riposo ogni 6 di lavoro e, infine, sia rispettato il limite della ragionevolezza e della salute e sicurezza dei lavoratori (circ. Min. lav. n. 8/2005, e Cass. 14 aprile 2001, n. 5592, in *MGC*, 2001, 795, e in *NGL*, 2001, 759; su libera determinazione, da parte degli Stati membri, della fissazione del giorno di riposo settimanale cfr. anche C. Giust. 12 novembre 1996, causa C-84/94, in *FI*, 1997, IV, 280; in materia di costituzionalità delle deroghe a riposo settimanale si veda C. Cost. 30 giugno 1971, n. 146, in *FI*, 1971, I, 2140 E).

Infine, circa la frazionabilità del riposo settimanale, nella prassi ministeriale (cfr. la risposta ad interpellato, datata 5 novembre 2007, inviata al Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro) è stato sostanzialmente recepito l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ne sancisce il divieto (C. Cost. 15 dicembre 1967, n. 150; C. Cost. 4 febbraio 1982, n. 23, in *GCost*, 1982, I, 216; C. Giust. 9 settembre 2003, n. 151, in *D&G*, 2004, 4, 111).

2.1. In materia di deroghe un ruolo fondamentale è assunto, come detto, dalle parti sociali. Infatti, lo strumento della contrattazione collettiva assurge, stante l'espresso rinvio, a rango di fonte normativa anche se soggetto ad alcune condizioni.

Ai sensi dell'art. 17, comma 1, d.lgs. n. 66/2003, le disposizioni in materia di riposo giornaliero e pause possono essere derogate mediante contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative; e, per il settore privato, in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali, le deroghe possono essere stabilite anche dalla contrattazione di secondo livello, aziendale o territoriale.

Il testo originario dell'art. 17, comma 1, ammetteva la deroga mediante contratti collettivi o accordi conclusi a livello nazionale tra le organizzazioni sindacali nazionali comparativamente più rappresentative e le associazioni nazionali dei datori di lavoro firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro. Nel settore privato, tale facoltà era riconosciuta anche ai contratti collettivi o accordi di secondo livello purché nei limiti e secondo le regole fissate dalla contrattazione di primo livello (cfr. risposta del Ministero del lavoro del 5 dicembre 2005, ad interpellato proposto da Fisascat Cisl, in epigrafe).

Si segnala che nella nuova formulazione di tale comma, così come modificato dall'art. 41, comma 7, del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, il rinvio alla contrattazione di secondo livello è stato generalizzato secondo un principio di sussidiarietà. Pertanto, in tema di deroghe, la contrattazione territoriale o aziendale costituisce un'importante fonte residuale giacché, secondo la citata novella, essa può introdurre regimi derogatori anche in assenza di espresse disposizioni della contrattazione nazionale. L'art. 17, comma 4, d.lgs. n. 66/2003, ammette il ricorso a deroghe a condizione che siano riconosciuti periodi di riposo compensativo ovvero, nei casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per ragioni oggettive e sia comunque garantita una protezione appropriata.

Qui risalta ancora l'equilibrio sociale della normativa in commento poiché, come detto, si tenta di conciliare il diritto fondamentale ed inviolabile della salute del lavoratore e il diritto alla gestione ed organizzazione dei tempi e fattori produttivi. La variabile è costituita dalle modalità e misura in cui è riconosciuto il c.d. riposo compensativo ovvero la prescritta "protezione appropriata" (art. 17, direttiva n. 88/2003/CE, ed art. 17, comma 4, d.lgs. n. 66/2003).

Quanto all'interpretazione della nozione di riposo compensativo non sorgono particolari

problemi giacché è pacifico che essa vada interpretata nel senso che, nel caso in cui si ricorra alla deroga, è necessario riconoscere al lavoratore ulteriori riposi di durata pari a quelli non goduti.

In merito, la Corte di Giustizia ha precisato che tali riposi compensativi devono essere concessi in un periodo immediatamente successivo all'orario di lavoro che sono intesi a compensare, al fine di evitare uno stato di fatica o di sovraccarico del lavoratore dovuti all'accumulo di periodi di lavoro consecutivi (C. Giust. 9 settembre 2003, n. 151, in *D&G*, 2004, 4, 111).

Qualche dubbio, invece, potrebbe sorgere in relazione alla definizione di "protezione appropriata" che deve essere assicurata al lavoratore, in casi eccezionali, qualora la concessione di periodi di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi.

In realtà, risulta difficile colmare di contenuto la menzionata nozione giacché essa si rivela profondamente svincolata da criteri oggettivi. È chiaro che risulta difficile individuare concretamente come si possa assicurare una "protezione" se non pensando, comunque, a periodi di riposo aggiuntivi anche se non consecutivi, come prescritto dalla pronuncia della Corte di Giustizia sopra citata.

La *ratio* della direttiva n. 93/104/CE, come successivamente modificata, coincidente con l'esigenza di tutelare il lavoratore, impone di escludere che l'obbligo di assicurare una protezione appropriata possa essere adempiuto mediante la corresponsione di una indennità sostitutiva. Invero, a supporto dell'infungibilità del riposo si concorda con la dottrina (cfr. E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 521) secondo cui tale interpretazione è coerente anche con il principio di non sostituibilità del periodo minimo di ferie con la relativa indennità, conformemente al dettato di cui all'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 66/2003. Tuttavia, deve prendersi atto che il criterio della "protezione appropriata" ha introdotto un regime di flessibilità maggiore che consente di ritenere tale condizione soddisfatta senza che sia necessario ricorrere ad un sistema di riposi compensativi determinati secondo un principio strettamente matematico.

Da ultimo, si rileva che sotto un profilo delle relazioni industriali, l'attribuzione alla autonomia contrattuale di secondo livello di un siffatto potere assolve ad una corretta funzione di bilanciamento delle opposte esigenze datoriali e dei lavoratori. Sicché, anche nei casi in cui le deroghe siano ammesse in assenza di criteri normativi oggettivi, mediante il rinvio alla contrattazione di secondo livello (ipotesi del ricorso eccezionale alla c.d. "protezione appropriata"), si ritiene che la tutela della sicurezza dei lavoratori sia certamente garantita dall'intervento delle associazioni sindacali. Risulta, infatti, difficile immaginare, nella contrattazione di secondo livello, un abuso di tale potere derogatorio.

Andrea Amato


*Scuola internazionale di dottorato in diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*


5. Orario di lavoro (segue)


5.8. Decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133, articolo 41 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2008, n. 23).

5.9. Decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

5.10. Decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 (in [📖](#) indice A-Z, voce *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*).

5.11. Interpello 11 febbraio 2008, n. 2 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 6).

5.12. Interpello 9 novembre 2006, n. 5817 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

5.13. Circolare del Ministero del lavoro 3 marzo 2005, n. 8 (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

(5.8. – 5.13.) Le modifiche alla disciplina sanzionatoria dei tempi di lavoro

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Le modifiche al d.lgs. n. 66/2003. – **3.** Le modifiche alla disciplina sanzionatoria in materia di tempi di lavoro.

1. Il d.l. n. 112/2008, come convertito dalla l. n. 133/2008 (in epigrafe), ha introdotto, fra l'altro, alcune modifiche alla disciplina in materia di tempi di lavoro. Le novità riguardano principalmente la definizione di lavoratore notturno e lavoratore mobile, la disciplina dei riposi e le sanzioni collegate alla violazione dei relativi obblighi.

Nel ricordare brevemente tali interventi – che rispondono ad una esigenza di maggiore flessibilità del lavoro, in armonia con le direttive n. 93/104/CE e n. 2000/34/CE – ci si vuole qui soffermare sul nuovo apparato sanzionatorio rispetto al quale, come si dirà, sussistono alcune questioni di carattere interpretativo sulle quali occorre riflettere.

2. Lavoratore notturno. Secondo l'art. 1, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 66/2003, come novellato da d.l. n. 112/2008, è lavoratore notturno:

– qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero impiegato in modo normale;

– qualsiasi lavoratore che svolga *per almeno tre ore* durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro secondo le norme definite dai contratti collettivi di lavoro. In difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo di 80 giorni lavorativi all'anno; il suddetto limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale.

Secondo tale ultima accezione, dunque, per essere considerato lavoratore notturno deve prestare un'attività di almeno 3 ore durante il periodo notturno («periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino»), in un arco di tempo che, in difetto di disciplina collettiva, è pari ad almeno 80 giorni lavorativi l'anno. Nella precedente previsione legislativa, per essere considerato lavoratore notturno ed in difetto di disciplina collettiva, sembrava potersi ammettere una prestazione di minima durata (anche mezz'ora) durante il periodo notturno e per almeno 80 giorni lavorativi l'anno.

Lavoratore mobile. Secondo il novellato art. 1, comma 1, lett. *h*, del d.lgs. n. 66/2003, il lavoratore mobile è «qualsiasi lavoratore impiegato quale membro del personale viaggiante o di volo presso una impresa che effettua servizi di trasporto passeggeri o merci *sia per conto proprio che per conto di terzi* su strada, per via aerea o per via navigabile, o a impianto fisso non ferroviario». La nuova definizione supera, dunque, i precedenti orientamenti del Ministero del lavoro (si veda la risposta ad interpello del 9 novembre 2006, n. 5817, in epigrafe, e la nota del 30 gennaio 2007), secondo i quali, ai fini della individuazione di tali categorie di lavoratori, occorre prestare attenzione alla attività svolta dall'impresa e non a quella svolta dal singolo dipendente. Va comunque sottolineato che l'orientamento del Ministero prendeva atto di alcune decisioni adottate dalla Corte di Giustizia ed in particolare della sentenza 4 ottobre 2001 (caso *Bowden*), in cui la Corte aveva delineato il concetto di lavoratore mobile facendo riferimento all'attività della impresa e non a quella del lavoratore.

Riposo giornaliero e settimanale. È poi importante notare come, in tema di riposo giornaliero, sia stata introdotta una deroga alla consecutività del riposo anche con riferimento alle attività caratterizzate «da regimi di reperibilità», mentre, in ordine al riposo settimanale, lo stesso può ora calcolarsi «come media in un periodo non superiore a 14 giorni».

Ancora in tema di deroghe, quelle concernenti il riposo giornaliero, le pause ed il lavoro notturno possono ora essere introdotte «mediante contratti collettivi stipulati a livello nazionale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative» e, in assenza di specifiche disposizioni nei contratti collettivi nazionali, «le deroghe possono essere stabilite nei contratti collettivi territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Precedentemente tali facoltà erano rimesse esclusivamente alla contrattazione nazionale e, solo «conformemente alle regole fissate nelle medesime intese, mediante contratti collettivi o accordi conclusi al secondo livello di contrattazione».

Abrogazioni nell'ambito della disciplina sui tempi di lavoro. Per quanto concerne gli interventi di carattere esclusivamente abrogativo, va segnalato che il d.l. n. 112/2008 abroga il comma 5 dell'art. 4 del d.lgs. n. 66/2003, che aveva introdotto l'obbligo per le unità produttive con più di 10 dipendenti, in caso di superamento delle 48 ore di lavoro settimanale attraverso prestazioni di lavoro straordinario, di informare la Direzione provinciale del lavoro. L'obbligo in questione, che riprendeva un analogo adempimento previsto dalla previgente disciplina di cui al r.d.l. n. 692/1923, costituiva un semplice strumento indiziario, per gli organi di vigilanza, circa eventuali violazioni alla disciplina sui limiti temporali della prestazione lavorativa.

Altra abrogazione è quella del comma 2 dell'art. 12 del d.lgs. n. 66/2003, che prevedeva una informativa alla Direzione provinciale del lavoro, da parte del datore di lavoro, per «l'esecuzione di lavoro notturno svolto in modo continuativo o compreso in regolari turni periodici».

Infine è stata abrogata la sanzione in caso di violazione dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003, in materia di orario normale di lavoro; il superamento dell'orario normale di lavoro, pari a 40 ore settimanali, risultava infatti già non sanzionabile in quanto era ed è da considerare quale lavoro straordinario, come tale disciplinato da altre disposizioni del d.lgs. n. 66/2003.

3. Come anticipato, importanti modifiche al d.lgs. n. 66/2003 riguardano la disciplina sanzionatoria già introdotta dal d.lgs. n. 213/2004 (in epigrafe) e in particolare:

- le disposizioni sulla durata massima dell'orario di lavoro (48 ore medie settimanali, comprensive di straordinario, da calcolarsi su un periodo di riferimento di 4, 6 o 12 mesi) e le disposizioni sulla concessione del riposo settimanale e delle ferie sono ora punite con la sanzione amministrativa da 130 a 780 euro per ogni lavoratore, per ciascun periodo di riferimento a cui si riferisca la violazione;
- la violazione delle disposizioni in materia di riposo giornaliero è punita con la sanzione amministrativa da 25 euro a 100 euro in relazione ad ogni singolo lavoratore e ad ogni singolo periodo di 24 ore;
- la violazione delle disposizioni sulla durata, il computo e la compensazione del lavoro straordinario è soggetta alla sanzione amministrativa da 25 a 154 euro; se la violazione si riferisce a più di 5 lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di 5 giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 a 1.032 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta.

Violazioni in materia di durata massima dell'orario di lavoro. In caso di violazioni in materia di durata massima dell'orario di lavoro (art. 4, commi 2, 3 e 4) è prevista una sanzione amministrativa da 130 a 780 euro per ogni lavoratore e «per ciascun periodo di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, a cui si riferisca la violazione».

In precedenza la sanzione era di pari importo, ma il legislatore stabiliva più genericamente che la stessa era da calcolarsi per ogni lavoratore e per «ciascun periodo cui si riferisca la violazione». Nella previsione attuale, pertanto, il riferimento è esplicitamente quello al periodo di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 66/2003 e cioè al periodo da prendere in considerazione ai fini del calcolo della media di 48 ore settimanali, pari a 4 mesi ovvero, se previsto dalla contrattazione collettiva, pari a 6 o 12 mesi «a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi».

La violazione, considerata l'impossibilità di recuperare l'interesse protetto dalla norma, non è evidentemente ammessa alla procedura di diffida obbligatoria di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004 (in epigrafe).

Sotto il profilo sanzionatorio occorre poi ricordare la risposta ad interpello dell'11 febbraio 2008, n. 2 (in epigrafe), inviato alla Associazione Bancaria Italiana (ABI), con la quale il Ministero del lavoro si esprime sui criteri di applicazione della sanzione *de quo*. In particolare, il quesito verte sulla esatta definizione del concetto di periodo di riferimento da prendere in considerazione per procedere alla quantificazione dell'importo sanzionatorio nel caso di programmazione multiperiodale dell'orario di lavoro. Al riguardo il Ministero osserva che «in presenza di orario multiperiodale [...] la condotta sanzionata dalla norma consiste nel superamento delle 48 ore medie settimanali nell'arco temporale di riferimento» e che «di conseguenza, l'eventuale sanzione da applicarsi andrà quantificata moltiplicando gli importi previsti, oltre che per il numero di lavoratori interessati, per ciascun periodo di riferimento che viene a coincidere con il periodo preso in esame per il calcolo dell'orario medio settimanale e non con la singola settimana in cui c'è stato superamento del limite orario massimo». Ad esempio, qualora risulti per i periodi di riferimento di 4 mesi gennaio/aprile e maggio/agosto il superamento delle 48 ore medie settimanali – comprensive dello straordinario, tant'è che anche in caso di superamento delle 48 ore in forza di orario multiperiodale senza aver effettuato lavoro straordinario la violazione non si realizza – le violazioni saranno soltanto 2 per ciascuno dei lavoratori coinvolti e non tante sanzioni per quante sono le settimane comprese nei periodi di riferimento in cui sono state superate le 48 ore di lavoro.

La risposta al quesito – occorre sottolineare – non risolve comunque tutte le perplessità relative al calcolo dell'importo sanzionatorio. Ciò che non è stato ancora chiarito – anche se, a dire il vero, non ce ne dovrebbe essere bisogno – riguarda la possibilità o meno di prendere in considerazione, ai fini della verifica sul superamento dell'orario medio settimanale e quindi della eventuale sanzione, periodi di riferimento che coincidano anche solo in minima parte. Tenuto conto che il periodo di riferimento è sia scorrevole (al netto di assenze per ferie, malattia, infortunio o gravidanza) che mobile (è possibile verificare qualsiasi periodo di 4 mesi all'interno dell'anno o anche a cavallo tra 2 anni) non appare possibile applicare una sanzione relativa, ad esempio, al periodo gennaio/aprile ed un'altra relativa al periodo aprile/luglio; in tal caso infatti il mese di aprile sarebbe preso in considerazione due volte.

Riposo settimanale. Anche la violazione dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003, sulla concessione del riposo settimanale, è punita in via amministrativa con la sanzione «da 130 a 780 euro per ogni lavoratore, per ciascun periodo di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, a cui si riferisca la violazione».

In precedenza il legislatore prevedeva, più genericamente, una sanzione amministrativa da euro 105 a 630. Al di là del lieve aumento dell'importo sanzionatorio, va anzitutto sottolineato come il legislatore abbia precisato che la sanzione va quantificata in relazione al numero dei lavoratori cui non è stato concesso il riposo settimanale. Uguale soluzione, in realtà, era stata adottata dal Ministero del lavoro allorquando con circ. n. 8/2005 (in epigrafe), riferendosi proprio alle sanzioni in materia di riposi giornalieri e settimanali, precisava come «la previsione normativa, pur non commisurata al numero delle giornate e

dei lavoratori, trova applicazione con riferimento alla singola condotta datoriale che comunque si sostanzia nel non consentire i periodi di riposo a ciascun lavoratore coinvolto ed in relazione a ciascun periodo considerato (giorno o settimana). Ne consegue che, in tali ipotesi, vadano applicate tante sanzioni quanti sono i lavoratori interessati ed i riposi giornalieri o settimanali non fruiti, fermo restando quanto stabilito dall'art. 8, comma 1, L. n. 689 del 1981».

Un aspetto di interesse riguarda l'ulteriore precisazione, da parte del legislatore, circa l'applicabilità della sanzione in relazione a «ciascun periodo di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, a cui si riferisca la violazione».

Dal testo coordinato del precetto e della sanzione occorre dunque prestare attenzione:

– alla concessione del periodo di riposo consecutivo «come media in un periodo non superiore a 14 giorni»;

– alla comminazione, in caso di violazione del precetto, di una sola sanzione con riguardo a ciascun periodo di riferimento di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 66/2003.

Circa il primo aspetto sembra ragionevole ritenere che la media circa la concessione di due riposi settimanali ogni 14 giorni si riferisca a due periodi di 24 ore consecutivi. In altri termini, il legislatore sembra sottolineare che non è in discussione la consecutività di ciascuno dei due riposi ma soltanto la loro collocazione nell'ambito del citato periodo bi-settimanale. Non sembra dunque plausibile immaginare che, nell'ambito di 14 giorni, vengano concessi a più riprese periodi più brevi di 24 ore a titolo di riposo settimanale.

Quanto al secondo punto, sembra possibile ripetere quanto già detto in tema di violazioni alla durata massima settimanale dell'orario di lavoro e cioè la necessità di considerare il periodo di riferimento quale periodo scorrevole (al netto di assenze per ferie, malattia, infortunio o gravidanza) e mobile (è possibile verificare qualsiasi periodo di 4 mesi all'interno dell'anno o anche a cavallo tra 2 anni).

Ferie. Anche la violazione dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003, che disciplina la concessione delle ferie, è punito in via amministrativa con una somma da euro 130 a 780 «per ogni lavoratore, per ciascun periodo di riferimento di cui all'articolo 4, commi 3 o 4, a cui si riferisca la violazione». Precedentemente all'intervento del d.l. n. 112/2008 la sanzione, di pari importo, era prevista «per ogni lavoratore e per ciascun periodo cui si riferisca la violazione». Ciò che dunque cambia è esclusivamente la precisazione secondo cui il periodo di riferimento da prendere in considerazione è quello dell'art. 4 del d.lgs. n. 66/2003, ossia il periodo di 4 mesi ovvero di 6 o 12 mesi (se previsto dalla contrattazione collettiva). Alcune perplessità attengono proprio alla individuazione della sanzione da applicare nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non conceda le ferie secondo la disciplina dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003 e cioè:

– non conceda un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a 4 settimane;

– non consenta, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'art. 2, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 66/2003, il godimento delle ferie per almeno 2 settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti 2 settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione.

Come si vede il legislatore scandisce, sotto un profilo temporale, il godimento delle ferie e ciò, già di per sé, rappresenta un forte ostacolo ad una commisurazione della sanzione in relazione al periodo di riferimento di cui si è detto. C'è infatti da chiedersi come possa conciliarsi la possibilità di fruire, ad esempio, delle prime 2 settimane di ferie entro l'anno di maturazione con una sanzione che va applicata per «ciascun periodo di riferimento» pari a 4 mesi. A parere di chi scrive risulta impraticabile una soluzione volta a conciliare la disposizione precettiva con quella sanzionatoria, dal momento che la violazione agli obblighi di concessione delle ferie richiede necessariamente il trascorrere di un

tempo (quanto meno l'anno di maturazione delle ferie) certamente più ampio del periodo di riferimento di 4 mesi.

Ciò premesso, l'interpretazione più plausibile sembra essere quella che lega la sanzione a ciascun periodo di riferimento in relazione alle sole violazioni in materia di durata massima dell'orario di lavoro e riposo settimanale.

Riposo giornaliero. Precedentemente alle modifiche introdotte dal d.l. n. 112/2008, la violazione dell'obbligo di concessione del riposo giornaliero (11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore) era punita «con la sanzione amministrativa da 105 euro a 630 euro». Niente di più era detto ai fini del calcolo dell'importo sanzionatorio e solo con la circ. n. 8/2005 del Ministero del lavoro si precisava, analogamente a quanto fatto in materia di riposo settimanale, che «la previsione normativa, pur non commisurata al numero delle giornate e dei lavoratori, trova applicazione con riferimento alla singola condotta datoriale che comunque si sostanzia nel non consentire i periodi di riposo a ciascun lavoratore coinvolto ed in relazione a ciascun periodo considerato (giorno o settimana). Ne consegue che, in tali ipotesi, vadano applicate tante sanzioni quanti sono i lavoratori interessati ed i riposi giornalieri o settimanali non fruiti, fermo restando quanto stabilito dall'art. 8, comma 1, L. n. 689 del 1981».

La nuova disciplina prende atto delle interpretazioni del Ministero e, oltre a prevedere importi sanzionatori meno elevati (da euro 25 ad euro 100), precisa che la reazione punitiva trova applicazione «in relazione a ogni singolo lavoratore e a ogni singolo periodo di 24 ore».

Lavoro straordinario. Anche la disciplina sanzionatoria in tema di lavoro straordinario di cui all'art. 5, commi 3 e 5, del d.lgs. n. 66/2003, è stato oggetto di modifiche. Le norme in questione stabiliscono che:


- in difetto di disciplina collettiva applicabile, il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le 250 ore annuali;
- il lavoro straordinario deve essere computato a parte e compensato con le maggiorazioni retributive previste dai contratti collettivi di lavoro.


Sia nella precedente che nella attuale disciplina, sotto il profilo sanzionatorio, il legislatore ha previsto che «la violazione delle disposizioni previste dall'articolo 5, commi 3 e 5, è soggetta alla sanzione amministrativa da 25 a 154 euro. Se la violazione si riferisce a più di cinque lavoratori ovvero si è verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giornate lavorative, la sanzione amministrativa va da 154 a 1.032 euro e non è ammesso il pagamento della sanzione in misura ridotta».


La sostituzione del comma che prevede la sanzione è dettata esclusivamente dalla necessità di eliminare il riferimento, contenuto nella precedente formulazione della norma, alla violazione dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 66/2003 che, come già detto, disciplina l'orario normale di lavoro.

Danilo Papa
Centro Studi Attività Ispettiva
Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali

6. Previdenza

6.1. Interpello 23 dicembre 2008, n. 63 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).

6.2. Interpello 23 dicembre 2008, n. 62 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).

- 6.3. Interpello 23 dicembre 2008, n. 60 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).
- 6.4. Interpello 23 dicembre 2008, n. 59 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).
- 6.5. Interpello 23 dicembre 2008, n. 57 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).
- 6.6. Interpello 19 dicembre 2008, n. 55 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).
- 6.7. Interpello 19 dicembre 2008, n. 51 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).
- 6.8. Interpello 3 ottobre 2008, n. 49 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 30).
- 6.9. Interpello 3 ottobre 2008, n. 42 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 30).
- 6.10. Interpello 1° settembre 2008, n. 36 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 28).
- 6.11. Interpello 1° settembre 2008, n. 35 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 28).
- 6.12. Interpello 21 luglio 2008, n. 23 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 27).
- 6.13. Interpello 16 giugno 2008, n. 20 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 22).
- 6.14. Interpello 5 maggio 2008, n. 12 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 16).
- 6.15. Interpello 2 maggio 2008, n. 11 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 15).
- 6.16. Interpello 17 marzo 2008, n. 7 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 10).
- 6.17. Interpello 3 marzo 2008, n. 4 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 8).
- 6.18. Interpello 8 gennaio 2007, n. 1 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 1).

(6.1. – 6.18.) Rassegna 2008 degli interpelli in materia contributivo-previdenziale

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Trattamento pensionistico e obbligo assicurativo Inail per i piloti e indennità di maternità per il personale aeronavigante. – **3.** Maternità e benefici contributivi. – **3.1.** Cooperative sociali di tipo b) e agevolazioni contributive. – **3.2.** Contratto di inserimento ed incentivi economici. – **3.3.** Contratto di solidarietà espansivo e contributo datoriale. – **3.4.** Contratti di formazione e lavoro e benefici contributivi. – **3.5.** Decorrenza anzianità di disoccupazione e benefici l. n. 407/1990. – **3.6.** Assunzione di lavoratori socialmente utili e di lavoratori di pubblica utilità. – **3.7.** Assunzione dirigenti disoccupati e benefici contributivi. – **4.** Previdenza complementare: natura del contributo datoriale. Efficacia soggettiva dei contratti collettivi istitutivi dei Fondi. – **4.1.** Cessione del quinto dello stipendio e previdenza complementare. – **5.** Inquadramento previdenziale del personale dipendente di agenzia di informazione radiofonica. – **6.** Gestione separata Inps e forme obbligatorie di previdenza in Paese straniero. – **7.** Obbligo di iscrizione Inarcassa. – **8.** Previdenza marittimi e assicurazione obbligatoria Ipsema.

1. Nel corso del 2008 la Direzione generale per l'Attività ispettiva del Ministero del lavoro ha fornito un alto numero di chiarimenti su quesiti di ordine generale posti dagli organismi competenti ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 124/2004. Le risposte ad interpello sono state in totale 65 e di queste, forse non a caso, ben 17 hanno espressamente e direttamente riguardato la materia contributivo-previdenziale, spesso oggetto di svariate interpretazio-

ni e *restyling* legislativi.

Il presente lavoro ha il fine di compendiare l'attività esegetica del Ministero, proponendo una sorta di rassegna, limitatamente all'anno 2008, degli interpellati in tema di obblighi e benefici contributivi, per consentire la rapida individuazione delle problematiche affrontate e delle conseguenti soluzioni prospettate.

Ai fini di una maggiore chiarezza l'esame dei singoli interpellati non segue l'ordine cronologico di pubblicazione degli stessi ma un filo logico legato ai soggetti interessati o all'oggetto specifico del quesito proposto. Una buona parte dei quesiti prospettati, ad esempio, riguarda il tema dei benefici contributivi che, come ha chiarito il suddetto Ministero nella circ. n. 5/2008, si identificano con gli sgravi collegati alla costituzione e gestione del rapporto di lavoro che si pongono come una deroga all'ordinario regime contributivo. Non costituiscono, infatti, benefici contributivi gli "abbattimenti" di aliquota che rappresentano la regola per un determinato settore o categoria di lavoratori.

2. Con l'interpello n. 7/2008 (in epigrafe), il Ministero del lavoro, su richiesta dell'AVIA (Assistenti di Volo Italiani Associati), ha fornito chiarimenti circa i parametri da porre a base di calcolo delle pensioni erogate dall'Inps-Fondo Volo e il limite massimo di retribuzione pensionabile.

In particolare, il Ministero si è soffermato sull'interpretazione da dare all'art. 24, comma 7, della l. n. 859/1965, come sostituito dall'art. 8 della l. n. 480/1988, nonché all'art. 1-*quater*, comma 1, del d.l. n. 249/2004, convertito con modifiche in l. n. 291/2004.

Il citato comma 7 dispone che «nel caso in cui il limite massimo di retribuzione pensionabile relativo ad un determinato anno risulti inferiore al corrispondente limite dell'anno precedente, per l'anno considerato resta confermato il limite dell'anno precedente».

Dopo aver richiamato la disciplina di settore, mutando il precedente indirizzo interpretativo alla luce del più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza, si è ritenuto che il confronto tra il limite massimo di retribuzione pensionabile dell'anno considerato e quello dell'anno precedente, debba essere effettuato tra il limite dell'anno in esame e il tetto "riconosciuto" per l'anno pregresso (ossia non quello effettivamente realizzato, bensì quello considerato per l'anno appena trascorso) e così di seguito.

In buona sostanza, qualora il limite massimo di retribuzione pensionabile successivo al primo risulti inferiore al precedente, si dovrà continuare a fare riferimento al primo, il quale a sua volta funge da riferimento per l'anno successivo, in modo tale che, in caso di riduzione delle retribuzioni di riferimento su cui si calcola il massimale, il massimale originario resterà invariato.

L'art. 1-*quater*, comma 1, del d.l. n. 249/2004, convertito con modificazioni in l. n. 291/2004, dispone, invece, che a decorrere dal 1° gennaio 2004, l'importo complessivo del trattamento pensionistico non può eccedere l'80% della retribuzione pensionabile, calcolata ponderando le retribuzioni pensionabili relative a ciascuna quota di pensione con le rispettive percentuali di rendimento attribuite. Tale disposto trova applicazione solo per i soggetti di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 164/1997 (lavoratori che alla data del 31 dicembre 1995 possono far valere un'anzianità contributiva di almeno 18 anni interi).

In proposito, il Ministero ha ritenuto che la variazione dei limiti massimi di pensione sia applicabile soltanto alle pensioni aventi decorrenza dal 1° gennaio 2004, senza ricomprendere quelle maturate anteriormente a tale data.

L'eventuale applicazione dell'art. 1-*quater*, comma 1, alle pensioni già in essere comporterebbe, infatti, una vera e propria riliquidazione del trattamento pensionistico, evidentemente non prevista dal legislatore.

Nell'interpello n. 59/2008 (in epigrafe), posto dal Consiglio dell'Ordine dei consulenti del lavoro, il Ministero si è espresso ponendo l'attenzione non tanto sulla sussistenza dell'obbligo assicurativo Inail per i piloti che svolgono operazioni a terra complementari

e sussidiarie rispetto alla navigazione aerea, quanto per l'esatto inquadramento delle attività di controllo tecnico pre-volo (c.d. *walk around*).

Il Ministero ha, infatti, dapprima chiarito che il personale di volo è assoggettato alle norme generali sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (art. 1, comma 3, n. 11, d.P.R. n. 1124/1965) nel caso in cui sia esposto a rischi derivanti da lavori svolti a terra, complementari e sussidiari rispetto a quelli legati alla navigazione aerea (in relazione ai quali opera la tutela di cui agli artt. 34, r.d.l. n. 2207/1923, conv. in l. n. 753/1926 e 905 C.d.N.). Successivamente il Dicastero ha precisato che le attività di *walk around* non sono quelle individuate dall'interpellante nel rabbocco d'olio, nell'ancoraggio del velivolo a terra o nelle più generiche attività di messa in sicurezza dell'aeromobile, che comporterebbero rischi aggiuntivi rispetto a quelli legati al volo, ma quelle, meglio specificate in disposizioni di carattere internazionale (*Jar OPS*), consistenti in controlli visivi, come ad esempio della corretta chiusura del portellone o dell'apertura del bocchettone per l'effettuazione del rifornimento di carburante. Tali attività non possono ritenersi complementari e sussidiarie, ma rientrano nel complesso delle attività proprie dei piloti che non comportano rischi aggiuntivi rispetto a quelli già coperti dalla assicurazione privata stipulata dalla compagnia.

A seguito di una specifica istanza avanzata, ancora una volta, dall'AVIA, in merito alla individuazione della base imponibile per il calcolo dell'indennità di maternità richiesta dal personale aeronavigante, il Ministero del lavoro si è pronunciato con la risposta ad interpellato n. 63/2008 (in epigrafe).

Dopo aver ricordato che ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 151/2001 la retribuzione di riferimento per il calcolo della suddetta indennità è determinata sulla base degli stessi elementi considerati ai fini del calcolo delle indennità economiche di malattia, il Ministero ha chiarito che la base retributiva di riferimento è quella utile ai fini contributivi, secondo quanto disposto dall'art. 12 della l. n. 153/1969 e dall'art. 51 TUIR. Tra gli elementi retributivi esclusi dalla base imponibile sia ai fini fiscali che contributivi rientrano, nella misura del 50%, le indennità di trasferta e di navigazione e di volo di cui ai commi 5 e 6 del citato art. 51. Tuttavia, con riguardo al caso oggetto di quesito, l'indennità di volo non è una voce prevista nel contratto degli assistenti di volo, rappresentando più propriamente una diaria che, come tale, non rientra nella base retributiva di calcolo come sopra individuata.

Si evidenzia, infine, che i suddetti criteri di computo devono essere applicati anche con riferimento al personale aeronavigante occupato a tempo parziale, in ossequio al principio di non discriminazione di cui all'art. 4, comma 2, lett. a, del d.lgs. n. 61/2000.

3. In materia di maternità e benefici contributivi il Ministero si è espresso sostenendo che costituisce sicuramente un beneficio contributivo lo sgravio spettante, ai sensi dell'art. 4, commi 3-5, del d.lgs. n. 151/2001, alle aziende con meno di 20 dipendenti che assumono lavoratori a tempo determinato in sostituzione di lavoratori in congedo ai sensi del medesimo Testo Unico.

In particolare, nella risposta ad interpellato n. 36/2008 (in epigrafe), del Consiglio dell'Ordine dei consulenti del lavoro, il Dicastero, anche alla luce delle circ. Inps n. 117/2000 e n. 136/2001, ha espresso parere negativo in ordine alla possibilità di riconoscere l'operatività di tale beneficio anche con riguardo a periodi in cui, subito dopo l'astensione coperta dall'indennità Inps, la lavoratrice fruisca senza soluzione di continuità delle ferie maturate durante l'assenza, come, peraltro, è in sua facoltà (cfr. circ. Min. lav. n. 8/2005). La formulazione del suddetto art. 4, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 115/2003, non consente, infatti, di estendere tale sgravio a motivi diversi dal congedo per maternità, paternità e parentale.

3.1. Sempre in materia di benefici fiscali e contributivi, riconosciuti, ai sensi degli artt. 4, comma 3, e 5, della l. n. 281/1991, alle Cooperative sociali di tipo b), nonché sulla possi-

bilità di stipulare convenzioni con Enti pubblici per attività diverse da quelle socio-sanitarie ed educative, il Ministero del lavoro, con la risposta ad interpello n. 4/2008 (in epigrafe), su istanza del Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, ha chiarito che il parametro percentuale del 30% dei soggetti svantaggiati presenti in società, necessario ai fini del riconoscimento delle predette agevolazioni, tenuto conto di determinati eventi a carattere produttivo che pregiudichino il mantenimento costante di detta percentuale, può essere ragionevolmente valutato con riferimento ad un arco temporale che, in assenza di diversa previsione della legislazione regionale, non deve comunque eccedere i 12 mesi. A tale conclusione si è giunti tenuto conto, tra l'altro, degli indirizzi che sottendono altre disposizioni di settore (ad esempio art. 22, d.lgs. C.p.S. n. 1577/1947 in tema di messa in liquidazione della società; art. 37 Ccnl in tema di cambio di gestione nei contratti di appalto; art. 4, comma 2, l.r. Emilia Romagna n. 7/2004; art. 6, comma 4, l.r. Lazio n. 24/1996, e art. 5, comma 1, lett. c, l.r. Umbria n. 12/1993), nonché le più recenti normative nazionali e comunitarie che legano il mantenimento dei profili dimensionali delle aziende a determinati parametri temporali (cfr. circ. Inps n. 70/2007, inerente alla disciplina del TFR).

3.2. Per quel che riguarda gli incentivi economici per i contratti a contenuto formativo, con risposta ad interpello n. 20/2008 (in epigrafe), seguita alla richiesta di parere pervenuta dalla FIPE (Federazione Italiana Pubblici Esercizi), il Ministero del lavoro ha innanzitutto ricordato che il requisito della residenza in una delle aree geografiche aventi determinate caratteristiche occupazionali ed individuate con decreto interministeriale, costituisce una vera e propria condizione soggettiva di validità del contratto d'inserimento ex art. 54, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 276/2003, stipulabile con lavoratrici donne di qualsiasi età. Peraltro, benché il citato decreto abbia natura dichiarativa (cfr. in proposito risposta ad interpello n. 1/2007, in epigrafe) e, quindi, un'efficacia retroattiva, in difetto dei presupposti occupazionali richiesti dalla norma o in caso di stipula del contratto in un arco temporale non espressamente menzionato nel medesimo decreto, non può ritenersi integrata la fattispecie tipica di cui all'art. 54, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 276/2003, fatta salva la validità del contratto, ai sensi dell'art. 1424 c.c., ove rientri in una delle precedenti ipotesi di cui alle lett. a, b, c o d. In caso contrario, ritiene il Ministero, si procederà alla riqualificazione del rapporto quale normale rapporto di lavoro subordinato (cfr., in linea di principio, C. Cost. n. 283/2005).

Per quanto concerne, invece, i benefici contributivi di cui all'art. 59, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, il Dicastero ha chiarito che si tratta di un distinto e autonomo profilo rispetto al contratto strettamente inteso, confermando la distinzione tra lo sgravio uniforme e generalizzato del 25% e quello superiore a tale percentuale, circoscritto ad aree territoriali depresse periodicamente individuate con decreto interministeriale, che deve risultare conforme alla normativa comunitaria in tema di "aiuti di Stato" (cfr. art. 2, lett. f, del regolamento CE n. 2204/2002).

La circ. Inps n. 10/2008 ha poi fornito indicazioni operative riguardo al recupero degli sgravi spettanti e non goduti ovvero indebitamente fruiti.

3.3. In materia di cooperative sociali e agevolazioni contributive e, in particolare, con riguardo al contributo a carico dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria in favore dei datori di lavoro che attivano il contratto di solidarietà espansivo ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 726/1984, convertito con modifiche in l. n. 863/1984, commisurato alla retribuzione lorda prevista dal contratto collettivo di categoria per il livello di inquadramento del neo-assunto, il Ministero del lavoro si è espresso con risposta ad interpello n. 42/2008 (in epigrafe), su richiesta del Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro. Tenuto conto che nel nostro ordinamento non esiste un principio generale di onnicomprensività della retribuzione e che, pertanto, allorché sia necessario assumere la retribuzione come base di calcolo, è possibile includere un determinato istituto solo

in presenza di una esplicita previsione di legge o, in alternativa, di un contratto collettivo che lo preveda espressamente, è stato chiarito che, considerati il carattere di stabilità che le connota e la *ratio* dell'istituto contrattuale in esame, la paga base o minimo contrattuale e l'indennità di contingenza, oltre al c.d. terzo elemento della retribuzione, agli scatti di anzianità e alla 13^a e 14^a mensilità, concorrono sicuramente a determinare l'ammontare della retribuzione lorda sulla quale calcolare la percentuale del predetto contributo.

3.4. In relazione al contratto di formazione e lavoro, è noto che lo stesso non è più stipulabile nel settore privato, sebbene il d.lgs. 251/2004 abbia riconosciuto la possibilità di concludere tale contratto fino alla data del 31 dicembre 2004, a patto che i relativi progetti siano stati autorizzati entro il 23 ottobre 2003. Il Ministero del lavoro, chiamato a pronunciarsi dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro in merito alla operatività del decreto ministeriale 14 gennaio 2003, l'ultimo, in ordine di tempo, che individua, per l'anno 2002, le aree geografiche nel cui ambito matura il diritto al beneficio contributivo di cui all'art. 8, comma 2, della l. n. 407/1990, legato alla stipula del suddetto contratto, con la risposta ad interpello n. 55/2008 (in epigrafe) ha chiarito che lo stesso costituisce una *condicio iuris* recante una deroga rispetto all'ordinario regime contributivo e che, pertanto, spiega efficacia solo per i periodi espressamente richiamati.

3.5. Con riferimento ai benefici contributivi in caso di anzianità di disoccupazione, lo stesso Ministero del lavoro, con la risposta ad interpello n. 49/2008 (in epigrafe), sollecitata dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, richiamando quanto già evidenziato nella risposta ad interpello n. 2/2006 sulla stessa materia, ha ribadito che condizione imprescindibile per la fruizione dei benefici contributivi di cui alla l. n. 407/1990 è l'attestazione da parte del Servizio per l'impiego della permanenza nello stato di disoccupazione del soggetto interessato all'assunzione. Esigenze pubblicistiche di certezza implicano poi che il momento dal quale decorre ai fini legali lo *status* di disoccupazione/inoccupazione non può che essere quello della presentazione della dichiarazione che attesti l'eventuale precedente esperienza lavorativa, nonché l'immediata disponibilità al lavoro.

3.6. Successivamente, con la risposta ad interpello n. 57/2008 (in epigrafe), il Ministero del lavoro ha sciolto una serie di dubbi prospettati dall'ANCI (Associazione Nazionale Comuni Italiani) con riguardo alle assunzioni di lavoratori socialmente utili *ex art. 2*, comma 1, d.lgs. n. 81/2000 e di lavoratori di pubblica utilità *ex art. 3*, comma 1, d.lgs. n. 280/1997.

In primo luogo, è stato chiarito che alle assunzioni effettuate ai sensi dell'art. 1, comma 1156, lett. *f*, l. n. 296/2006, autorizzate nel limite di 2.450 unità, è esteso l'incentivo di cui all'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 81/2000 e che agli oneri relativi, nel limite di 23 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2007, si provvede a valere sul Fondo nazionale per l'Occupazione. Per gli anni successivi al 2008, l'incentivo viene erogato per ciascuna assunzione dietro apposita richiesta dei Comuni, corredata da specifica dichiarazione circa la permanenza in pianta organica dei lavoratori assunti.

La somma di 9.296,22 euro di cui all'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 81/2000, viene erogata a favore del Comune come incentivo da destinare alle spese affrontate a seguito della instaurazione del nuovo rapporto di lavoro, a prescindere dal fatto che sia a tempo pieno o parziale; tale somma deve essere destinata innanzitutto a coprire gli oneri contributivi e, solo nell'eventualità di un residuo, può essere utilizzata per le altre spese derivanti dal nuovo rapporto di lavoro.

In caso di accoglimento parziale delle istanze, il criterio per scegliere tra soggetti con pari anzianità nelle attività socialmente utili è quello della maggiore anzianità anagrafica, ferma restando l'assegnazione di almeno una unità a ciascun comune richiedente.

3.7. Con riguardo ai benefici contributivi disposti dall'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 266/1997 in favore delle imprese con meno di 250 dipendenti che abbiano assunto diri-

genti privi di occupazione, il Ministero del lavoro con risposta ad interpello n. 12/2008 (in epigrafe), sollecitata dalla Confederazione generale dell'industria italiana, ha precisato che tali benefici, a seguito della venuta meno delle Agenzie pubblicistiche per l'impiego (cfr. art. 8, d.lgs. n. 297/2002), sono certamente applicabili con riguardo alle assunzioni avvenute attraverso l'attività di intermediazione, anche di tipo convenzionale, svolta dall'Ente bilaterale Fondodirigenti (*Manager At Work*), nonché dalle altre Agenzie private per il lavoro abilitate a svolgere attività d'intermediazione, sia in regime ordinario che in regime particolare (cfr. artt. 4 ss. del d.lgs. 276/2003). Ciò in quanto tali Agenzie, pur avendo natura privatistica, come le cessate Agenzie per l'impiego assolvono pur sempre ad una funzione ricollocativa di rilievo pubblicistico, per cui il rinvio operato dal predetto art. 20, comma 2, ha valenza meramente formale e legittima tuttora il riconoscimento dei previsti benefici contributivi.

4. Il Ministero del lavoro, con la risposta ad interpello n. 11/2008 (in epigrafe), sollecitata dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, dopo un'attenta analisi normativo-giurisprudenziale, ha chiarito che le quote minime a carico dei datori di lavoro destinate al finanziamento delle forme pensionistiche complementari, diverse dal conferimento del TFR, previste in misura percentuale dai Ccnl e dovute allorché il lavoratore versi a sua volta la quota minima a proprio carico, hanno struttura contributiva e natura retributiva, benché non rientrino nell'alveo applicativo dell'art. 36 Cost. («minimo retributivo costituzionalmente garantito»), in quanto assolvono ad una funzione previdenziale più propriamente ascrivibile al dettato di cui all'art. 38, comma 2, Cost. (cfr., in tal senso, Cass., sez. un., n. 974/1997, che parla di retribuzione differita con funzione previdenziale, sganciata da una stretta relazione di corrispettività con la prestazione lavorativa).

L'obbligatorietà del contributo riguarda, peraltro, non soltanto i datori di lavoro iscritti all'organizzazione sindacale stipulante gli accordi istitutivi dei Fondi, ma, giusta il disposto dell'art. 39 Cost. e alla luce della portata del d.lgs. n. 252/2005, anche tutti quei datori di lavoro che diano concreta applicazione al contratto collettivo istitutivo del Fondo a cui il lavoratore è iscritto.

4.1. Una risposta particolarmente interessante è quella fornita dal Dicastero con l'interpello n. 51/2008 (in epigrafe): nell'affrontare una serie di questioni prospettate da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria in merito alle problematiche inerenti alla devoluzione a previdenza complementare del TFR da parte di lavoratori che abbiano sottoscritto contratti di finanziamento con cessione del quinto della retribuzione a saldo del debito e contestuale accensione di garanzia sul TFR maturando, compie un'opera di approfondimento di notevole pregio anche sul versante puramente civilistico.

In breve, si ritiene che – essendo limitate le ipotesi di perdita della garanzia costituita dal TFR, realizzabili sia nel caso di devoluzione dello stesso a previdenza complementare che di permanenza presso il datore di lavoro – il principio di continuazione del rapporto sottostante prevalga sul rischio residuale del venir meno della garanzia prestata. La copertura del rischio di mancata solvibilità può, al limite, portare ad un nuovo accordo fra le parti per il solo aspetto relativo alla predetta garanzia.

Il Ministero ritiene poi nulle, in quanto contrarie a norme imperative di legge e all'interesse pubblico tutelato dall'art. 38 Cost., comma 2, le clausole che impegnano il lavoratore a non devolvere in futuro il proprio TFR a previdenza complementare o il datore di lavoro a non versare il TFR del proprio dipendente a forme pensionistiche complementari. Tutto ciò, ovviamente, non implica la nullità dell'intero contratto se non se ne altera l'equilibrio complessivo. Ad ogni modo, ogni restrizione della libertà contrattuale nei rapporti con i terzi è soggetta alla disciplina in tema di clausole vessatorie.

Con riguardo, infine, alla estinzione del debito mediante escussione della garanzia, nel caso in cui il lavoratore abbia parte del TFR presso il datore di lavoro e parte sia stato versato a forme pensionistiche complementari, anche alla luce del principio di correttezza

e buona fede, è opportuno che le richieste siano indirizzate contemporaneamente a tutti i soggetti coinvolti, badando a non intaccare la posizione individuale del lavoratore quando il debito possa essere saldato in tutto o in parte con il TFR accantonato presso il datore di lavoro, al fine di non ledere l'interesse del lavoratore medesimo a maturare prestazioni previdenziali.

5. Presso l'Enpals devono essere obbligatoriamente assicurati, come già chiarito con la risposta ad interpello n. 27/2007, tutti quei lavoratori ricompresi nella previsione di cui all'art. 3 del d.lgs. C.p.S. n. 708/1947, riproposta dal d.m. 15 marzo 2005 (cfr., altresì, circ. Enpals n. 7/2006), tra cui rientrano i tecnici del montaggio e del suono e gli impiegati tecnici in genere dipendenti dalle imprese radiofoniche. Con la risposta ad interpello n. 23/2008 (in epigrafe), il Ministero del lavoro, su sollecitazione della AERANTI, ha chiarito che la contribuzione obbligatoria IVS riguardante le sopra indicate figure professionali va, pertanto, versata al Fondo pensioni per i lavoratori dello spettacolo presso il suddetto Ente.

6. Con la risposta ad interpello n. 35/2008 (in epigrafe), sollecitata dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, il Ministero ha chiarito che in ossequio al c.d. *principio di territorialità* di cui al diritto internazionale (cfr. artt. 57 e 61, l. n. 218/1995) e salvo deroghe in forza di specifiche convenzioni internazionali (cfr. regolamento CEE n. 1408/1971 per i Paesi dell'UE), è irrilevante per il diritto italiano la sottoposizione di un lavoratore ad un sistema di previdenza obbligatoria in un Paese diverso dall'Italia ai fini del computo dell'aliquota contributiva da applicarsi, sulla base del diritto interno, al contratto di collaborazione, anche a progetto, che il medesimo lavoratore abbia in Italia.

7. Con riguardo al caso in cui un ingegnere libero professionista che, per un breve periodo, alterni all'esercizio esclusivo della libera professione lo svolgimento di attività lavorativa di tipo subordinato, il Ministero del lavoro, con la risposta ad interpello n. 60/2008 (in epigrafe), conseguente a specifico quesito avanzato dal Consiglio nazionale degli ingegneri, ha chiarito che il contributo soggettivo ad Inarcassa è dovuto solo con riguardo al reddito professionale netto prodotto nell'anno, tenuto conto del periodo di effettiva iscrizione alla stessa, escludendo, invece, dalla base imponibile il reddito prodotto in regime di rapporto di lavoro subordinato, come tale assoggettato ad imposizione da parte di altro Istituto previdenziale.

Peraltro, il suddetto Ministero ha inteso aderire all'interpretazione volta a riconoscere la frazionabilità dell'imponibile contributivo soggettivo dovuto ad Inarcassa, collegandone la commisurazione ai mesi di esercizio dell'attività professionale svolta in via continuativa; rapportando, infatti, la contribuzione richiesta all'effettiva obbligatorietà della iscrizione, si evita la doppia imposizione contributiva su un'unica fonte di reddito.

8. In conclusione della presente rassegna appare opportuno considerare, altresì, la risposta ad interpello n. 62/2008 (in epigrafe), seguita ad una specifica istanza di chiarimenti avanzata dall'Ordine nazionale dei consulenti del lavoro, con cui il Ministero ha ritenuto compatibile il sistema previdenziale dei lavoratori marittimi di cui alla l. n. 413/1984 con l'iscrizione alla Gestione speciale Inps degli esercenti attività commerciali di cui all'art. 1 della l. n. 1397/1960, a patto che l'attività di marittimo sia svolta in modo accessorio e compatibile rispetto all'esercizio prevalente e abituale dell'attività commerciale. In particolare, nell'ipotesi di un socio di società in nome collettivo che, oltre a svolgere attività di noleggio di piccole imbarcazioni da diporto, svolga, altresì, attività di trasporto passeggeri, la contestuale iscrizione all'assicurazione generale obbligatoria IVS come lavo-

ratore marittimo opera ai sensi dell'art. 12 della l. n. 413/1984 qualora lo stesso rivesta anche la figura di armatore della nave condotta quale membro dell'equipaggio, ovvero ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. a, in caso contrario.

Iunio Valerio Romano
Direzione provinciale del lavoro di Lecce

7. Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro

7.1. Decreto legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito con modificazioni dalla legge 2 agosto 2008, n. 129 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 20).

7.2. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 15).

7.3. Legge 3 agosto 2007, n. 123 (in [Boll. Adapt](#), 2007, n. 30).

7.4. Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze 25 febbraio 2008, n. 74 (in [Boll. Adapt](#), 2008, n. 13).

(7.1 – 7.8.) Riordino, innovazione, coordinamento, semplificazione per la sicurezza nei luoghi di lavoro

Sommario: 1. La riforma della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. – 2. L'attività di prevenzione. – 3. Il concetto di pericolo e la valutazione dei rischi. – 4. La sicurezza territoriale e del sito produttivo. – 5. Informazione e formazione: cultura della sicurezza. – 6. Delega di funzioni. – 7. Solidarietà dell'appaltante e dell'appaltatore. – 8. Il provvedimento di sospensione dell'attività lavorativa. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Il Testo Unico per la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in epigrafe) è volto ad assicurare non solo l'uniformità della applicazione della disciplina a tutto il territorio nazionale, ma si rivolge a tutti i lavoratori subordinati, parasubordinati ed autonomi nonché ad ogni settore di attività.

Riordino, innovazione, coordinamento e semplificazione possono ritenersi le quattro principali parole chiave del d.lgs. n. 81, che se, per un verso, non disdegna gli interventi normativi in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro degli ultimi 60 anni, per altri aspetti si mostra innovativo poiché è il risultato di un lavoro sinergico con il Ministero del lavoro e di una proficua concertazione con le parti sociali e le Regioni.

Ampio spazio occupano le semplificazioni in materia di adempimenti, cui sarebbero tenute soprattutto le piccole e medie imprese, così come indicato dal Ministero del lavoro nel documento che traccia le linee guida della riforma.

Primo tra tutti vi è il monito del legislatore a voler abbandonare la classica idea di sicurezza concepita come obbligo cui adempiere a favore di un'idea di sicurezza certamente più innovativa, intesa come obiettivo della gestione dell'impresa e parte di essa. Stanti i suggerimenti forniti, tale finalità potrà essere perseguita soprattutto dalle piccole e medie imprese attraverso l'esatto utilizzo delle misure di finanziamento previste per gli adeguamenti tecnologici e l'organizzazione del lavoro, sul modello, reso maggiormente efficace e fruibile, dei finanziamenti erogati dall'Inail.

Risultano altresì interessanti la riformulazione del complesso apparato sanzionatorio, la ridefinizione dei requisiti e funzioni di tutti i soggetti del sistema della salute e sicurezza

in azienda, il conio di due nuove figure impegnate nell'ambito delle attività di controllo, della prevenzione dei rischi e più in generale della tutela dei lavoratori di un medesimo contesto produttivo, individuate nel rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e nel rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo. Altro importante aspetto riguarda le innovazioni e semplificazioni apportate all'intera materia attraverso il tentativo di migliorare il collegamento delle reti informatiche di enti ed istituzioni, ottimizzare l'organizzazione e la circolazione delle informazioni, razionalizzare e coordinare gli interventi ispettivi rendendo particolarmente efficace la vigilanza, cercando di creare sistemi atti ad evitare possibili sovrapposizioni e duplicazioni tra i soggetti istituzionalmente a ciò deputati e alla valorizzazione del ruolo della bilateralità, anche quale necessario supporto ai datori di lavoro per l'adempimento degli obblighi di sicurezza ed il miglioramento delle tutele negli ambienti di lavoro.

Tra le altre innovazioni il Testo Unico impone il potenziamento della formazione affinché essa possa diventare lo strumento principale della prevenzione, attraverso l'inserimento, nei programmi scolastici ed universitari e nei percorsi di formazione, della materia della salute e sicurezza sul lavoro, per sensibilizzare più efficacemente anche i più giovani su tali problematiche. In particolare il Testo Unico ridisegna, come già anticipato, il sistema di prevenzione dei rischi, rivisita e migliora le regole disciplinanti il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi nella materia degli appalti e subappalti prevedendo strumenti che valutino sulla base del rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro l'idoneità delle imprese che lavorano negli appalti, oppure utilizzano questo stesso parametro per individuare quelle aziende "virtuose", ovvero meritevoli di accedere alle agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica, secondo la logica premiale.

2. La riforma in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, prendendo le mosse da un contesto storico-sociale drammatico caratterizzato da una serie di gravi incidenti sul lavoro, si propone tra gli obiettivi principali la riorganizzazione e ridefinizione della normativa generale sul tema, insieme alla diffusione della prevenzione, da intendersi come «complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno».

Questa definizione di prevenzione, contenuta nell'art. 2, lett. *n*, d.lgs. n. 81/2008, va sicuramente valutata anche alla luce del disposto codicistico dell'art. 2087, che pone ancora a carico dell'imprenditore l'obbligo di adottare tutte quelle misure che, per l'appunto secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, si rivelino necessarie per la tutela dell'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro. Il riferimento è certamente all'obbligo ed alla conseguente responsabilità, sorgente in capo al datore di lavoro, nella scelta e fornitura dei dispositivi di protezione individuale (DPI), nonché nel fornire le adeguate informazioni sulle corrette modalità di utilizzo e nell'aggiornamento sulla scelta da effettuare nei casi di variazioni significative negli elementi di valutazione, essendo lo stesso chiamato a rispondere non solo per la mancata predisposizione del DPI ma anche per dotazione inadeguata e non conforme alle indicazioni di cui all'art. 74 e ss., d.lgs. n. 81/2008, a nulla rilevando la indisponibilità eventuale dei mezzi di sicurezza, ritenendosi il diritto di cui all'art. 32 Cost. irrinunciabile.

All'uopo va comunque considerato che alla preesistente necessità del datore di lavoro – riconosciuto quale garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro – di attivarsi per organizzare le attività lavorative in maniera sicura, si affianca l'esigenza di predisporre quanto necessario per la diminuzione dei rischi professionali nel pieno rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno.

È proprio in quest'ottica tesa alla diffusione della cultura della prevenzione che il d.lgs. n.

81/2008, all'art. 8, ha previsto l'istituzione del Sistema informativo nazionale per la prevenzione (SINP), finalizzato a fornire dati utili per orientare, programmare, pianificare e valutare l'efficacia della attività di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, relativamente ai lavoratori iscritti e non iscritti agli enti assicurativi pubblici, e per indirizzare le attività di vigilanza, attraverso l'utilizzo integrato delle informazioni disponibili negli attuali sistemi informativi, anche tramite l'integrazione di specifici archivi e la creazione di banche dati unificate.

Il Sistema informativo – al cui sviluppo concorrono gli organismi paritetici e gli istituti di settore a carattere scientifico, ivi compresi quelli che si occupano della salute delle donne – è un sistema articolato costituito dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, dal Ministero della salute, dal Ministero dell'interno, dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano, dall'Inail, dall'Ipsema e dall'Ispesl, con il contributo del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL). Sarà un apposito decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e della salute, di concerto con il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione, acquisito il parere della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, da adottarsi entro 180 giorni, dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, non ancora adottato al momento in cui si scrive, a definire le regole tecniche per la realizzazione ed il funzionamento del SINP, nonché le regole per il trattamento dei dati.

Le parti sociali potranno partecipare al Sistema informativo attraverso la periodica consultazione in ordine ai flussi informativi.

3. Già il d.lgs. n. 626/1994, introducendo il concetto di “rischio”, suggeriva – attraverso il connesso obbligo, sorgente in capo al datore di lavoro, della necessità di porre in essere la cosiddetta “valutazione dei rischi” – un'interessante procedura tesa a perseguire, con la riduzione dei rischi, l'obiettivo della tutela della salute dei lavoratori.

Il d.lgs. n. 81/2008 al comma 2, lett. *s*, identifica il rischio come «la probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione», determinando al contempo la differenziazione rispetto al concetto di pericolo inteso come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni» (*ex art. 2, lett. r*).

L'importanza dell'attività di valutazione del rischio e della redazione ed elaborazione del documento relativo di cui all'art. 28 del TU è facilmente deducibile dall'assunto di cui all'art. 17, che nega la possibilità che simili funzioni – dal d.lgs. n. 81/2008 stesso riconosciute al datore di lavoro – possano, in una qualche maniera, essere delegate ad altri soggetti, imputando l'obbligo al solo datore di lavoro che sarà altresì tenuto (senza possibilità alcuna di delega) a designare il responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

Per valutazione dei rischi (*ex art. 2, lett. q*) si intende la «valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza». Essa (*ex art. 28 TU*) si concreta anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati e si estende, nella nuova concezione del Testo Unico, anche alla valutazione di tutte le tipologie di rischio concentrandosi anche sull'esame dei rischi più particolari quali quelli direttamente collegati allo stress da lavoro-correlato (di cui all'accordo quadro stipulato a Bruxelles l'8 ottobre 2004, ora recepito a livello nazionale, con un accordo collettivo interconfederale del 9 giugno 2008), quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza (*ex d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151*) o connessi alle differenze

di genere, età, provenienza da altri Paesi.

Sono riscontrabili fondamentali innovazioni in tema di valutazione dei rischi in generale e in particolar modo nella individuazione dei soggetti e degli aspetti cui tale valutazione è rivolta, essendo estesa anche alla scelta degli impianti, delle attrezzature, di sostanze, apparati chimici da impiegare ed in quella della sistemazione dei luoghi di lavoro.

Il datore di lavoro è tenuto a redigere il documento di valutazione dei rischi che dovrà avere *ex lege* data certa e contenere una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute con espressa specificazione e indicazione dei criteri utilizzati per la valutazione, l'indicazione delle misure di prevenzione, di protezione e i relativi dispositivi di protezione individuali adottati, il programma contenente le misure da adoperare nel tempo perché ritenute opportune a garantire il miglioramento dei livelli di sicurezza. Il documento dovrà contenere, altresì, l'individuazione sia delle procedure per l'attuazione delle misure sia l'indicazione dei soggetti competenti che ne avranno la responsabilità attuativa, le indicazioni dei nominativi del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o di quello territoriale e del medico competente che ha partecipato alla valutazione del rischio, nonché delle mansioni che richiedono riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento, poiché, più di altre, espongono a particolari rischi i lavoratori.

La valutazione dei rischi e il documento relativo, con eventuale aggiornamento delle misure di prevenzione, dovranno essere rielaborati in presenza di modifiche significative del processo produttivo o dell'organizzazione del lavoro ai fini della salute e della sicurezza dei lavoratori o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione e della protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità.

Il documento va custodito presso l'unità produttiva alla quale si riferisce la valutazione dei rischi.

Il legislatore ha collegato le modalità di redazione di tale documento ai requisiti dimensionali di ciascuna azienda, stabilendo notevoli semplificazioni per quelle imprese che occupano fino a 10 lavoratori, alle quali non solo è permesso l'adempimento di tale obbligo mediante l'utilizzo di procedure standard definite con apposito decreto ministeriale (entro il 31 dicembre 2010), ma è altresì concessa la possibilità, sino alla medesima data o comunque non oltre il 30 giugno 2012, di autocertificare l'effettuazione della valutazione dei rischi. Diversamente i datori che occupano un numero di lavoratori inferiore a 50 (pertanto pari ad un numero compreso tra 10 e 50 lavoratori) potranno utilizzare la procedura standardizzata anche se nelle more dell'elaborazione di tale procedura saranno tenuti all'osservanza delle disposizioni ordinarie (di cui ai commi 1, 2, 3, 4, art. 29).

È comunque verosimile che prima o poi possa definitivamente scomparire tale autocertificazione sulla valutazione dei rischi prevista dall'art. 10, comma 11, così come risulta essere stato già abolito l'obbligo (*ex art. 8, d.lgs. n. 626/1994*) della comunicazione ad ASL e Direzione provinciale del lavoro del nome del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Sono state previste anche per l'osservanza delle regole sulla valutazione dei rischi talune esenzioni (art. 29, ultimo comma, TU).

La semplificazione della materia (*rectius*, l'utilizzo della procedura semplificata di cui sopra) non risulterebbe infatti applicabile alle aziende di cui all'art. 31, comma 6, lett. *a, b, c, d, f e g*, nonché a quelle industriali, alle centrali termoelettriche, impianti e installazioni nucleari o stabilimenti di rifiuti radioattivi e nelle strutture di ricovero e cura pubbliche e private con oltre 50 lavoratori o in quelle esercenti attività che espongono i lavoratori a rischi chimici, biologici, da atmosfere esplosive, cancerogeni mutageni, connessi alla esposizione ad amianto e, infine, ai lavori edili o di ingegneria civile relativi ai cantieri temporanei o mobili.

Va considerato altresì che secondo la statuizione di cui all'art. 30 del TU l'efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (*ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*), sarà ottenuta qualora venga attuato un modello di organizzazione e di gestione che assicuri un sistema aziendale per l'adempimento degli obblighi giuridici, col rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici, riguardante le attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti, di natura organizzativa (emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza), nonché di sorveglianza sanitaria, di informazione e formazione dei lavoratori, di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori, di acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge, di periodiche verifiche della applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

4. Il d.lgs. n. 81/2008 ha previsto la nascita di due nuovi soggetti: il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale (Rlst) e il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo (Rlssp), che sono collocabili, quanto a ruoli e compiti loro affidati, accanto alla classica figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (*ex art. 18, d.lgs. n. 626/1994*) identificabile, *ex art. 2, lett. i, TU*, con «la persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro».

Il Testo Unico ha inteso creare delle norme tese a conferire poteri a nuove tipologie di rappresentanze che potessero tutelare, in una qualche maniera, tutti gli operatori di un medesimo contesto produttivo indipendentemente dalla tipologia contrattuale e dalla azienda di appartenenza.

La figura del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo, come prevista dalla lett. g della l. delega n. 123/2007 (in epigrafe) ed introdotta dai protocolli specifici, viene inizialmente creata per far fronte alle particolari necessità di talune difficili realtà portuali quali Napoli e Genova.

Tale figura, individuata tra i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza delle aziende operanti nello stesso sito produttivo, agisce infatti in quegli specifici contesti caratterizzati dalla presenza di più aziende o cantieri quali per l'appunto porti, centri intermodali di trasporto, impianti siderurgici, cantieri con almeno 30.000 uomini-giorno (*ex art. 49, lett. d: «[...] intesa quale entità presunta dei cantieri, rappresentata dalla somma delle giornate lavorative prestate dai lavoratori anche autonomi, previste per la realizzazione di tutte le opere [...]»*). In tal senso si trova ad operare in contesti produttivi con complesse problematiche legate alla interferenza delle lavorazioni e da un numero complessivo di addetti mediamente operanti nell'area superiore a 500.

Vi è di più, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza di sito produttivo oltre a realizzare il coordinamento tra i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza del medesimo sito è il soggetto che, in assenza del rappresentante per la sicurezza, è legittimato a svolgere i compiti *ex lege* a questi riconosciuti (*ex art. 50 TU*).

Anche il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale, le cui funzioni sono incompatibili con l'esercizio di altre funzioni sindacali operative, svolge nelle aziende o unità produttive del comparto di competenza, in assenza del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, le funzioni a questi delegate.

Il legislatore del Testo Unico gli riconosce non solo il diritto/dovere di ricevere adeguata formazione in materia di salute e sicurezza concernente i rischi specifici esistenti negli ambiti in cui esercita la propria rappresentanza e tale da assicurargli adeguate competenze sulle principali tecniche di controllo e prevenzione dei rischi stessi, ma altresì il diritto di accedere ai luoghi di lavoro mediante preavviso, non strettamente necessario nei casi

di grave infortunio.

Il Testo Unico, nel dettare la specifica normativa sui soggetti in questione, non risulta affatto esaustivo, al punto che si riserva la possibilità di integrare quanto già esplicitato in linea generale e rinvia, *ex artt.* 48-49, ai contratti collettivi perché disciplinino sia le modalità di individuazione del rappresentante dei lavoratori di sito produttivo che quelle attributive dei poteri (elencati nell'art. 50 TU) del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, in caso di cantieri o aziende mancanti di tale figura o ancora agli accordi collettivi nazionali, interconfederali o di categoria stipulati dalle associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale in tema di modalità di elezione del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale o alla contrattazione collettiva perché vengano individuate le modalità di durata e dei contenuti specifici della formazione del *rlst* da effettuarsi secondo un percorso formativo di almeno 64 ore iniziali, da svolgersi entro 3 mesi dalla data di elezione o designazione, e 8 ore di aggiornamento annuale.

Da prima sommaria analisi, emerge che i due nuovi responsabili non abbiano un effettivo potere decisionale, essendo impegnati nell'attività di controllo e prevenzione dei rischi e chiamati ad offrire, nei casi di particolare necessità, un semplice parere o tutt'al più avanzare proposte, stando attenti a rendersi altresì sempre reperibili e disponibili per fornire consulti.

Un giudizio in merito – allo stato – è prematuro, atteso che converrà attendere il fisiologico periodo di adattamento e applicazione effettiva dell'intero disposto normativo oltre che l'eventuale recepimento e gli spunti che sul tema gli accordi collettivi nel tempo ci forniranno.

5. Il TU prevede, inoltre, modalità efficaci per favorire una rapida diffusione della cultura della sicurezza mediante l'utilizzo di canali "classici", in primo luogo la scuola nei cui programmi sono state inseriti appositi corsi e materie di studio. Risultano deputati a svolgere anche mediante convenzioni, attività di informazione, assistenza, consulenza, formazione, promozione in materia di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, in particolare nei confronti delle imprese artigiane, delle imprese agricole e delle piccole e medie imprese e delle rispettive associazioni dei datori di lavoro, secondo l'art. 10 del TU, anche le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano (tramite le ASL del SSN), il Ministero dell'interno (tramite le strutture del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), l'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza sul lavoro (Ispesl), il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, il Ministero dello sviluppo economico per il settore estrattivo, l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail), l'Istituto di previdenza per il settore marittimo (Ipsema), gli organismi paritetici e gli enti di patronato.

Per formazione si intende quel processo educativo attraverso il quale vengono trasferite ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi (art. 2, lett. *aa*).

L'informazione si sostanzia in quel complesso di attività dirette a fornire conoscenze utili alla identificazione, riduzione e gestione dei rischi in ambiente di lavoro (art. 2, lett. *bb*).

L'intero art. 11 del TU risulta essere improntato alla individuazione di valide modalità per una migliore e più veloce promozione e diffusione della cultura della salute e sicurezza sul lavoro, realizzabile attraverso la facoltà di inserimento nelle attività scolastiche ed universitarie, nelle istituzioni dell'alta formazione artistica e coreutica e nei percorsi di istruzione e formazione professionale – nel rispetto delle autonomie didattiche e nei limiti delle risorse disponibili di ciascun istituto – di specifici percorsi formativi interdisciplinari tesi alla formazione e informazione in materia. Per tali attività il comma 1, lett. *c*, pre-

vedrebbe lo stanziamento di specifici finanziamenti.

Nell'ambito del progetto di diffusione della cultura della sicurezza, le amministrazioni pubbliche dovranno promuovere attività destinate ai lavoratori immigrati o alle lavoratrici e finalizzate al miglioramento della loro tutela negli ambienti di lavoro, mentre l'Inail, secondo la statuizione di cui all'art. 11, comma 5, dovrebbe finanziare iniziative orientate alla formazione in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché progetti volti a sperimentare soluzioni innovative e strumenti di natura organizzativa e gestionale ispirati ai principi di responsabilità sociale nelle piccole, medie e micro imprese. Il criterio di priorità per l'accesso al finanziamento sarà proprio l'adozione, da parte delle imprese, delle buone prassi e ciò anche in considerazione del fatto che una delle principali ragioni del mancato funzionamento e dell'inesatta applicazione delle norme sulla sicurezza sia da individuarsi nella carenza di informazione e formazione a più livelli che invero non sono mai riuscite, in maniera concreta, ad apportare un valido contributo alla riduzione delle cosiddette morti bianche.

Secondo autorevole dottrina sussisterebbe «indubbiamente un problema di qualità, conoscibilità ed esigibilità delle norme. Servono certamente buone norme, ma decisivi sono poi i comportamenti concreti, e quotidiani, di tutti gli attori coinvolti. Gli imprenditori, certamente e in prima fila, ma anche i lavoratori, i rappresentanti per la sicurezza e i vari organi chiamati a vigilare sulla corretta attuazione delle leggi» (M. TIRABOSCHI, *Prevenzione innanzitutto. Sicurezza, la chiave della prevenzione*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 marzo 2008).

Proprio in tema di formazione e informazione non si può non ricordare l'importante contributo che forniscono le buone prassi, intese quali «soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, elaborate e raccolte dalle Regioni, dall'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro (Ispesl), dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) e dagli organismi paritetici di cui all'art. 51, validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'art. 6, previa istruttoria tecnica dell'Ispesl, che provvede a assicurarne la più ampia diffusione» (art. 2, lett. v).

La sezione IV del Testo Unico intitolata *Formazione, informazione e addestramento*, occupandosi della necessaria attuazione di taluni principi già espressi nella l. delega n. 123/2007 (art. 1, comma 2, lett. l, m, n e o, agli artt. 36 e 37), individua da un lato le materie che il datore di lavoro avrà l'onere di far conoscere ai propri dipendenti (quali l'adeguata informazione su: i rischi per la salute e sicurezza sul lavoro, sulle procedure che riguardano il primo soccorso, la lotta antincendio, l'evacuazione dei luoghi di lavoro; i rischi specifici in relazione all'attività svolta, le normative di sicurezza e le disposizioni aziendali in materia; i pericoli connessi all'uso delle sostanze e dei preparati pericolosi sulla base delle schede dei dati di sicurezza previste dalla normativa vigente e dalle norme di buona tecnica; le misure e le attività di protezione e prevenzione adottate) e le modalità da seguire scrupolosamente in questa attività di formazione (il cui contenuto dovrà essere facilmente comprensibile per i lavoratori e consentire loro l'acquisizione delle relative conoscenze) e dall'altro stabilisce i contenuti minimi. Inoltre è stabilita anche la durata stessa della formazione ed è statuito che ciascun lavoratore dovrà ricevere una formazione sufficiente ed *adeguata* ai rischi specifici, eventualmente periodicamente ripetuta in relazione all'evoluzione degli stessi rischi o all'insorgenza di nuovi, impartita da persona esperta e sul luogo di lavoro, con specifica indicazione dei tempi in cui tale formazione dovrà avvenire, ovvero al momento della costituzione del rapporto di lavoro o dell'inizio dell'utilizzazione, qualora si tratti di somministrazione di lavoro, oppure al momento del trasferimento o cambiamento di mansioni, della introduzione di nuove at-

trezzature di lavoro o di nuove tecnologie, di nuove sostanze e preparati pericolosi.

L'art. 37 poi, oltre a suggerire precise indicazioni sui campi di formazione di ciascuna figura professionale al cui esame normativo si rimanda, stabilendo altresì la durata minima dei corsi di formazione pari a 32 ore iniziali, di cui 12 sui rischi specifici presenti in azienda, e le conseguenti misure di prevenzione e protezione adottate, con verifica di apprendimento, prevede (all'ultimo comma) la necessità che l'attività di formazione sia certificata e registrata nel libretto formativo del cittadino (ex art. 2, comma 1, lett. i, d.lgs. n. 276/2003 e successive modificazioni), il cui «contenuto viene considerato dal datore di lavoro ai fini della programmazione della formazione e di esso gli organi di vigilanza tengono conto ai fini della verifica degli obblighi di cui al presente decreto».

Il libretto formativo cartaceo o elettronico, rientrante tra le principali innovazioni del Testo Unico – approvato dalla Conferenza Stato-Regioni del 14 luglio 2005 e recepito con decreto interministeriale Lavoro-Istruzione del 10 ottobre 2005 – è rilasciato dalla Regione o da organi da questa eventualmente delegati e risulta essere formato da una scheda (contenente indicazioni anagrafiche, titoli di studio e formazione, ecc.) e una nota tecnica esplicativa.

Tale libretto, utilizzato solo in via sperimentale, oltre a costituire il documento di registrazione dell'iter formativo e delle competenze acquisite dal dipendente, può altresì essere utilizzato quale certificazione delle competenze in materia di sicurezza, dovendo esservi *ex lege* trascritte tutte le partecipazioni alle attività di formazione.

Si auspica che simili interventi possano realmente contribuire a ridurre il numero degli incidenti sul lavoro, quantomeno nel lungo periodo, sebbene probabilmente si debba condividere l'opinione di chi crede che la ragione del proliferare delle morti bianche e degli infortuni sul lavoro sia «di ordine sostanziale, non formale, necessitando interventi organizzativi, culturali e comportamentali».

6. Come già nella normativa previgente, il Testo Unico individua nel datore di lavoro il soggetto cui fanno capo tutti i rischi e le responsabilità anche penali direttamente derivanti dall'inosservanza delle norme in materia di salute e sicurezza.

Tanto anche in piena coerenza con la previsione codicistica dell'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro la funzione di garante dell'incolumità del lavoratore, sia dal punto di vista fisico che della sua personalità morale, e dell'art. 40 c.p., secondo cui «non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

Gli obblighi comportamentali del datore di lavoro possono – nella maggior parte dei casi – essere delegati ad altri soggetti estranei.

Il Testo Unico prevede, infatti, solo due ipotesi di indelegabilità assoluta circoscritte all'attività di valutazione di tutti i rischi con conseguente elaborazione del documento previsto dall'art. 28 del TU e alla designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (art. 17, lett. b, TU).

Differentemente dalle precedenti disposizioni, il legislatore del d.lgs. n. 81/2008 ha disciplinato in maniera puntuale l'intera normativa sulla delega, stabilendo la necessità che ad essa venga conferita adeguata e tempestiva pubblicità, sia presentata mediante atto scritto (presupposto quest'ultimo di efficacia *ad substantiam*) recante data certa, attributiva di autonomia di spesa e di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate, sia indirizzata ad un soggetto in possesso di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e infine risulti essere stata espressamente accettata per iscritto dal delegato (art. 16 del TU).

La norma appare chiara nello stabilire che la forma dell'atto di delega dovrà essere scritta, precisando altresì la necessità – che risulti in modo *inequivoco, espresso e chiaro* – di investire su un soggetto capace e dotato di idonei requisiti tecnico-professionali specifici che accetti l'incarico per iscritto, dovendosi ritenere priva di efficacia quella delega de-

sumibile (magari applicando il principio di effettività) essenzialmente dal comportamento osservato da uno specifico soggetto.

Caratteristica essenziale di tale atto rimane l'opportunità che si riveli attributivo di reale potere di gestione, organizzazione e controllo nonché dei poteri amministrativi, ritenendosi altresì necessaria, in capo al delegato, anche l'attribuibilità dei compiti più strettamente caratterizzanti la figura del datore di lavoro, tra i quali non vanno dimenticati i poteri decisionali e di intervento.

La delega dovrà inoltre abbracciare anche la dotazione di strumenti finanziari idonei all'impegno, essendo necessario, perché il datore sia esentato da responsabilità, dimostrare anche di aver messo il proprio delegato nelle condizioni di godere di una qualche forma di autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate.

Diretta conseguenza della sostituzione e del subentro dei delegati nella funzione di garante propria dell'imprenditore-datore sarà la trasformazione nel contenuto della posizione di garanzia, *rectius* il passaggio da «obbligo di impedimento diretto» a «obbligo di vigilanza e di controllo» (T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, Giuffrè, Milano, 2008, 198).

Il datore di lavoro, pur avendo utilizzato il proprio potere di delega, conserverà infatti l'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, esercitabile anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4, TU, che verosimilmente si tradurrà anche nel corrispondente obbligo di controllo sull'operato del proprio delegato e di esatto adempimento delle modalità di esercizio del potere, delle funzioni e attività oggetto di delega.

7. Con la l. delega n. 123/2007 il Governo ha apportato degli interessanti correttivi anche in materia di appalti già oggetto di revisione ad opera della l. n. 296/2006 – altrimenti conosciuta come Finanziaria 2007 – che con l'art. 1, comma 911, modificava l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – legge di riferimento per l'intera normativa sul tema – nella parte disciplinante la responsabilità solidale tra committente imprenditore (datore di lavoro), appaltatore ed eventuali subappaltatori per la corresponsione ai lavoratori dei trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti nel rispetto del limite di 2 anni dalla cessazione dell'appalto.

Il comma 911 dell'art. 1 della Finanziaria 2007 aveva – com'è possibile intuire – già previsto la responsabilità solidale in materia di infortuni sul lavoro tra il committente, appaltatore ed eventuale subappaltatore, ma per i danni subiti dal lavoratore dipendente non indennizzabili dall'Inail come ad esempio per il danno esistenziale.

L'art. 8 della l. n. 123/2007 – integralmente recepito dall'art. 26, comma 6 e ss., d.lgs. n. 81/2008 – infatti, sostituendo il comma 3-*bis* dell'art. 86 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, ha stabilito che nelle gare di appalto di lavori pubblici per la valutazione dell'anomalia delle offerte, l'ente aggiudicatore dovrà valutare la sufficienza e la adeguatezza del valore economico sia al costo relativo alla sicurezza – che dovrà per forza di cose essere specificatamente indicato, risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture – che a quello del lavoro periodicamente determinato in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei Ccnl o delle norme in materia previdenziale ed assistenziale dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali o, in mancanza, sulla base dei Ccnl del settore merceologico più vicino a quello oggetto di considerazione.

Sempre la l. delega n. 123/2007, all'art. 1, lett. s, in materia di appalti forniva valide indicazioni affinché si creassero norme migliorative dell'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e si favorisse il coordinamento degli interventi di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, nel rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la

partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica.

La stessa lett. *s* prevedeva, altresì, il divieto che il costo relativo alla sicurezza fosse soggetto al ribasso d'asta ovvero il divieto di assegnare appalti al massimo ribasso, volendo in tal caso evitare la riduzione proprio di quei costi strettamente connessi alla materia della sicurezza o alla retribuzione dei lavoratori a netto discapito del principio di tutela del lavoratore, della sua salute e sicurezza. In tal modo si osservava la modifica della disciplina del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. n. 163/2006, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza dovessero essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto.

Stante la previsione di cui all'art. 26 TU è onere del datore di lavoro – che affida dei lavori all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima – fornire informazioni sui rischi specifici e verificare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto o mediante contratto d'opera o di somministrazione, acquisendo i certificati di iscrizione alla Camera di commercio, industria e artigianato (CCIAA) nonché l'autocertificazione (*ex art. 47, d.P.R. n. 445/2000*) dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi sui requisiti di idoneità tecnico-professionale.

I datori di lavoro e i subappaltatori saranno altresì obbligati a cooperare per l'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto e a coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, elaborando un documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) – allegato al contratto di appalto o di opera – indicante le misure per eliminare o ridurre al minimo i rischi da interferenze.

Sempre l'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008, in parte recuperando il disposto di cui alla l. n. 123/2007, ribadisce la responsabilità solidale dei committenti con l'impresa appaltatrice ed eventuali subappaltatori per «il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) o dell'Istituto nazionale per il settore marittimo (Ipsema)», altresì ribadendo che tale disciplina non è applicabile ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

Anche per questa rimarcata solidarietà il committente dovrà prestare particolare attenzione alla congruità del corrispettivo pattuito e ciò al solo scopo di impedire che per economizzare sui costi si eludano le disposizioni in tema di sicurezza sul lavoro.

Il legislatore del Testo Unico prevede inoltre una particolare forma di nullità *ex art. 1418* che travolgerebbe i contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione (qualora in essere al momento della data di entrata in vigore del Testo Unico), eccezion fatta per i contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, *ex artt. 1655, 1656 e 1677 c.c.*, nel caso in cui non vi sia precisa indicazione dei costi relativi alla sicurezza del lavoro con particolare riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto.

Proprio in tema di responsabilità occorre considerare le interessanti modifiche apportate dal d.l. 3 giugno 2008, n. 97 (in epigrafe) – che con l'art. 3, comma 8, ha abrogato i commi dal 29 al 34 dell'art. 35 del d.l. n. 223/2006 (altrimenti conosciuto come Decreto Bersani) convertito nella l. n. 248/2006 nonché l'intero decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 25 febbraio 2008, n. 74 (in epigrafe) (recante *Regolamento concernente l'articolo 35, commi da 28 a 34 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 – Responsabilità solidale*

tra appaltatore e subappaltatore in materia di versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori, in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi) – in materia di adempimenti formali connessi alla responsabilità solidale di committente e appaltatore.

Resta invece ancora in vigore la normativa di cui all'art. 35, comma 28, del Decreto Bersani, che prevedeva la responsabilità solidale dell'appaltatore e del subappaltatore per «l'effettuazione e il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore» nonché il regime generale in materia di solidarietà previsto dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

Invero l'intervento di cui all'art. 3, comma 8, d.l. n. 97/2008 ha deburocratizzato gli adempimenti introdotti del Decreto Bersani nonché velocizzato i tempi di pagamento, eliminando altresì una delle possibilità, messe a disposizione dell'impresa appaltatrice, di esonerarsi dalla responsabilità solidale verso le subappaltatrici, ma non ha risolto, a detta dei più, il problema della riduzione dei rischi di contenzioso e delle eventuali richieste risarcitorie nei confronti dell'appaltatore, anche a distanza di tempo, per fatti propri del subappaltatore e dei quali, di per sé, è del tutto incolpevole.

8. La sospensione dell'attività imprenditoriale quale possibile conseguenza di una ispezione condotta dagli organi competenti di cui all'art. 13 del TU – già contenuto nel d.l. n. 223/2006 convertito in l. n. 248/2006 riferito alle attività dei cantieri edili – è stato oggetto di riforma dapprima ex l. n. 123/2007 (art. 5) e successivamente ex artt. 13 e 14 TU.

Tale provvedimento è di carattere discrezionale con finalità cautelare.

Il Testo Unico ha semplificato l'intera materia sostituendo tutte quelle norme disciplinanti i differenti settori di attività con una normativa semplice e soprattutto valida per una pluralità di attività.

Già l'art. 5, l. n. 123/2007, aveva apportato una prima estensione allargando il campo di applicazione della legislazione *de quo*, prevedendo «l'operatività della disciplina sui provvedimenti dell'ambito dei cantieri edili con riferimento ad ogni altro ambito».

Sempre l'art. 5, l. n. 123/2007, poi, all'ultimo comma – innovando la disciplina ex d.l. n. 223/2006, art. 36-*bis* – aveva esteso i poteri e gli obblighi propri del personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale «all'ambito dei compiti istituzionali delle aziende sanitarie locali nei limiti delle risorse finanziarie, umane e strumentali complessivamente disponibili, al personale ispettivo delle medesime aziende sanitarie, limitatamente all'accertamento di violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro».

Il Testo Unico conferma l'estensione del potere di adozione del provvedimento di sospensione al personale ispettivo delle ASL dilatandolo fino ad investire il settore relativo ai cantieri edili, da sempre nel tempo disciplinato da apposite specifiche leggi (vedi l. n. 248/2006).

Il potere di verifica e ispezione è attribuito dall'art. 7 della l. n. 123/2007 agli organismi paritetici, stabilendo che questi «possono effettuare nei luoghi di lavoro rientranti nei territori e nei comparti produttivi di competenza sopralluoghi finalizzati a valutare l'applicazione delle vigenti norme in materia di sicurezza e tutela della salute sui luoghi di lavoro»: l'esito di questi sopralluoghi dovrà essere comunicato alla competente autorità di coordinamento delle attività di vigilanza, che potrà eventualmente scegliere di disporre l'effettuazione di controlli in materia di sicurezza sul lavoro mirati a specifiche situazioni.

Il d.lgs. n. 81/2008 all'art. 14 non solo chiarisce, come già anticipato, la posizione delle imprese che espletano attività di costruzione, demolizione, manutenzione, riparazione, conservazione, trasformazione, smaltimento di opere fisse in muratura ed in cemento ar-

mato da sempre disciplinate da leggi apposite, quanto anche offre un valido e determinante ausilio (anche se limitatamente alle ipotesi di violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro) per l'identificazione degli organi aventi potere di vigilanza ovvero verosimilmente competenti per l'accertamento della sospensione dell'attività, individuandoli nell'azienda sanitaria locale competente per territorio; nel Ministero dello sviluppo economico (per il settore minerario); nelle Province autonome di Trento e Bolzano (per le industrie estrattive di seconda categoria e le acque minerali e termali); nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco nonché nel personale ispettivo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale che, per talune attività legislativamente previste, potrà agire solo informando preventivamente il servizio di prevenzione e sicurezza dell'ASL competente per territorio; tale attività potrà essere compiuta anche dalle autorità marittime a bordo delle navi ed in ambito portuale, negli uffici di sanità aerea e marittima, nelle autorità portuali ed aeroportuali, per quanto riguarda la sicurezza dei lavoratori a bordo di navi e di aeromobili ed in ambito portuale ed aeroportuale nonché nei servizi sanitari e tecnici istituiti per le Forze armate e per le Forze di polizia e nei Vigili del fuoco.

Alla luce del disposto di cui all'art. 14 TU, al puro scopo «di garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare [...] gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare provvedimenti di sospensione di un'attività imprenditoriale» qualora verificchino: l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro nonché nei casi di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (individuate con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, adottato sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano).

Il legislatore si riserva, contestualmente, anche il diritto di riformare l'elenco preesistente e trascritto nell'allegato I, relativo alla enumerazione delle violazioni, che costituisce il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività, mentre individua con precisione la procedura e gli organi competenti per l'emissione del provvedimento nonché il tempo per il quale l'attività sarà interdetta «alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nonché per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione e comunque non superiore a due anni». Sono individuate, altresì, l'eventuale possibilità di revoca del provvedimento da parte dello stesso organo emittente il provvedimento, la procedura da seguire per proporre ricorso dinanzi alla autorità competente e le sanzioni adottabili.

Lo stesso art. 14 del TU stabilisce che il provvedimento, qualora risulti emesso dall'organo di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, potrà essere oggetto di revoca nel caso in cui si riscontrino: «a) la regolarizzazione dei lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria; b) l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro nelle ipotesi di gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro; c) il pagamento di una somma aggiuntiva unica pari a Euro 2500 rispetto a quelle di cui al comma 6» (art. 14, comma 4, TU). Qualora invece il provvedimento sia stato emesso dall'organo di vigilanza delle aziende sanitarie locali, vi sarà revoca nel caso si verifichi la sussistenza del medesimo requisito appena esposto ovvero «il pagamento di una somma aggiuntiva unica pari a Euro 2500 rispetto a quelle di cui al comma 6» oppure qualora vi sia – a fronte delle riscontrate reiterate violazioni della disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro – un accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro.

Al datore di lavoro inottemperante al provvedimento di sospensione verrà applicata la

pena dell'arresto fino a 6 mesi.

Avverso i provvedimenti di sospensione si potrà comunque proporre ricorso, entro 30 giorni, alla Direzione regionale del lavoro territorialmente competente – per le violazioni riscontrate dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale – o al presidente della Giunta regionale nel caso di provvedimenti emessi dalle AASSLL per violazioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Tali organi sono tenuti a pronunciarsi nel termine di 15 giorni dalla notifica del ricorso, decorsi i quali il provvedimento di sospensione perderà automaticamente la sua efficacia (art. 14, comma 9, TU). Si fa rilevare da un lato la perentorietà di tale termine (15 giorni) e dall'altro il particolare valore che il legislatore attribuisce all'inerzia dell'autorità competente nel caso di presentazione della semplice domanda di opposizione a seguito della quale non è neppure prevista l'opportunità di un esame del merito da parte dell'organo adito, ritenendosi al contrario sufficiente, perché il provvedimento sia considerato inefficace, la sola presentazione del ricorso e il silenzio dell'autorità.


9. Questa breve disamina, se per un verso consente di apprezzare l'impegno del legislatore improntato ad arginare il lungo elenco dei tragici incidenti sul lavoro attraverso il potenziamento della diffusione della cultura della sicurezza a più livelli, la previsione di nuove figure, pene più severe a carico dei trasgressori, maggiori carichi di responsabilità, semplificazioni per le piccole e medie imprese negli adempimenti formali, pur tuttavia evidenzia taluni inevitabili limiti nonché l'insufficienza di parte degli interventi, così come ad oggi formulati.


Si pensi ad esempio alle norme relative al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale o di sito produttivo, che secondo una prima superficiale analisi sembrerebbero incomplete poiché poco esaustive, tanto da contenere un significativo rinvio ai Ccnl o agli accordi collettivi nazionali o di categoria stipulati dalle associazioni di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o comunque a tutti quei compiti formali assegnati al datore di lavoro che sicuramente restano numerosissimi, tanto da rendersi verosimilmente necessario il ricorso all'aiuto di professionisti e società specializzate esterne capaci di fare chiarezza sugli obblighi e responsabilità in materia.


Va indubbiamente riconosciuto grande merito al legislatore del Testo Unico che ha focalizzato finalmente la propria attenzione nel trovare validi rimedi per semplificare le procedure esecutive e svincolare i formalismi collegati alla tutela della sicurezza dalla rigidità burocratica che li caratterizza. Tuttavia, a fronte delle considerazioni sopra svolte occorre rilevare quanto il percorso per il raggiungimento di tali obiettivi sia ancora allo stadio iniziale di modo che si rendono ancora necessari interventi ulteriori e più incisivi in questa direzione.


Antonio Belsito
Avvocato giuslavorista del Foro di Trani


7. Salute e sicurezza (segue)


7.9. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 15).

7.10. Legge 3 agosto 2007, n. 123 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 30).

7.11. Audizione “Sicurezza Stradale” del Ministero del lavoro della salute e delle politiche sociali, 20 gennaio 2009 (il testo della relazione in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

7.12. Conferenza Stato-Regioni-Province Autonome provvedimento 18 settembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 31).

7.13. Conferenza Unificata Stato-Regioni-Province Autonome provvedimento 30 ottobre 2007 (in  *Boll. Adapt*, 2007, n. 42).

7.14. Comunicazione della Commissione europea 24 ottobre 2006, COM(2006)625 final (in  indice A-Z, voce *Sicurezza (obbligo di)*).

(7.9. – 7.14.) Incidenti stradali, autotrasporto, sicurezza sul lavoro

Sommario: **1.** Il quadro europeo e la strategia da seguire. – **2.** La dimensione del fenomeno in Italia. – **3.** Le azioni intraprese nel settore dell'autotrasporto. – **4.** Prospettive future. – **5.** Gli effetti del rinnovo del rapporto di lavoro a tempo determinato. – **6.** Limiti all'applicazione del d.lgs. n. 368/2001. – **7.** Il parere n. 56/2008 del Dipartimento della funzione pubblica: note critiche. – **8.** Conclusioni.

1. Gli incidenti stradali costituiscono per tutti i Paesi europei un'effettiva emergenza oltre che sanitaria anche economica e sociale, risultando essere la prima causa di morte per le fasce d'età comprese tra i 15 e i 35 anni.

Nell'Unione europea, circa un incidente su quattro è addebitabile all'abuso di alcol e sono più di 10.000 le persone che muoiono ogni anno in incidenti stradali alcol-correlati.

L'UE si è prefissata l'obiettivo di dimezzare, entro il 2010, il numero dei morti sulle strade, sollecitando gli Stati membri ad adottare misure adeguate al raggiungimento di questo obiettivo.

Tale emergenza per essere affrontata efficacemente necessita sinergicamente di interventi strutturali, normativi ed educativi.

In tal senso, si è espressa la Commissione europea che, in una comunicazione adottata il 24 ottobre 2006 (in epigrafe, a riguardo cfr. anche la comunicazione *Una strategia dell'UE per sostenere gli Stati membri nel ridurre i danni alcol correlati*, approvata dal Parlamento europeo con la risoluzione del settembre 2007. Tale comunicazione stima che l'applicazione efficace di misure contro la guida in stato di ebbrezza potrebbe ridurre sostanzialmente le morti per incidenti fino al 25% nel caso di uomini, e fino al 10% nel caso di donne, oltre che le lesioni e l'invalidità), ha richiamato la necessità di un approccio multisettoriale e integrato, grazie al quale, a fianco di una rigorosa legislazione che detti regole precise riguardo ai livelli di alcolemia consentiti alla guida (c.d. *BAC Blood alcohol concentration*), siano rafforzate anche le misure di controllo sostenute da campagne educative ed informative.

La complessità e la rilevanza del tema in argomento impongono infatti il coinvolgimento di tutti i livelli istituzionali interessati, siano essi centrali o locali, oltre che l'incremento e la valorizzazione del ruolo delle campagne informative, da svolgersi in particolare nei luoghi di lavoro e nelle scuole, per una corretta percezione dei rischi e degli effetti sulla guida legati a comportamenti scorretti o all'assunzione di alcol o di sostanze stupefacenti. Anche in Italia si registrano dati allarmanti.

L'incidentalità stradale assorbe ormai una fetta non indifferente del PIL (il 2,7% secondo la stima del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali), verificandosi ogni giorno in media più di 630 incidenti stradali, con la morte di 14 persone e il ferimento di altre 900 (i dati sono stati forniti dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali nel corso dell'audizione dal medesimo avuta il 20 gennaio 2009, nell'ambito dell'indagine conoscitiva avviata dalla Commissione Trasporti, Poste e Telecomunicazioni della Camera dei Deputati, in epigrafe).

Questi dati impongono alle istituzioni di riflettere profondamente sulle politiche da intraprendere per aumentare la sicurezza stradale. Appaiono infatti non più dilazionabili interventi incisivi finalizzati ad operare controlli più efficaci specie su quelle che sono state definite "categorie a rischio", ossia i giovani e i lavoratori addetti ad attività di trasporto di passeggeri o di merci o comunque di attività ritenute particolarmente pericolose per l'incolumità del lavoratore o di terzi.

Oltre al crescente numero degli incidenti che vedono coinvolti lavoratori dell'auto-transporto, i dati registrano anche un incremento, seppur lieve, del numero degli infortuni cosiddetti *in itinere*.

Di qui la necessità che la sicurezza stradale diventi parte integrante della strategia di contrasto all'incidentalità sul lavoro e che, nell'ambito delle politiche di prevenzione, sia adeguatamente valorizzata anche l'informazione sui rischi connessi ai tragitti casa-lavoro e lavoro-casa.

2. Seppur dai dati forniti dall'Istat, si riscontra in Italia, fra il 2007 (complessivamente, nel 2007, l'Istat ha registrato più di 230.000 incidenti stradali, che hanno causato il decesso di 5.131 persone, mentre altre 325.850 hanno subito lesioni di diversa gravità) ed il 2006, una diminuzione del numero degli incidenti (- 3,0%) e dei feriti (- 2,1%) e un calo più consistente del numero dei morti (9,5%). I dati che si registrano sono comunque preoccupanti. Ciò, anche tenuto conto del fatto che la fascia più colpita risulta essere proprio quella dei giovani, i quali sono destinati a dover pagare un più lungo tributo in termini di disabilità e a costituire un peso oneroso per le proprie famiglie e per la società (dai dati Istat risultano, per il solo 2007, più di 550 decessi e oltre 38.000 feriti).

Se poi si guarda specificamente ai dati relativi agli infortuni occorsi in occasione di lavoro "su strada" e *in itinere*, si comprende come la "sicurezza stradale" meriti la massima attenzione anche nell'ambito della politica di prevenzione in tema di sicurezza sul lavoro. Nell'anno 2007, l'Istat ha infatti registrato 1.207 decessi di lavoratori, di cui 907 avvenuti in "occasione di lavoro" e, in particolare, 342 "su strada" (le categorie coinvolte sono gli autotrasportatori di merci o persone, i rappresentanti di commercio, ecc.). Dei predetti 1.207 decessi, 300 sono invece avvenuti *in itinere*, ossia non sono legati allo specifico rischio lavorativo. Di questi ultimi la stragrande maggioranza si è verificata proprio "su strada" (287 casi su 300).

Pertanto, se si sommano tutti gli infortuni mortali occorsi sulla strada, sia quelli legati all'attività lavorativa sia quelli *in itinere*, risultano avvenuti, nel 2007, 629 decessi, ovvero un numero pari al 52% del totale dei decessi sul lavoro.

Laddove si mettano poi a confronto i dati Istat del 2006 con quelli del 2007, pur potendosi accertare un andamento decrescente dell'incidentalità pari al 10%, emerge comunque un quadro preoccupante, se si considera che il dato relativo al numero dei decessi derivanti da infortuni *in itinere* registra un leggero aumento rispetto al 2006 (da 271 nel 2006 si passa a 287 nel 2007 e tuttavia si rileva una diminuzione dei decessi in occasione di lavoro "su strada", dove si passa da 421 decessi del 2006, a 342 nel 2007).

Volendo poi analizzare i dati relativi alle cause degli incidenti stradali, deve rilevarsi che, fra il 2006 ed il 2007, non emergono significative differenze. Ed infatti, permangono, quali principali cause di incidente (pari al 45%), il mancato rispetto delle regole di precedenza, la guida distratta e la velocità troppo elevata. Lo stato psico-fisico alterato del conducente, pur non rappresentando una percentuale elevata del totale dei casi di incidente (è stato stimato il 3,1%), assume tuttavia importanza per la gravità degli eventi. Le cause che determinano tale condizione sono rappresentate, principalmente, dall'abuso di alcol (6.124 casi pari al 68% della categoria), ma anche da malore, da ingestione di sostanze stupefacenti o psicotrope e dal sonno (queste, con 2.612 casi, incidono per il 29%).

3. Si è detto in premessa dell'importanza di ripensare la sicurezza sul lavoro in un'ottica più ampia, tesa a ricomprendere anche tutte quelle azioni volte a diminuire l'incidentalità

stradale. Dai dati illustrati emerge in modo evidente la necessità che nelle politiche di *workfare* siano adeguatamente affrontati anche i temi legati alla sicurezza stradale. Appare infatti inaccettabile che più della metà dei decessi sul lavoro avvenga “su strada”.

In tale ottica, sul fronte sanitario, senza entrare nello specifico delle azioni intraprese basti ricordare le attività proprie poste in essere dell'amministrazione sanitaria centrale con il Piano Nazionale della Prevenzione (PNP) 2005/2008. Nell'accordo Stato-Regioni di recepimento del PNP, largo spazio è stato infatti dato alla prevenzione degli incidenti stradali ed è stato affidato al Centro per il Controllo delle Malattie del Ministero (CCM) il compito di sostenere le Regioni nella realizzazione degli obiettivi fissati, oltre che di verificarne e certificarne il raggiungimento. Questo è stato possibile, da un lato, grazie al consolidamento di un sistema di sorveglianza per la costruzione di una rete nazionale che integri il sistema di monitoraggio esistente gestito dall'ACI e dall'Istat, al fine di incrementare i flussi informativi per migliorare le conoscenze sulle modalità e sulle cause di accadimento degli incidenti; dall'altro, tramite il miglioramento del livello di integrazione e sinergia degli interventi tra tutti i soggetti interessati. In questa prospettiva, il Ministro, nel corso dell'audizione sulla sicurezza stradale del 20 gennaio 2009 si è manifestato disponibile, nell'ambito del nuovo Piano Nazionale della Prevenzione 2009/2011, a consolidare e rilanciare gli interventi realizzati nel precedente PNP, utili a influire positivamente sui comportamenti personali e collettivi, favorendo l'adozione di corretti stili di vita e di guida. Ciò nella convinzione che, approfondendo ulteriormente le conoscenze sulle motivazioni e sulle cause che determinano gli incidenti, si possano individuare e attuare le più opportune strategie di prevenzione e verificarne l'efficacia sul piano pratico attraverso un opportuno monitoraggio. Dopo aver passato velocemente in rassegna tali iniziative e soffermandoci invece sulle specifiche iniziative avviate sul fronte “lavoro”, un'attenzione particolare meritano quelle dedicate espressamente alla categoria che risulta, per ovvie ragioni, essere stata definita come una “categoria a rischio”, ossia quella dei lavoratori dell'autotrasporto.

A tutela della salute dei lavoratori stessi ma anche della collettività, le istituzioni hanno recentemente dichiarato di voler assumere nei loro riguardi un atteggiamento di “tolleranza zero”, anche in ragione della gravità delle conseguenze che derivano dagli incidenti dagli stessi provocati.

Pur riconoscendo l'importanza delle campagne informative e dell'educazione stradale, è indubbio che un ruolo cruciale debba essere assegnato ai “controlli”, da effettuarsi sia preliminarmente all'assegnazione alla mansione, sia periodicamente nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro.

D'altronde, a parte la funzione deterrente, appare evidente come un'attenta attività di controllo diminuisca sensibilmente il rischio che lo svolgimento di attività di trasporto di passeggeri o di merci o comunque di attività ritenute particolarmente pericolose per l'incolumità del lavoratore o di terzi, avvenga da parte di persone non in condizioni di idoneità psicofisica.

In tale prospettiva, merita menzione, per la sistematicità delle verifiche che con essa sono state avviate, l'intesa, sottoscritta il 30 ottobre 2007 (in epigrafe), tra Governo, Regioni e Province autonome in materia di accertamento di assenza di tossicodipendenza e di uso sporadico di sostanze stupefacenti e psicotrope, nei lavoratori addetti alle attività di trasporto di passeggeri e merci pericolose e nelle altre attività individuate come particolarmente pericolose per i lavoratori stessi e per i terzi.

In verità, tali accertamenti sono stati resi operativi solo relativamente di recente, grazie ad un documento predisposto dal Ministero del lavoro (recepito in un apposito accordo tra Stato, Regioni e Province autonome, siglato il 18 settembre 2008, in epigrafe), con il quale sono state fissate le procedure diagnostiche e medico legali, comprese le modalità di prelievo, conservazione e catena di custodia dei campioni.

Grazie a tale intervento è stata infatti avviata concretamente l'attività di sorveglianza sanitaria da parte dei medici competenti, prevista dall'art. 41, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008 (in epigrafe), per la verifica di assenza di condizioni di assunzione di sostanze psicotrope e stupefacenti.

Se dunque può dirsi raggiunto un primo valido risultato, deve tuttavia rilevarsi che gli accertamenti sanitari in questione sono di fatto, allo stato, obbligatori solo per i lavoratori subordinati e non già per quelli autonomi, per i quali essi rappresentano una mera facoltà (cfr. art. 21 del d.lgs. n. 81/2008).

Data la rilevanza del tema e i numeri ancora allarmanti degli incidenti, anche mortali, derivanti dall'uso di sostanze stupefacenti o dall'alcol, appare a chi scrive quanto mai opportuna una specifica riflessione da parte delle istituzioni competenti, finalizzata a valutare l'estensione anche ai lavoratori autonomi dell'obbligo di sottoporsi a specifici accertamenti sanitari, sulla falsariga di quelli previsti per i lavoratori subordinati.

È chiaro poi che gli effetti di tale sistematica azione di sorveglianza sanitaria dovranno comunque essere oggetto di monitoraggio e valutazione nel tempo. Ciò, sia per quanto riguarda l'applicazione effettiva dei controlli previsti, sia per quanto concerne l'efficacia delle procedure (in tal senso si esprime la citata intesa Stato-Regioni-Province Autonome del 2007). Esse non devono infatti tradursi in un inutile appesantimento burocratico o in un ostacolo alla regolare attività delle aziende (specie, quelle medio piccole), né causare disfunzioni per le imprese multi-localizzate, in ragione di difformi interpretazioni o applicazioni delle procedure stesse fra Regione e Regione.

Accanto a tale iniziativa, merita un cenno anche quella promossa dal Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio dei Ministri, finalizzata alla costituzione di un tavolo di lavoro per la sperimentazione di *drug test* sia in fase preventiva, ai fini dell'ottenimento della certificazione sanitaria di idoneità alla guida, sia per il controllo su strada dei soggetti con sospette condizioni di alterazione psichica derivanti da abuso di sostanze psicotrope.

Con tale iniziativa, alla quale ha aderito anche il Ministero del lavoro, si intende infatti mettere a punto tecniche analitiche e modalità operative per consentire una rapida identificazione di soggetti "a rischio".

È chiaro tuttavia che il successo di questa iniziativa è strettamente connesso alla sua "fruibilità". Laddove infatti dovessero emergere oggettive difficoltà di carattere operativo o comunque le procedure dovessero risultare evidentemente diseconomiche, l'iniziativa stessa potrebbe non avere successo.

Appare, pertanto, cruciale che l'operatività del progetto sia condotta con procedure quanto più semplificate, di fatto gestibili autonomamente dalle forze di polizia, come, d'altronde, già accade per l'*alcol test*.

Sempre sul fronte dei controlli, merita poi sicura menzione l'ulteriore attività svolta dagli ispettori del Ministero del lavoro, finalizzata alla verifica non solo della regolarità del rapporto di lavoro e dei connessi adempimenti previdenziali, ma anche al controllo dell'orario di lavoro nonché dei tempi di guida e di riposo dei conducenti. Essa ha, infatti, un impatto rilevante sia sulla sicurezza stradale, contribuendo fattivamente alla diminuzione degli incidenti su strada, sia sulla tutela della salute dei lavoratori interessati, a volte costretti a ritmi eccessivamente gravosi, altre volte partecipi di condotte in contrasto con la normativa di settore.

Da dati forniti dal Ministero (cfr. audizione del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, vedi *supra*), è emerso che nel 2007 (quanto al 2008, il Ministro, nel corso della richiamata audizione, ha fornito solo una rilevazione statistica dell'andamento dei controlli, non essendo disponibile la statistica dei dati relativi a tutto il territorio nazionale. Tuttavia ha anticipato che, rispetto all'anno precedente, risulta un incremento dei controlli per imprese e conducenti, limitatamente alle realtà esaminate) sono state sotto-

poste ad ispezione 4.399 imprese operanti nel settore del trasporto su strada (delle quali 175 relativamente al trasporto di persone e 4.224 relativamente al trasporto merci) e si è registrata una diminuzione delle infrazioni accertate nel settore del trasporto di persone, a fronte di un aumento delle infrazioni nel settore del trasporto merci, dove le contestazioni sono state più di 15.000.

A riguardo sono da segnalare due dati: il primo è che risultano più elevate le infrazioni accertate in relazione alle disposizioni del regolamento comunitario (CEE) n. 3821/85 del Consiglio del 20 dicembre 1985 (relativo all'apparecchio di controllo nel settore dei trasporti su strada, in *GUCE*, 31 dicembre 1985, L370, 8-21) sull'uso dell'apparecchio di controllo dei tempi di guida e di riposo, e sulla conservazione e utilizzazione corretta dei relativi fogli di registrazione; il secondo, è che sono risultate altresì frequenti le violazioni relative al superamento degli orari di guida ed all'omessa conservazione dei dischi, in particolare, nel settore del trasporto internazionale.

Interessante appare inoltre il progetto sperimentale avviato dal Ministero del lavoro per la costituzione di gruppi di intervento misti al fine di consentire la partecipazione degli ispettori del lavoro all'attività di controllo su strada, organizzata congiuntamente al Ministero delle Infrastrutture e a quello dell'Interno (servizio di polizia stradale).

Il progetto si pone due fondamentali obiettivi: il primo è quello di rendere più efficace e rilevante l'attività di vigilanza nel settore dell'autotrasporto (visto che la direttiva n. 2006/22/CE prevede che già a partire dall'anno in corso almeno il 50% delle verifiche sui tempi di guida e di riposo debba essere effettuato presso le sedi delle imprese); il secondo è quello di semplificare le procedure di avvio degli accertamenti di competenza delle Direzioni provinciali del lavoro presso le sedi delle imprese di autotrasporto oggetto di controllo su strada.

In sede di prima applicazione, il progetto prevede che l'attività di controllo si focalizzi sulle aree geografiche che rappresentano i principali punti di snodo delle relazioni di traffico comunitarie e internazionali ed, in quest'ottica, sono state già svolte diverse operazioni in Veneto e nella provincia di Bologna.

Un problema ancora aperto resta invece quello della sorveglianza sanitaria del personale autista che effettua lavoro notturno. L'obbligo dettato dal d.lgs. n. 66/2003 che impone al predetto personale specifiche visite mediche appare, infatti, ampiamente disatteso dalle imprese del settore, nonostante la notevole rilevanza sulla riduzione dell'incidentalità stradale.

Sul punto deve, pertanto, auspicarsi una rapida azione di contrasto da parte del Ministero, grazie alla programmazione di una specifica attività di vigilanza e controllo su tali imprese, a tutela della salute dei lavoratori interessati ma anche, più in generale, della sicurezza stradale dei cittadini.

Anche con riferimento all'incidentalità derivante dall'uso di alcol, sono state avviate diverse rilevanti azioni.

A valle di un recente evento organizzato dalla Consulta nazionale sull'alcol e sui problemi alcol correlati, operante presso il Ministero del lavoro, sono stati messi a confronto sia gli attori istituzionali impegnati in questo ambito sia il mondo della produzione, e sono state avanzate diverse proposte di intervento per contrastare il rischio sociale e sanitario alcol correlato in Italia (cfr. Prima Conferenza nazionale sull'alcol del 20 e 21 ottobre 2008).

Una specifica attenzione è stata rivolta ai giovani ed ai lavoratori del settore dell'autotrasporto.

Quanto ai primi, si è confermata l'esigenza di introdurre misure rivolte ad una maggiore tutela delle giovani generazioni, come, ad esempio, quella di inserire, nei test per l'ottenimento del patentino per la guida dei motocicli e successivamente per l'ottenimento della patente a 18 anni, *quiz* specifici sulle misure e gli effetti collegati all'uso di sostanze

alcol correlate. L'obiettivo è infatti quello di precludere preventivamente la guida a persone tossicodipendenti o alcol dipendenti o anche a persone che facciano uso frequente di sostanze che possano comunque alterare lo stato psicofisico durante la guida (con riferimento all'uso di sostanze che possano alterare lo stato psicofisico durante la guida, il Ministro ha, nel corso dell'audizione già citata, richiamato l'esigenza di un coinvolgimento anche del settore farmaceutico affinché siano adeguatamente evidenziati e segnalati – magari sulle confezioni – gli effetti negativi dei farmaci che agiscono sul sistema nervoso centrale e quindi riducono l'attenzione della capacità di guida, ad es. psicofarmaci, antiallergici, alcuni tipi di miorilassanti e farmaci cardiologici).

Quanto ai secondi, è stata ricordata la necessità di un rafforzamento dei controlli per specifiche categorie di conducenti, come ad esempio, per i soggetti con patenti superiori (per i quali, si richiede un progetto speciale per le difficoltà specifiche che i controlli alcolimetrici in strada determinano) o per i conducenti di mezzi di navigazione marittima, aerea e di trasporto su rotaie.

In conclusione, la posizione assunta dal Ministero nei riguardi di tali categorie è stata quella della "tolleranza zero" rispetto all'uso dell'alcol, nel senso di precluderne in termini assoluti l'assunzione, a fronte dell'attuale livello consentito pari a 0,5 g/l.

Seguendo questa linea, è stata inoltre manifestata l'esigenza di intensificare i controlli sui lavoratori dell'autotrasporto, specie in quelle aree geografiche che risultano particolarmente esposte all'ingresso di conducenti che possano avere costumi alimentari caratterizzati dall'uso abituale (e in ipotesi non regolamentato) di bevande alcoliche.

È stata infine ribadita l'utilità, da un lato, di interventi di informazione, per rendere facilmente comprensibili i reali limiti di tollerabilità dell'alcol; dall'altro, di campagne di sensibilizzazione per incrementare la consapevolezza del rischio connesso all'alcol alla guida.

4. Volendo trarre una prima conclusione può dirsi sicuramente avviata, anche nell'ambito delle politiche di *workfare*, una campagna di concreta sensibilizzazione sui temi della sicurezza stradale.

Sono state effettivamente intraprese diverse azioni positive per limitare l'incidentalità. Dalle campagne informative, all'educazione stradale; dalle politiche di prevenzione a quelle di controllo; da iniziative normative tese a ridurre, in particolare per le categorie a rischio, il livello consentito di alcol alla guida, ad iniziative di carattere infrastrutturale, per migliorare le strade e incrementare i mezzi di comunicazione alternativi a quelli propri.

Pur apprezzando le numerose iniziative avviate dai diversi attori istituzionali interessati, deve tuttavia rilevarsi l'opportunità che le stesse trovino sintesi, ad esempio in una "cabina di regia", per consentirne un efficace e fattivo coordinamento, evitando possibili disconomie e sovrapposizioni.

Guardando al futuro, molte azioni possono tuttavia essere ancora intraprese o comunque efficacemente supportate.

Limitandosi a quelle di competenza del Ministero del lavoro, appare primaria la necessità che prosegua il processo di complessiva rivisitazione e ammodernamento delle regole sulla sicurezza iniziato con la l. n. 123/2007 (in epigrafe) e proseguito con il d.lgs. n. 81/2008.

Infatti, per quanto sia riduttivo pensare che tale obiettivo possa essere realizzato per mezzo di una modifica delle norme in materia, non può negarsi che un fattore determinante per l'abbattimento degli incidenti sul lavoro è la creazione di un modello legale differente da quello vigente ed in grado di prevenire meglio di quanto oggi accada il rischio di infortuni sul lavoro, siano essi avvenuti "in occasione di lavoro, "su strada" o *in itinere*.

A tal riguardo, merita una sicura riflessione l'opportunità di consentire al medico competente di effettuare visite mediche anche in fase preassuntiva, specie con riferimento ai la-

voratori addetti alle attività di trasporto di passeggeri o di merci o comunque di attività ritenute particolarmente pericolose per l'incolumità del lavoratore o di terzi. Ed infatti, alla luce delle considerazioni sopra svolte, tale opportunità appare quanto mai necessaria a garanzia e tutela della salute sia del lavoratore sia di terzi incolpevoli che possono essere, loro malgrado, coinvolti in gravi incidenti dagli stessi provocati.

Ad ogni modo, in termini più generali, non può sottacersi la necessità che siano incrementati i controlli sulle categorie a rischio, agendo anche in un'ottica preventiva, migliorando, ad esempio, la certificazione medica di idoneità alla guida sia iniziale sia successiva a fatti di salute (come patologie neurologiche o psichiche) o a episodi di guida pericolosa (come, ad esempio, nel caso di guida in stato di ebbrezza o sotto sostanze stupefacenti). Ed ancora, non può non richiamarsi la necessità che siano migliorati i servizi per le tossicodipendenze, per rendere più efficaci gli interventi preventivi e di disassuefazione, o ancora la necessità che siano ulteriormente migliorati, a livello qualitativo e quantitativo, i servizi ospedalieri e territoriali di emergenza, incrementando anche il supporto psicologico ai familiari colpiti da incidenti stradali.

Antonella Valeriani
Dirigente dell'Ufficio di Gabinetto del Ministro
Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO


Contrattazione collettiva

- *efficacia nei confronti del lavoratore non iscritto al sindacato (1.1.)*

Istruzione e formazione

- *prospettive della cooperazione europea (2.1. – 2.4.)*

*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. Contrattazione collettiva

1.1. C. Giust. 18 dicembre 2008, causa C-306/07, *Højesteret (Danimarca), Ruben Andersen c. Kommunernes Landsforening*, in qualità di rappresentante del Comune di Slagelse (già Comune di Skælskør) (in *EU Boll. Adapt*, 2009, n. 4).

Informazione ai lavoratori - Direttiva n. 91/533/CEE - Art. 8, n. 1 e 2 - Lavoratori “co-perti” da un contratto collettivo - Nozione di contratto o di rapporto di lavoro temporaneo.

La direttiva n. 91/533/CEE, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, non osta ad una normativa nazionale in base alla quale un contratto collettivo che garantisce la trasposizione nel diritto nazionale della direttiva, sia applicabile ad un lavoratore che non sia membro di alcuna organizzazione sindacale firmataria di tale contratto collettivo.

L'espressione «contratto o rapporto di lavoro temporaneo» contenuta nell'art. 8, n. 2, comma 2, della direttiva n. 91/533/CEE deve essere interpretata nel senso che essa prende in considerazione contratti e rapporti di lavoro di breve durata. In assenza di norme adottate a tal fine dalla normativa di uno Stato membro, spetta ai giudici nazionali stabilire tale durata caso per caso e in funzione della specificità di taluni settori o di determinate occupazioni e attività.

L'ambito di applicazione del contratto collettivo che garantisce la trasposizione del contenuto di una direttiva

Sommario: 1. Il fatto. – 2. Estensione dell'ambito soggettivo del contratto collettivo che garantisce la trasposizione di una direttiva: gli effetti della pronuncia della Corte di Giustizia. – 3. La nozione di lavoratore temporaneo.

1. Con la sentenza 18 dicembre 2008 (causa C-306/07, in epigrafe) la Corte di Giustizia ha affermato che un contratto collettivo che garantisce la trasposizione nel diritto nazionale di una direttiva comunitaria è applicabile anche ad un lavoratore che non appartenga ad alcuna organizzazione sindacale firmataria di tale contratto. L'occasione per la affermazione di questo importante principio è offerta da alcune domande di chiarimenti poste dalla Corte di Cassazione danese nel contesto di un processo in cui un lavoratore, titolare di una serie di contratti di reinserimento professionale conclusi con un comune della Danimarca, aveva sostenuto l'inapplicabilità di un contratto collettivo di recepimento della direttiva n. 91/533/CEE, meno favorevole rispetto al contenuto della legge di trasposizione della direttiva stessa, in base alla sua non appartenenza all'organizzazione sindacale firmataria del contratto.

In relazione alla direttiva n. 91/533/CEE la legislazione danese, peraltro, conformandosi a quanto statuito dall'art. 9 ha adottato una duplice strategia: da un lato, ha approvato una legge relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al rapporto di lavoro; dall'altro, ne ha riconosciuto il carattere sussidiario privilegiando l'applicazione di eventuali contratti collettivi in linea con il contenuto della direttiva. Nel caso di specie questo assetto ha determinato conseguenze divergenti fra loro: qualora, infatti, il prestatore di lavoro si fosse potuto appellare alle clausole della legge sarebbe stato autorizzato ad adire direttamente le vie legali, senza previa messa in mora del datore di lavoro; qualora, invece, avesse dovuto far riferimento soltanto al contratto collettivo non avrebbe avuto diritto alla stessa tutela ma bensì ad una tutela diversa. Il contratto collettivo dei dipendenti comunali – che secondo quanto affermato dal giudice

danese trova applicazione nei confronti di tutti i dipendenti municipali siano o meno sindacalizzati – subordina, infatti, differentemente da quanto stabilito dalla legge nazionale, l'esercizio dell'azione giudiziaria alla preventiva costituzione in mora del datore di lavoro, diretta ad ottenere una lettera di assunzione conforme ai requisiti della direttiva n. 91/533/CEE, e a poter far dichiarare l'inadempimento di questi solo ove il termine di 15 giorni dalla formulazione della richiesta sia decorso inutilmente.

Nel giudizio portato all'attenzione della Corte di Giustizia il lavoratore, proprio in ragione di questo divergente risultato, ha dedotto innanzi al giudice nazionale l'inapplicabilità nei propri confronti delle disposizioni del contratto collettivo, per non essere iscritto all'organizzazione sindacale firmataria e ha fondato la propria domanda risarcitoria sulle disposizioni della legge che non prevedono l'esperimento di tale procedura. Il giudice nazionale ha chiesto, pertanto, alla Corte di Giustizia di stabilire se l'art. 8, n. 1, della direttiva n. 91/533/CEE ai sensi del quale «gli stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratore che si ritenga lesa dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale dopo aver fatto eventualmente ricorso ad altri organi competenti» contrasti con una normativa in base alla quale un contratto collettivo, che garantisce la trasposizione nel diritto nazionale della direttiva, sia applicabile anche ai lavoratori che non appartengano ad una organizzazione sindacale firmataria del contratto.

2. La Corte aveva già affrontato in passato questioni analoghe relative alla possibilità di delegare ai rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori l'attuazione di norme comunitarie. Così ad esempio, nella sentenza 28 ottobre 1999, C-187/98, resa nei confronti del sistema di relazioni industriali della Grecia la Corte aveva affermato che per quanto è lecito che gli Stati membri affidino la realizzazione del principio della parità delle retribuzioni in primo luogo alle parti sociali (in precedenza, si veda la sentenza 30 gennaio 1985, C-143/83), questa facoltà non li dispensa, tuttavia, dall'obbligo di garantire, mediante opportuni provvedimenti legislativi, regolamentari o amministrativi, che tutti i lavoratori fruiscono della tutela stabilita dalla direttiva in tutta la sua ampiezza. Secondo la Corte, infatti, la garanzia statale deve intervenire in tutti i casi in cui manchi un'altra tutela effettiva, qualunque sia la causa di questa mancanza, e in particolare qualora i lavoratori non facciano parte di un sindacato ovvero, per il settore di cui trattasi, non esista un contratto collettivo ovvero il contratto collettivo non garantisca il principio proprio della direttiva in tutta la sua ampiezza.

Anche in questo caso, dunque, è lo Stato a dover garantire che nessun gruppo resti escluso dalla copertura della direttiva n. 91/533/CEE, mentre la direttiva stessa si limita ad enucleare alcune ipotesi di situazioni nelle quali il lavoratore non dispone di altra difesa diversa da quella legale. Ciò non toglie che alcune di queste situazioni di mancanza di tutela si atteggino in maniera differente a seconda del sistema di relazioni industriali nel quale insorgano. La direttiva dunque, non può che prendere atto di tali divergenze e far rientrare fra i compiti degli ordinamenti giuridici la decisione circa la capacità vincolante e l'ambito di estensione dei contratti collettivi, soprattutto in relazione alla possibilità di estendere il contenuto del contratto al di là delle parti contrattuali (per una panoramica comparata della possibilità di estensione dei contratti collettivi, si veda EUROPEAN COMMISSION, *Industrial Relations in Europe 2006*, in *Boll. Adapt*, 2006, n. 64).

Quindi, se – come accade in alcuni stati membri – il contratto collettivo non può essere invocato dai lavoratori non iscritti, entra in gioco la disposizione statale adottata a tal fine; in caso contrario, la legge di recepimento opera soltanto in via sussidiaria.

Con riferimento alla situazione interna appare sempre attuale il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 1986, C-235/84, relativa proprio alle peculiarità del nostro sistema (si veda anche, in relazione alla situazione del Belgio, la sentenza della Corte di Giustizia 28 marzo 1985, C-215/83). In quel caso, lo spunto era stato offerto alla Corte

dalla mancata conformazione in via integrale e nei termini prescritti della Repubblica Italiana alla direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti e, più precisamente, del suo art. 6, n. 1 e n. 2, relativo all'introduzione in ciascun ordinamento delle procedure di informazione e consultazione.

All'epoca il sistema italiano prevedeva, in caso di trasferimento di impresa, l'esperimento obbligatorio di talune procedure di informazione e di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori sia attraverso lo strumento dei contratti collettivi sia attraverso lo strumento legislativo (cfr. l. 26 maggio 1978, n. 215). Secondo il giudizio della Corte, tuttavia, gli atti suddetti non garantivano l'adempimento generale e incondizionato degli obblighi derivanti dalla direttiva per essere, da un lato, il campo di applicazione dei contratti collettivi «limitato [...] alle organizzazioni imprenditoriali o imprese nonché alle organizzazioni sindacali contraenti»; dall'altro, la l. n. 215/1978, a carattere eccezionale e, quindi, anch'essa con un campo di applicazione limitato. La Corte, proprio con riferimento a quella fattispecie non mancò di sottolineare che nel sistema italiano i contratti collettivi «per quanto diffusi e significativi possano essere [...] creano obblighi unicamente nell'ambito dei rapporti tra i lavoratori membri dell'organizzazione sindacale di cui trattasi e i datori di lavoro o le imprese vincolati dai contratti stessi» e, pertanto, non sono in grado rendere sussidiario il ruolo della legge.

Nonostante che la pronuncia della Corte si possa considerare risalente nel tempo, essa tuttavia, ancora oggi fotografa quella che è la caratteristica situazione del nostro sistema di relazioni industriali, ridimensionando pertanto la portata del principio enunciato dalla Corte nella pronuncia in commento. La peculiarità del nostro sistema, infatti, rende difficile – eccettuata qualche rara eccezione – considerare in termini di alternatività strumento legislativo e strumento negoziale.

Nella sentenza in commento, peraltro, la Corte ritorna sul punto dell'efficacia dei contratti collettivi anche nel prosieguo del testo della sentenza. Mentre, infatti, l'art. 8, n. 2, della direttiva attribuisce agli Stati membri la facoltà di subordinare la tutela in giudizio dei diritti riconosciuti al previo adempimento di una formalità consistente nella concessione al datore di lavoro di un ulteriore lasso di tempo di 15 giorni per provvedere alla rettifica, il comma 2 dello stesso articolo introduce delle eccezioni. In particolare, non richiede la previa messa in mora qualora il rispetto del diritto di informazione sia richiesto da parte del lavoratore espatriato ovvero da parte di colui che abbia un contratto o un rapporto di lavoro temporaneo ovvero da parte di colui che non è coperto da un o da contratti collettivi che hanno attinenza con il rapporto di lavoro. Anche in relazione a questo ultimo punto, la Corte afferma quanto statuito in precedenza ritenendo che neanche l'art. 8, n. 2, comma 2, della direttiva n. 91/533/CEE considera l'adesione ad un sindacato quale fattore determinante affinché un dipendente sia tutelato da un contratto collettivo che recepisce la norma comunitaria. Secondo la Corte, infatti, la direttiva n. 91/533/CEE con quell'inciso non intende concretizzare la definizione della sfera *ratione personae* dei contratti collettivi di recepimento, lasciando tale compito ai legislatori nazionali.

3. Il lavoratore, peraltro, non si limita ad inferire l'inapplicabilità del contratto collettivo nei suoi confronti dalla sua non appartenenza ad una organizzazione sindacale firmataria del contratto, ma cerca di argomentarla altresì dal presunto carattere temporaneo del suo rapporto di lavoro. Secondo quanto stabilito dalla direttiva n. 91/533/CEE l'obbligo di mettere in mora il datore di lavoro non ricorre nei confronti dei lavoratori con un contratto o rapporto di lavoro “temporaneo”.

I dubbi del giudice *a quo* circa il significato dell'espressione «contratto o rapporto di lavoro temporaneo» utilizzata dall'art. 8, n. 2, della direttiva – nessuna direttiva comunitaria impiega tale terminologia – fanno formulare una richiesta di chiarimenti anche in or-

dine al preciso significato da attribuire a tale termine, ossia se con esso si faccia riferimento a tutti i rapporti a tempo determinato ovvero solamente a quelli di breve durata. La Corte ritiene di non potere identificare i confini di tale categoria con riferimento a tutti i lavoratori assunti a tempo determinato ma di doverla circoscrivere ai soli lavoratori titolari di rapporti di breve durata. Secondo la Corte, infatti, le eccezioni alla previa messa in mora inserite nell'art. 8, n. 2, comma 2, della direttiva sono volte ad evitare che l'adempimento delle formalità preliminari al ricorso giurisdizionale rendano difficile la tutela per i lavoratori più svantaggiati. Questo significa che non può essere giustificata l'esclusione da tale adempimento di tutti i lavoratori assunti con un contratto di lavoro a tempo determinato, pena una mancanza di coerenza con gli altri strumenti di disciplina normativa ed in particolare con l'affermazione del principio di uguaglianza fra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato contenuto nella direttiva del 1999. Se, infatti, le due categorie di lavoratori godono di diritti identici allora devono essere assoggettati agli stessi obblighi, compresi quelli di forma relativi alla costituzione del contratto.

La Corte, tuttavia, non si spinge oltre. Tenendo fermi i principi già affermati in relazione all'interpretazione delle norme di diritto comunitario, ritiene che soltanto gli Stati membri, in mancanza di indicazioni nella direttiva n. 91/533/CEE, possano determinare nell'atto legislativo di recepimento l'ambito temporale di durata del contratto in relazione alla quale il lavoratore è dispensato dall'obbligo di costituire in mora il datore di lavoro. Peraltro, in assenza di una normativa interna che specifichi i vari profili della direttiva n. 91/533/CEE la durata dovrà essere determinata dal giudice nazionale caso per caso e in funzione della specificità dei singoli settori, occupazioni ed attività, ma senza pregiudizio del diritto dei lavoratori ad avvalersi della tutela giurisdizionale.

Con riferimento al nostro sistema il compito del giudice appare semplificato dalla previsione dell'art. 5 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152 (*Attuazione della direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro*) secondo la quale gli obblighi di informazione non trovano applicazione, tra l'altro, «nei rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore ad un mese e il cui orario non superi le otto ore settimanali». Qualsiasi rapporto, quindi, che abbia tali requisiti potrebbe a buon diritto integrare la nozione di «breve durata» determinata dalla Corte nella pronuncia in commento, rapporto di lavoro a tempo determinato compreso. Dubbi, invece, possono insorgere in relazione alla inclusione nell'area di operatività dell'art. 5 della fattispecie del «lavoro accessorio». In questo caso, infatti, pur essendo altamente probabile che nei fatti proprio questi rapporti presentino caratteri di durata analoghi a quelli descritti dall'art. 5 del d.lgs. n. 152/1997, il loro inquadramento all'interno della categoria del lavoro autonomo rende difficoltosa la applicabilità dell'intero decreto legislativo.

Maria Paola Monaco

Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli studi di Firenze

2. Istruzione e formazione

2.1. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *An updated strategic framework for European cooperation in education and training*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)865 final, 16 dicembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

2.2. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Nuove competenze per nuovi lavori. Prevedere le esigenze del mercato del lavoro e le competenze professionali e rispondervi*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2008)868, 16 dicembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).

2.3. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions New Skills for New Jobs. Anticipating and matching labour market and skills needs*, SEC(2008)3058/2, 16 dicembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 1).

2.4. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles*, 7652/08, 13 e 14 marzo 2008 (in *Boll. Adapt*, 2008, n. 10).

(2.1. – 2.4.) La cooperazione europea nel settore dell'istruzione e della formazione

Sommario: **1.** Perché un quadro strategico aggiornato per la cooperazione europea nel campo dell'istruzione e della formazione? – **2.** Le sfide a lungo termine per l'Europa. – **3.** I nuovi fabbisogni formativi per un mercato del lavoro in continua evoluzione: *New skills for new jobs*. – **4.** Costruire il futuro Metodo Aperto di Coordinamento (MAC).

1. Obiettivo del presente contributo è illustrare il nuovo quadro strategico per la cooperazione in Europa nel settore dell'istruzione e della formazione, aggiornato in vista della prossima scadenza del programma di lavoro *Istruzione e formazione 2010* elaborato dai Consigli Istruzione (EDUCATION COUNCIL, *The concrete future objectives of education and training systems*, Report from the Education Council to the European Council, n. 5980/01, 12 febbraio 2001) e approvato nel marzo 2002 al fine di contribuire a raggiungere gli obiettivi di Lisbona (CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Barcellona*, SN 100/1/02 REV 1, 15 e 16 marzo 2002, § 43). Nonostante i risultati positivi di tale programma di lavoro (un'agenda comune per le riforme, uno scambio strutturato di buone pratiche tra Paesi, un regolare monitoraggio basato su comuni indicatori statistici e lo sviluppo di strumenti a sostegno delle riforme nazionali), esso necessita di una revisione, come è stato messo in luce dal Consiglio europeo di marzo 2008 (CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles*, n. 7652/08, 13 e 14 marzo 2008, in epigrafe).

Il quadro strategico va letto alla luce degli obiettivi di Lisbona, in vista dei quali è fondamentale aggiornare e migliorare le competenze per raggiungere un alto livello di crescita e occupazione basate sulla conoscenza, ai fini della coesione sociale e della competitività economica delle imprese e dell'economia in generale (per un commento sul rilancio della Strategia (2005) e la formazione: M. TIRABOSCHI, *Investire sulla conoscenza e le sedi dell'alta formazione: il ruolo strategico delle Università per conseguire gli obiettivi di Lisbona* (nota a COM(2005)152), e G. TIRABOSCHI, *Il rilancio della Strategia di Lisbona in ambito educativo* (nota a SEC(2005)419), entrambi in *q. Rivista*, 2005, n. 3; per un commento critico sulla Strategia: R. HUISKAMP, K.J. VOS, *Flexibilisation, Modernisation and the Lisbon Strategy*, in *IJCLLIR*, 2007, n. 4). Inoltre, le conoscenze, le competenze e le abilità, determinando le possibilità dei cittadini di affermarsi nel mercato del lavoro e di avere un ruolo attivo nella società, sono una chiave per l'equità sociale. Pertanto, una delle priorità per la cooperazione europea – oggetto della Strategia *New skills for new jobs* – è prevedere e anticipare i nuovi fabbisogni formativi in concordanza con la domanda mutevole del mercato del lavoro.

Anche il bilancio dei progressi e delle sfide ancora aperte nel settore dell'istruzione e della formazione contribuisce a spiegare la rilevanza di questa comunicazione: da un lato, la Commissione sottolinea i progressi che la cooperazione politica tra gli stati membri ha portato nel promuovere le riforme nazionali in materia di apprendimento permanente e nei sistemi delle qualifiche, nel modernizzare l'istruzione ad alti livelli, nello sviluppo degli strumenti europei per la qualità e la trasparenza delle qualifiche, e per la mobilità nei percorsi di apprendimento. Dall'altro lato, tuttavia, la Commissione evidenzia che il livello di tali progressi è eterogeneo tra gli Stati membri e insufficiente in alcune aree, motivo per cui quattro dei cinque obiettivi del Programma di lavoro *Istruzione 2010* non saranno raggiunti (cfr. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles*, cit., § 15). Infine, i confronti internazionali con altri Paesi OCSE rivelano i gravi ritardi dell'UE sia a livello della scolarizzazione di base che nell'istruzione a livelli superiori, in termini di performance e di investimento (per un approfondimento sul progresso del sistema di istruzione italiano in prospettiva internazionale: F. PAMMOLLI, G. PAPA, N.C. SALERNO, *Il sistema di istruzione italiano: un confronto internazionale*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006). La permanenza di tali lacune e i risultati delle ricerche internazionali dimostrano che per raggiungere l'obiettivo di Lisbona, diventare «l'economia della conoscenza più competitiva e dinamica del mondo», l'Europa dovrà, tra le altre priorità d'azione, necessariamente migliorare la cooperazione nel settore dell'istruzione e della formazione.

2. La Commissione, dopo aver indicato i tre assi strategici lungo i quali si dovrà costruire la cooperazione europea (già individuati a Lisbona: economia della conoscenza, cambiamento demografico e globalizzazione), esamina le quattro sfide dei sistemi di istruzione e formazione per il periodo 2009-2020. In primo luogo, realizzare concretamente l'apprendimento permanente, continuando a implementare il Quadro europeo delle qualifiche nei Paesi membri con un *focus* sui risultati dell'apprendimento (EUROPEAN PARLIAMENT, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Recommendation of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on the establishment of the European Qualifications Framework for lifelong learning*, 1), e rendendo più flessibili i percorsi dell'apprendimento (inclusi quelli non-formali e informali) a tutti i livelli e tutte le età; anche la mobilità geografica è una componente essenziale del *lifelong learning* e per realizzare l'occupabilità e l'adattabilità dei lavoratori. In secondo luogo, migliorare la qualità e l'efficienza dell'offerta di formazione e dei suoi risultati, mirando all'obiettivo di creare aree di eccellenza dalla parte degli insegnanti e dei formatori, degli studenti, nelle istituzioni e nell'uso delle risorse; il primo passo in questa direzione è assicurare la acquisizione delle competenze chiave per l'apprendimento permanente (come indicate in EUROPEAN PARLIAMENT, COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Recommendation of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 on key competences for lifelong learning*, n. 2006/962/EC). Terza sfida è quella legata all'inclusione sociale e all'equità: l'istruzione dovrebbe promuovere i valori della democrazia, competenze interculturali, il rispetto dei diritti fondamentali e la lotta alla discriminazione, permettendo a tutti i cittadini, indipendentemente dall'età, il genere e la provenienza socio-economica, di acquisire le abilità specifiche legate a una professione e le competenze necessarie per sviluppare l'ulteriore apprendimento, per la cittadinanza attiva e il dialogo interculturale. Infine, la Commissione sostiene il miglioramento dell'innovazione, della creatività e della imprenditorialità a tutti i livelli di istruzione e formazione (per un'analisi della relazione tra innovazione, occupazione e sviluppo delle competenze: P. NIELSEN, *Innovation, Employment and Competence Development*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1), partendo dall'obiettivo più immediato di garantire che tutti i cittadini acquisiscano competenze chiave e trasversali, come l'uso delle nuove tecnologie, anche grazie alle sinergie tra istruzione, ricerca e

innovazione e attraverso i contatti con il mondo delle imprese (per un esempio italiano di successo nella *governance* dei progetti di formazione elaborati tra imprese e istituti scolastici sul territorio: M. CRIPPA, *La gestione del personale in A Novo Italia. Flessibilità, formazione e sviluppo*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1).

Queste sfide sono interconnesse, ma si può affermare che la diffusione di un comune strumento di traduzione delle qualifiche in Europa, quale è l'EQF, sia prioritaria ai fini della cooperazione europea. Tuttavia, non sarà immediato superare gli ostacoli nella creazione dei sistemi di riferimento nazionali (NQFs) e settoriali, soprattutto per i Paesi che, come l'Italia, hanno un tessuto produttivo di piccole e medie imprese, che faticano a comprendere la portata della "rivoluzione copernicana" in corso nei settori dell'istruzione e della formazione in Europa, i cui costi economici non sono ancora chiari.

3. La Commissione invita i sistemi dell'istruzione e della formazione (scuole, istruzione superiore, formazione professionale iniziale e continua) ad affrontare le quattro sfide sopra richiamate con una politica congiunta, partendo dai temi prioritari indicati per il biennio 2009/2010, in vista sia di una migliore implementazione degli obiettivi e dei programmi comunitari che della cooperazione politica con gli Stati membri. Una di queste priorità è la valutazione della futura richiesta di fabbisogni formativi affinché corrispondano alla domanda del mercato del lavoro, compito di cui si fa pienamente carico l'iniziativa *New skills for new jobs* (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Nuove competenze per nuovi lavori. Prevedere le esigenze del mercato del lavoro e le competenze professionali e rispondervi*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2008)868, 16 dicembre 2008, in epigrafe). In sintesi, l'obiettivo è sostenere lo sviluppo di politiche di istruzione e formazione più efficaci per aggiornare e migliorare le competenze al passo con la modernizzazione del mercato del lavoro. Inoltre, l'iniziativa invita gli Stati membri, le imprese e gli *stakeholders* a uno sforzo concertato affinché generino competenze nuove, adatte a soddisfare le rinnovate esigenze del mercato del lavoro, e migliorino l'adattabilità e l'occupabilità dei lavoratori adulti già attivi in esso: potenziare il monitoraggio, la valutazione e i sistemi di previsione e anticipazione delle competenze secondo la domanda di occupazione è cruciale sia per far fronte all'impatto delle crisi congiunturali sui mercati del lavoro europei sia per le prospettive occupazionali di lungo periodo della forza lavoro nell'UE. Infine, il progetto mira a contribuire alla ripresa economica e al raggiungimento degli obiettivi della Strategia per la Crescita e l'Occupazione, a migliorare la competitività a lungo termine e affrontare la sfida dell'equità. Come già anticipato dalla Commissione (nella Comunicazione *Efficiency and Equity in Education and Training Systems*, COM(2006)481, 8 settembre 2006), ciò permetterebbe di evitare lo spreco di capitale umano e di risorse finanziarie, di aumentare le possibilità di occupabilità e ridurre le disuguaglianze. La Commissione suggerisce di migliorare la corrispondenza tra offerta di competenze e domanda di lavoro rimuovendo le rigidità strutturali e gli ostacoli amministrativi e di informazione alla mobilità occupazionale, settoriale e geografica, che può essere sostenuta da un efficiente coordinamento tra le istituzioni del mercato del lavoro e i sistemi di sicurezza sociale.

La comunicazione fa seguito al piano europeo per la ripresa economica, pubblicato il 26 novembre 2008 con l'intento di supportare gli Stati membri nel sostenere i costi sociali ed economici originati dall'attuale crisi finanziaria, e al Consiglio europeo di marzo 2008 che ha invitato la Commissione «a presentare una valutazione esauriente dei futuri bisogni europei per quanto riguarda le competenze fino al 2020, che tenga conto delle ripercussioni dei cambiamenti tecnologici e dell'invecchiamento della popolazione, e a proporre iniziative per anticipare le esigenze» (7652/1/08 REV 1). Sulla base delle previsioni elaborate dal Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale (CEDEFOP,

Skill Needs in Europe. Focus on 2020, Lussemburgo, 2008), la Commissione presenta le proprie valutazioni, da cui si possono trarre tre conclusioni.

Primo, l'occupazione in Europa ha ampie possibilità di crescita a medio e a lungo termine sia per la creazione di nuovi posti di lavoro che per l'effetto sostituzione. Secondo le analisi del Cedefop, dal 2006 al 2020 nell'UE-25 saranno creati circa 100 milioni di posti di lavoro, di cui 80,4 milioni per effetto della sostituzione dei lavoratori in seguito a pensionamenti o ritiri dal mercato del lavoro. Non si arresterà la tendenza – rallentata ma costante – dello spostamento nella distribuzione dell'occupazione tra i settori, dalla agricoltura e dal settore manifatturiero ai servizi. Anche le occupazioni per i servizi e i prodotti ecologici (i cosiddetti *green jobs*), avranno un significativo impatto sul mercato globale, che l'ILO ha stimato di 2.740 miliardi di dollari nel 2020 (ILO, *Green Jobs: facts and figures*, 2008). Anche la seppur positiva crescita dei tassi di partecipazione femminile e dei lavoratori anziani al mercato del lavoro sarà superata dall'effetto di invecchiamento della forza lavoro, portando a un sostanziale declino dell'offerta totale di lavoro nell'UE. I flussi migratori riusciranno a compensare il declino dei tassi di fertilità solo per alcuni anni, ma non risolveranno il deficit demografico. In conclusione, ridurre le discrepanze tra offerta di competenze e domanda del mercato del lavoro diventa una priorità per un uso efficiente del capitale umano, anche alla luce dei rischi derivanti da carenze quantitative della forza lavoro.

Secondo, le competenze, le capacità e le qualifiche richieste cresceranno trasversalmente a tutti i tipi e i livelli delle occupazioni, interessate da un cambiamento qualitativo. Il Cedefop individua una tendenza di crescita dei lavori specializzati e della domanda di forza lavoro molto qualificata e flessibile, come dimostrato dalla richiesta di livelli di istruzione sempre più alti in tutte le occupazioni. Se la maggior parte dei lavori nelle occupazioni non-manuali qualificate richiederanno lavoratori altamente specializzati, quelle qualificate saranno coperte da lavoratori con livelli di istruzione medi, mentre solo metà degli impieghi elementari saranno svolti da lavoratori con bassi livelli di istruzione. Si profila così il rischio della polarizzazione delle nuove occupazioni nel mercato del lavoro a favore di quelle non-manuali altamente qualificate. La Commissione sottolinea le implicazioni in termini di differenze salariali, disuguaglianze di genere e, più in generale, di equità sociale della polarizzazione dei nuovi lavori, fenomeno che, tuttavia, risulta non essere ben definito e che potrebbe essere controbilanciato dalla domanda di sostituzione di lavoratori mediamente qualificati. Una delle ragioni del generale innalzamento della richiesta di formazione è il cambiamento della natura e dei requisiti di tutte le occupazioni, anche ai livelli più bassi: i datori di lavoro richiederanno sempre più delle competenze trasversali (*non-routine skills*), prima fra tutte la capacità di "apprendere ad apprendere", ossia di riconoscere i propri bisogni formativi e trovare opportunità per soddisfarli, essenziale in un'economia mutevole dove alcune occupazioni spariscono e ne nascono di nuove. Altre *non-routine skills* sono le competenze linguistiche e informatiche, la capacità di risolvere problemi, le abilità analitiche e comunicative, l'autogestione, competenze che vanno oltre le potenzialità delle tecnologie avanzate, già in grado di svolgere i compiti di routine e ripetitivi, tradizionalmente affidati alla fascia di lavoratori mediamente qualificati, che, infatti, oggi sembra assottigliarsi. La Commissione individua un ampio intreccio di altre cause che concorrono a spiegare il cambiamento delle tendenze nella domanda di competenze, ma i dati non sono sufficienti per stabilire l'influenza relativa di ciascuno di essi (si veda COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions New Skills for New Jobs. Anticipating and matching labour market and skills needs*, SEC(2008)3058/2, 16 dicembre 2008, in epigrafe): cambiamenti tecnologici (soprattutto nell'informazione e la comunicazione), organizzativi (*just-in-time*, decentraliz-

zazione, *multitasking*), globalizzazione e commercio internazionale, sfide ambientali e climatiche, l'aggiornamento e il cambiamento delle caratteristiche della forza lavoro.

Terzo, è necessario lavorare per affrontare le sfide relative ai nuovi fabbisogni formativi e alle mutevoli esigenze dei mercati del lavoro in Europa, sia per anticipare i primi e le seconde, che per prevenirne la mancata corrispondenza. A tali fini la Commissione ha previsto una complessa agenda e un ampio ventaglio di strumenti sulla base del budget esistente e dei programmi comunitari, che sono riconducibili a quattro strategie di azione: innanzitutto, affrontare la mancata corrispondenza tra competenze offerte e richieste, garantendo una informazione regolare, trasparente e di qualità sui mercati del lavoro in Europa, monitorandone le tendenze a breve termine; secondo, consolidare la capacità dell'Unione di prevedere e anticipare, svolgendo sistematicamente valutazioni e previsioni sull'offerta e la domanda nei mercati del lavoro dell'UE sul lungo periodo; anche le imprese sono invitate a un impegno costante nel rafforzare il dialogo delle con i responsabili dell'istruzione e della formazione e gli altri *stakeholders*. In terzo luogo, la Commissione sollecita il rafforzamento della cooperazione internazionale sia con le organizzazioni internazionali come l'OECD e l'ILO, sia con i Paesi terzi. Infine, mobilitare gli strumenti comunitari: premettendo che il dialogo sociale europeo è la chiave per attrarre gli investimenti in istruzione e nei programmi per l'apprendimento permanente, la Commissione invita tutti gli *stakeholders* negli Stati membri a uno sforzo comune per l'aggiornamento e l'innalzamento delle competenze, e la loro previsione e anticipazione. I principali strumenti e processi finanziari attivati dall'UE a tali fini saranno la Strategia per la crescita e l'occupazione e i programmi di *Mutual Learning*, per il quadro generale di *policy*; l'iniziativa *New Skills for New Jobs*; i fondi comunitari; il Quadro europeo delle qualifiche (EQF), che dovrebbe aumentare la trasparenza delle qualifiche e facilitare l'accesso alla formazione; infine, il processo di Copenhagen terrà conto della priorità di migliorare i collegamenti tra formazione professionale e lavoro.

Aggiornare ed elevare la formazione, e garantire una migliore corrispondenza tra offerta di competenze e domanda del mercato del lavoro sono oggi sfide primarie per i Paesi dell'UE e per il futuro dell'Europa: *New Skills for New Jobs* lancia segnali, iniziative, raccomandazioni in questa direzione, ma sarà responsabilità degli Stati membri dare seguito ai propositi depositaria.

4. Infatti, se è vero che istruzione e formazione sono priorità di politica nazionale, la cooperazione europea in materia ha permesso di raggiungere risultati concreti sui processi di riforma negli Stati membri grazie al Metodo Aperto di Coordinamento (MAC), di cui la Commissione evidenzia anche lacune e difficoltà, concentrando l'attenzione sulle priorità per incrementarne l'attuazione a livello nazionale (per un commento critico delle implicazioni della Strategia di Lisbona, e in particolare del MAC, sul futuro dell'Europa Sociale: *The Implications of the Lisbon Strategy for the Future of Social Europe: 'On the Road' or 'New Age'?* Janine Goetschy, in *IJCLIR*, 2007, vol. 23, n. 4). Infatti, se il MAC nel Programma di lavoro di Istruzione e Formazione 2010 ha aperto la strada a un'intensa cooperazione di successo, gli Stati membri devono intraprendere azioni concrete per rafforzare l'implementazione dei suoi obiettivi (si veda l'invito del Consiglio europeo di marzo 2008 a proposito, 7652/1/08 REV 1): ridurre gli abbandoni scolastici, migliorare le abilità di *literacy* e *numeracy*, migliorare le performance degli studenti migranti o svantaggiati, attrarre più adulti nell'apprendimento permanente, facilitare la mobilità. Inoltre, gli Stati hanno suggerito di adeguare i metodi di lavoro per renderli più mirati ed efficaci (come riportato dal Riassunto dell'analisi d'impatto nel Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la comunicazione SEC(2008)3048). Sono quattro gli obiettivi chiave su cui dovrebbe concentrarsi il progresso per la riforma del MAC: primo, migliorare il coordinamento tra diversi settori dell'istruzione e della formazione individuando priorità comuni nelle loro diverse agende politiche, e rafforzare

le *partnership* con gli *stakeholders*, le parti sociali e le altre parti interessate (per un'analisi comparata del ruolo delle parti sociali nei sistemi di formazione professionale: *The role of the social partners in vocational training systems: a comparative analysis*, Gerhard Bosch, Jean Charest, in *q. Rivista*, 2007, n. 1). Il secondo obiettivo è rafforzare l'apprendimento reciproco (*peer learning*) affinché continui a fornire input per le iniziative politiche europee e supporti lo sviluppo delle politiche nazionali. Terzo, l'attuale sistema biennale basato sui rapporti nazionali dei progressi dovrà concentrarsi su temi più specifici e priorità più immediate. Infine, la Commissione invita ad aggiornare gli indicatori e gli standard sviluppati nel Programma di Lavoro 2010, affinché riflettano le sfide strategiche a lungo termine (fino al 2020) e il bisogno di innalzare le competenze e l'occupabilità nell'intera popolazione, aspetto chiave dell'iniziativa *New Skills for new Jobs*; alla luce di tali indicatori e standard gli Stati membri sono chiamati a sviluppare i relativi obiettivi nazionali.

Sebbene finora giudicato positivamente per aver dimostrato i benefici della cooperazione europea, è difficile prevedere il futuro impatto del MAC sull'elaborazione, e la convergenza europea, delle politiche nazionali nel settore dell'istruzione e della formazione. I successi del metodo aperto di coordinamento dipenderanno dalla capacità di affrontare la sfida della cooperazione europea tenendo sempre conto delle diverse volontà nazionali da cui dipendono le scelte del contenuto, dell'organizzazione e degli investimenti delle politiche. Soprattutto questi ultimi sono soggetti alle fluttuazioni del ciclo economico, in base a cui l'ordine delle priorità politiche e la distribuzione delle risorse a livello nazionale cambiano: se una soluzione ai vincoli di bilancio è la ricerca di fonti alternative, ad esempio private, di finanziamento per istruzione e formazione, dall'altro lato numerose passate esperienze in Europa hanno dimostrato che i tagli al denaro pubblico destinato a questa area di *policy* si rivelano contro-produttivi sul lungo periodo. Dunque, anche in tempi di crisi finanziaria l'investimento nella conoscenza e nei bisogni di formazione va tutelato, poiché la ripresa economica può ricominciare proprio da lì, preparando i cittadini a cogliere le nuove opportunità, quando esse si presenteranno (come dichiarato da Ondřej Liška, Presidente in Carica del Consiglio dell'Unione europea all'incontro della Commissione parlamentare su Cultura e Educazione il 19 gennaio 2009).

Le politiche di istruzione e formazione sono cruciali per raggiungere crescita e occupazione, inclusione sociale e cittadinanza attiva, ma molte sfide sono ancora oggi aperte: per questo, come emerge dalla comunicazione *An updated strategic framework for European cooperation in education and training*, COM(2008)865 final, 16 dicembre 2008 (in epigrafe), l'Europa deve urgentemente indirizzare i propri sforzi verso la soluzione di tali lacune formative, riformando i sistemi di istruzione e formazione, innanzitutto grazie allo strumento del Metodo Aperto di Coordinamento. Il quadro presentato dalla Commissione e qui illustrato dovrà essere rivisto e aggiornato alla luce delle decisioni prese in merito alla Strategia per la Crescita e l'Occupazione dopo il 2010.

Lisa Rustico
Cedefop Trainee

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Cile

- *tutela dei diritti fondamentali del lavoratore (1.1. – 1.4.)*

Francia

- *salario minimo e prestazioni assistenziali (2.1. – 2.3.)*


Stati Uniti

- *competitività e sviluppo e mercato del lavoro (3.1. – 3.2.)*

Quadro internazionale e comparato





- *partecipazione agli utili e strategie di esternalizzazione (4.1.)*
- *appalto e responsabilità sociale (4.2.)*
- *somministrazione di lavoro come indice dell'andamento economico (4.3.)*

*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. Cile

- 1.1. Código del Trabajo, testo aggiornato al 5 febbraio 2009 (in  indice A-Z, voce *Cile*).
- 1.2. La Constitución política de la República de Chile, testo aggiornato al 10 ottobre 2008 (in  indice A-Z, voce *Cile*).
- 1.3. Ley n. 20087, del 15 dicembre 2005, come modificata con la ley n. 20260, del 29 marzo 2008 (in  indice A-Z, voce *Cile*).
- 1.4. Ley n. 19759, del 27 settembre 2001 (in  indice A-Z, voce *Cile*).

(1.1. – 1.4.) La tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori in azienda

Sommario: 1. Impostazione generale. – 1.1. La difesa dei diritti fondamentali nei diversi ordinamenti. – 2. La protezione dei diritti personali del lavoratore in Cile. – 2.1. Diritto alla protezione della vita privata e dell'onore (art. 19 n. 4 della Costituzione politica). – 2.2. Diritto all'integrità psichica (art. 19, n. 1, della Costituzione politica). – 2.3. Diritto d'inviolabilità di ogni forma di comunicazione privata (art. 19 n. 5 della Costituzione politica). – 3. Riforme legali recenti: l. n. 19759, 19889, 20005 e 20123. – 4. La nuova procedura di tutela dei diritti fondamentali. – 5. Conclusioni.

1. Dal ritorno alla democrazia nel 1990, il diritto del lavoro cileno è stato oggetto di innumerevoli correzioni legali. La legislazione degli anni Ottanta comportò una decrescita della tutela del lavoratore (vedi F. TAPIA GUERRERO, *La Flexibilidad en el Derecho Chileno del Trabajo*, in *Españolas del Flexibilidad Normativa*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1992; vedi anche S. GAMONAL CONTRERAS, *La négociation collective dans le secteur public au Chili*, in *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRA-SEC), Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000), essendo le seguenti le sue tracce principali: flessibilità delle norme del diritto individuale del lavoro; restrizione della autonomia collettiva e intervento della legge nel modello sindacale e legittimazione di una struttura di rapporti di lavoro orientata verso la dimensione individuale. Non sono mancate tuttavia in giurisprudenza interpretazioni favorevoli a una progressiva flessibilità nel diritto del lavoro (vedi F. TAPIA GUERRERO, *Trabajo Subordinado y Tutela de los Derechos Laborales*, in *La Subordinación o Dependencia en el Contrato de Trabajo*, Lexis-Nexis, Santiago, 2005, 222 ss.). D'altra parte, lo sviluppo della globalizzazione, delle tecnologie della informazione e della comunicazione (ITC), e l'aumento continuo del divario tra ricchi e poveri, hanno reso la situazione cilena simile a quella della maggior parte degli altri Paesi (vedi F. WALKER ERRAZURIZ, *Derecho de las Relaciones Laborales (Un Derecho Vivo)*, Editorial Universitaria, Santiago, 2003, 64-65). Senza dubbio il Cile, al di là dei successi macroeconomici, è un Paese segnato da enormi disuguaglianze sociali. Tradizionalmente, la dottrina giuslavoristica cilena ha studiato i diritti del lavoro fondamentali, come il diritto al lavoro e la libertà sindacale, perché si collega in modo diretto con il diritto al lavoro, costituendone il fondamento ultimo. Tuttavia, questa prospettiva ha subito un'espansione negli anni recenti con la *ciudadanía en la empresa*, cioè la difesa dei diritti fondamentali all'interno dell'azienda (vedi S. GAMONAL CONTRERAS, F. WALKER ERRAZURIZ, *Specific and Non-Specific Fundamental Rights in Chile's Current Labour Institutions: A Viewpoint of Synthesis*, in D. RYLAND (a cura di), *An Era of Human Rights, Legal Essays in Honour of Jo Carby-Hall*, Barmarick Publications, Yorkshire,

2006, 279 ss., e S. GAMONAL CONTRERAS, *La experiencia chilena en materia de ciudadanía en la empresa*, in *Aranzadi Social*, marzo 2006, n. 20, 85 ss.), in riferimento a quei diritti che il lavoratore ha come cittadino, i diritti civili e politici che, in qualche modo, possono subire limitazioni nel rapporto di lavoro, ad esempio a causa di condizioni di grave disagio economico o per effetto dell'esacerbazione del potere gerarchico del datore di lavoro (riconosciuto dalla legislazione mediante il binomio "potere di direzione/subordinazione").

1.1. La difesa dei diritti fondamentali all'interno dell'azienda si basa sull'applicabilità orizzontale, tra privati, dei diritti fondamentali. Nel diritto statunitense l'introduzione di questo principio risale al caso *Shelley v. Kraemer*. Nel 1948, i proprietari di un condominio privato introdussero delle clausole restrittive (*restrictive covenants*) che impedivano alle persone di colore di acquistare appartamenti nel loro edificio. Due famiglie di colore che intendevano acquistare un appartamento fecero causa. La Suprema Corte statunitense stabilì che anche se l'accordo di restrizione era formalmente valido, i tribunali non lo potevano applicare perché era discriminatorio. Si sostenne all'unanimità che nel momento in cui un tribunale statale partecipava all'esecuzione di uno di questi contratti, ci si trovava dinanzi a un'azione statale (*state action*) illegittima e perciò nell'ambito protetto dal XIV emendamento costituzionale (V.L. HALL KERMIT (a cura di), *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Oxford University Press, New York, 1999, 283 ss., e J.M. BILBAO UBILLOS, *Los Derechos Fundamentales en la Frontera entre lo Público y lo Privado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, 81).

In Germania, nel caso *Lüth*, iniziato nel 1950, il Presidente dell'Agenzia di Stampa di Amburgo, H. Lüth, invitò pubblicamente al boicottaggio di un film di Veit Harlan, regista che durante il governo di Hitler aveva realizzato un film antisemita. La casa cinematografica querelò Lüth e ottenne, in primo e in secondo grado, una condanna di Lüth perché il boicottaggio avrebbe leso il buon costume. Di fronte a questa situazione, Lüth ricorse al tribunale costituzionale perché pensava che fosse stata violata la sua libertà di espressione. Il tribunale costituzionale gli diede ragione perché ritenne che il tribunale ordinario non avesse interpretato la legge ai sensi dei diritti fondamentali.

Con questa sentenza si riconobbe l'efficacia mediata o indiretta dei diritti fondamentali tra i privati. In Argentina, nel 1958, nel caso *KOT Samuel s.r.l.*, la Suprema Corte si espresse a favore del signor Kot in un caso di restrizione illegittima dei diritti da parte di privati, accogliendo in questo modo un ricorso costituzionale per liberare una fabbrica occupata dai lavoratori licenziati per uno sciopero proclamato illegalmente. Nell'ordinamento giuridico cileno, la Costituzione del 1980 stabilisce diverse garanzie costituzionali (diritti fondamentali) specifiche in materia di lavoro (art. 19, n. 16 e n. 19), come la libertà di lavoro e la sua protezione, la retribuzione sufficiente, la non discriminazione e la libertà sindacale (diritto di associazione sindacale, trattative e autonomia collettiva). D'altronde, la Costituzione contiene all'art. 19 un importante elenco di altri diritti fondamentali strettamente collegati alla persona del lavoratore, come l'integrità fisica e psichica della persona, il rispetto e la protezione della vita privata e dell'onore della persona e della sua famiglia, l'inviolabilità di ogni forma di comunicazione privata, la libertà di pensiero, l'espressione di tutte le fedi e il libero esercizio dei culti e la libertà di esprimere un'opinione e di informare senza censura preventiva. Inoltre, il testo costituzionale prevede in modo espresso l'applicabilità diretta della Costituzione, definita dalla dottrina costituzionale cilena come principio di legame diretto (vedi M. VERDUGO, E. PFEFFER, H. NOGUEIRA, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, tomo 1, 132), che rende direttamente applicabile la Costituzione allo Stato, a tutti i suoi poteri ed enti, e anche a tutte le persone e gruppi della società (art. 6). La dottrina, inoltre, basa questo principio sull'art. 1, comma 4, della Costituzione, che prevede che lo Stato è al servizio della persona umana e la sua finalità è promuovere il bene comune e sull'art. 20,

riguardo all'azione di protezione di alcune garanzie costituzionali (vedi A. GUZMAN BRITO, *El Derecho Privado Constitucional de Chile, Valparaíso*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2001, 48 e 49). In questo lavoro ci concentreremo sull'esperienza cilena in materia, rispetto alla quale la giurisprudenza amministrativa ha elaborato una interpretazione protettiva del lavoratore sulla base dei diritti fondamentali, sviluppata più tardi dalla dottrina e dal legislatore.

2. Il potere del datore di lavoro sul lavoratore, sia di fatto che di diritto (potestà di dominio/subordinazione), si riferisce alle specificità del contratto di lavoro e mette in evidenza l'importanza della legislazione di tutela del lavoratore. Non c'è dubbio che i poteri imprenditoriali avranno come confine i diritti fondamentali non strettamente legati al lavoro dei dipendenti. Secondo le parole di Martín Aguado «c'è uno spazio o nucleo costituito fondamentalmente dalla dignità, la libera opinione e l'intimità del lavoratore, a cui il potere di direzione verso il lavoratore non deve nuocere e che nel corso del lavoro non deve essere soggetto a nessun rapporto di sottomissione nei confronti dell'imprenditore» (vedi A. MARTÍN AGUADO, *Actuaciones Irregulares que Afectan a la Libertad, Dignidad o Vida Privada del Trabajador. Límites Constitucionales al Poder de Dirección Empresarial*, in A.J. APARICIO, A. BAYLOS (a cura di), *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, Madrid, 1992, 52). In riferimento al lavoro dei giudici, occorre considerare che non è possibile assimilare l'efficacia verticale a quella orizzontale. Come sottolinea Alexy, il «rapporto Stato/cittadino è un rapporto tra un titolare di diritto fondamentale e uno non titolare di diritto fondamentale. Invece il rapporto cittadino/cittadino è un rapporto tra titolari di diritti fondamentali», che ci riporta all'argomento della ponderazione (R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, 511, 520 e 521). Queste tematiche nel diritto del lavoro cileno sono state approfondite dal lavoro della giurisprudenza amministrativa prodotta dalla Direzione del lavoro (*Dirección de Trabajo*, DT), e che ha generato una giurisprudenza paradigmatica in questa materia. La DT in Cile ha come sua missione fondamentale il controllo della applicazione della legislazione del lavoro e della previdenza e ha facoltà di interpretare il senso e la portata della legislazione lavoristica.

2.1. Dalla fine degli anni sessanta c'è una giurisprudenza amministrativa sui sistemi di ispezione, controllo e registrazione dei lavoratori al momento dell'uscita dall'azienda alla fine della giornata di lavoro. La DT ha precisato che queste misure di controllo non devono nuocere alla dignità del lavoratore. La DT precisa, sulla base di un provvedimento dell'anno 1995 (provvedimento n. 8273 del 19 dicembre 1995), che le misure di controllo che la legge autorizza devono soddisfare le seguenti condizioni: a) le misure di ispezione e controllo delle persone, degli effetti personali e dei loro casellari, visto che significano un limite alla privacy delle persone, devono necessariamente essere inserite nel testo normativo che prevede la legge a questo fine, cioè, il regolamento interno d'igiene e sicurezza dell'azienda, dettato in conformità alla legge; b) le misure di ispezione e controllo devono essere idonee agli obiettivi proposti, come il mantenimento dell'ordine, l'igiene e la sicurezza della persona e dei lavoratori, non dovendo comportare atti illegali o arbitrari da parte del datore di lavoro, ai sensi di ciò che prevede la Costituzione all'art. 20, come per esempio la selezione discrezionale delle persone all'ispezione o la messa in atto di misure strane e non coerenti agli obiettivi suddetti; c) le misure, inoltre, non devono avere un carattere pre-poliziesco, indagatore o repressivo di fronte a presunti fatti illeciti all'interno dell'azienda, ma un carattere puramente preventivo e non personalizzato, essendo requisito *sine qua non*, per la legalità di queste misure di ispezione e di controllo, che siano operate per mezzo di un meccanismo o sistema di selezione, le cui caratteristiche fondamentali sono l'universalità e la non personalizzazione delle ispezioni. In questo modo, il meccanismo di selezione delle persone i cui effetti siano oggetto di ispezione dovrà, per assicurare il trattamento di universalità, ricadere su tutte le persone della a-

zienda o una sezione di essa e inoltre, per garantire la non personalizzazione, si dovrà realizzare su tutti e ognuno dei lavoratori o, per lo meno, stabilire un sistema di sorteggio che l'azienda esplicherà direttamente nell'apposito regolamento. La DT ha considerato illecite le misure di controllo dei lavoratori, come l'ispezione di pacchi, borse, armadietti e l'esame universale per determinare il consumo di alcol o droghe, perché non segnalano esplicitamente e direttamente il meccanismo di selezione delle ispezioni al fine di garantire l'universalità e la non personalizzazione delle stesse. D'altra parte, il divieto di introdurre bibite alcoliche o droghe allucinogene nell'interno dell'azienda, compresi i mezzi di trasporto che essa fornisce e, nel caso delle droghe, consumarle o fornirle in qualsiasi momento o circostanza prima, durante o dopo il lavoro, in luoghi dell'azienda, si considera lecito in quanto consiste in un legittimo esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro per proteggere la sicurezza e la salute nell'azienda considerando, inoltre, che il suo ambito di applicazione si circoscrive al recinto dell'azienda o ai mezzi di trasporto che essa fornisce. Riguardo alle conseguenze legali nel caso in cui il controllo delle droghe risultasse positivo, la giurisprudenza amministrativa sottolinea che potrebbero aver valore alcune delle sanzioni che prevede la legge nel contesto della facoltà disciplinare del datore di lavoro, cioè l'ammonizione verbale o scritta, o la multa, senza ostante che il datore di lavoro consideri che ciò configuri una motivazione per il licenziamento. Infine, faremo cenno a un caso relativo alla liceità dell'obbligo di ispezionare il peso di ogni lavoratore, sia all'ora di entrata che all'ora di uscita dall'azienda, nel sistema di controllo di assistenza che operasse in essa. In questa situazione la DT argomenta che il registro del controllo di assistenza non può costituire un mezzo idoneo per l'ispezione e il controllo del personale, poiché l'obiettivo dello stesso consiste nel controllo dell'assistenza e nella determinazione delle ore lavorate, e il datore di lavoro non può alterarne la natura o utilizzarlo per scopi diversi da quelli indicati dalla legge (provvedimento n. 3347 del 13 giugno 1996).

2.2. Tra i pareri emessi risulta di particolare interesse il provvedimento n. 684 del 6 febbraio 1997, in cui la DT riconobbe la necessità di diverse modifiche al regolamento interno di un'azienda al fine di stabilire che coloro che aspiravano a ricoprire incarichi legati alla sicurezza in azienda, nonché il personale attivo a carico della sicurezza, dovevano approvare e sottoporsi con esito positivo a una prova di poligrafo o rivelatore di bugie, in conformità con la procedura per l'uso del poligrafo contenuto nel relativo allegato. La DT argomenta che un datore di lavoro, al fine di prevenire delitti come il contrabbando e lo spaccio di droga e stupefacenti, non può richiedere un esame di poligrafo perché questo esame pregiudica l'esercizio di altri diritti fondamentali del subordinato. Precisò che in questo caso si metteva in gioco il diritto all'integrità psichica, perché mediante un poligrafo si sarebbe sottoposta la persona esaminata a una situazione di stress eccezionale o addirittura a una situazione che potenzialmente poteva avere effetti nocivi sulla psiche della persona. Secondo la DT si rischiava di violare il diritto a non essere discriminati stabilendo differenze arbitrarie, ogniqualvolta l'uso del poligrafo si applicava a certe e determinate persone. Per di più il rifiuto a sottoporsi sarebbe stato un precedente in termini di discriminazione dal punto di vista lavorativo, mentre per legge è vietata ogni discriminazione lavorativa che non si basi sulla capacità o idoneità personale a svolgere determinate mansioni. D'altro canto, si sarebbe leso il diritto al rispetto e alla protezione della vita privata e all'onore della persona e della sua famiglia, perché il datore di lavoro non solo avrebbe violato la sfera più intima del lavoratore, la sua coscienza e il suo diritto a riservarsi l'informazione, ma avrebbe anche posto in dubbio ripetutamente l'onestà del lavoratore. La DT rese chiaro che c'è da domandarsi se l'uso del poligrafo, per prevenire il compiersi di reati, sia una facoltà che spetta a una persona fisica o giuridica di carattere privato. Innanzitutto, ogni cittadino ha come dovere generico di prevenire il compiersi di delitti. Però, a differenza degli enti pubblici appositamente abilitati per compiere tali fun-

zioni, riconosciuti e protetti dalla Costituzione politica della Repubblica, i cittadini, nell'esercizio di tale dovere generico, non possono limitare i diritti delle persone. Quindi il dovere preventivo dei cittadini è molto limitato e, in pratica, si riduce alla diffusione privata e pubblica dell'osservanza e del rispetto della legge perché, chiaramente, nell'esercizio di questo dovere generico, non si devono ledere i diritti delle persone come l'integrità o la sicurezza individuale. Conclude la DT che l'uso del poligrafo è contrario ai principi già presentati perché, oltre ad avere un netto carattere pre-poliziesco, indagatore o repressivo di fronte a presunti fatti illeciti all'interno dell'azienda, non assicura, nella sua impostazione, l'universalità e la non personalizzazione. Pertanto, il suo uso è contrario all'ordine giuridico del lavoro cileno. Un'altra questione di rilievo su cui la DT si è espressa, nel provvedimento n. 2328 del 19 luglio 2002, è la liceità del sistema di registrazione dell'immagine e del suono, attraverso le videocamere situate nei mezzi di trasporto pubblico urbano (gestiti da compagnie private in Cile), collocate nella parte anteriore interna dell'automezzo, di solito in mezzo al parabrezza o sul lato sinistro, dove si siede il conducente, indirizzate verso l'interno con un raggio di azione di 180 gradi cogliendo, in questo modo, l'ingresso anteriore, il corridoio, i passeggeri seduti nel lato destro dell'autobus e il conducente. Le videocamere si attivavano mediante un tasto di accensione e cominciavano le registrazioni quando si aprivano le porte dell'automezzo e le immagini raccolte venivano registrate su un nastro che, di solito, si trovava nella parte anteriore dell'autobus, dentro una scatola ermeticamente chiusa. Questi nastri erano inseriti e ritirati dagli impiegati dell'azienda al momento del cambio di turno, e successivamente portate agli uffici dell'imprenditore, dove c'era il personale preposto alla revisione e gestione. Secondo le dichiarazioni dei datori di lavoro, con questa misura si cercava di tutelare la sicurezza dei conducenti e dei passeggeri. Tuttavia, come risultato del controllo sul campo, si è potuto verificare che tali meccanismi audiovisivi servivano anche per sorvegliare l'attività dei conducenti. In questo caso, la DT sottolineò che era possibile distinguere due finalità di questi sistemi di controllo audiovisivo: a) per la esclusiva sorveglianza e controllo dell'attività del lavoratore; b) in caso che si ritenesse obiettivamente necessario per richieste o esigenze tecniche dei processi produttivi o per ragioni di sicurezza. Rispetto alla lettera a), indicò che l'utilizzo di questi meccanismi di controllo audiovisivo con l'unica finalità di sorvegliare e controllare l'attività del lavoratore era illecita perché costituiva una forma di controllo illimitata, che non riconosceva barriere e che si esercitava senza soluzione di continuità e in modo panoramico. Questa situazione provocava nel lavoratore, inesorabilmente, uno stato di tensione o stress incompatibile con la dignità umana, configurandosi una forma intollerabile di pressione psicologica da parte del datore di lavoro, provocando nel lavoratore un'exasperante e irritante forma di ansia, reprimendo ogni forma di libertà e dignità. Di conseguenza, per la DT, la sorveglianza della prestazione di servizi per mezzo di questi meccanismi significa una limitazione del diritto all'intimità del lavoratore non idonea ai fini proposti. Aggiunse che c'erano delle forme alternative che il datore di lavoro avrebbe potuto utilizzare per controllare la prestazione dei servizi e che erano meno restrittive della libertà del lavoratore. Riguardo alla lettera b) potrebbe risultare lecita l'impostazione di questi meccanismi di controllo audiovisivo, nel caso in cui sia obiettivamente necessario per richiesta o esigenze tecniche dei processi produttivi o per ragioni di sicurezza, perché sotto questi presupposti la sua applicazione avrebbe come base delle motivazioni diverse dal controllo lavorativo, come la prevenzione di situazioni di rischio considerate fondamentali rispetto a beni giuridici protetti. In questo contesto, è possibile che le videocamere, per ragioni tecnico-produttive o di sicurezza, siano anche una forma di controllo dell'attività del lavoratore, ma si tratta di una conseguenza fortuita, un effetto secondario (vedi S. GAMONAL CONTRERAS, *La "Cibervigilancia" dentro de la empresa: comentario a una sentencia de la Corte Suprema*, in *Revista Laboral Chilena*, giugno 2004, 90 ss.).

2.3. In questo breve ripasso della giurisprudenza più significativa prodotta dalla DT in Cile, dobbiamo citare il provvedimento n. 260 del 24 gennaio 2002 relativo alla questione se sia lecito o meno che il datore di lavoro abbia accesso alla posta elettronica dei lavoratori (e-mail), nel caso in cui il dipendente usi i beni di proprietà di essa. Su questo particolare, la DT sottolineò che in questa situazione sono in conflitto l'inviolabilità di ogni forma di comunicazione privata con la facoltà del datore di lavoro di organizzare, dirigere e gestire l'azienda, che emana dalla garanzia costituzionale del diritto di proprietà, previsto nella Costituzione politica. Aggiunse che, nell'ambito dei rapporti lavorativi, era abituale e frequente che il datore di lavoro non conoscesse il contenuto delle telefonate dei suoi dipendenti, anche se la linea e l'apparecchio appartenevano al datore di lavoro. Lo stesso succede con un certo tipo di mobili e luoghi dell'azienda che il dipendente utilizza, come le scrivanie e i cassetti. La situazione naturale sarebbe che questi oggetti siano una proiezione naturale della persona e dell'attività del dipendente e quindi di solito non dovrebbero essere oggetto di controllo da parte del datore di lavoro, sebbene siano in senso stretto di sua proprietà. Con una simile ottica si devono approcciare le situazioni riferite all'uso della posta elettronica. La DT precisa in seguito che questa situazione non costituisce un impedimento affinché risulti consigliabile la regolazione formale dell'uso di questi beni di cui il datore di lavoro è proprietario, senza che ciò significhi limitare la garanzia costituzionale di inviolabilità della comunicazione privata. Sottolinea che "l'uso della posta elettronica" potrà essere regolato nel regolamento interno dell'azienda, o con contratto individuale o collettivo in termini tali, ad esempio, che ogni messaggio inviato dai lavoratori si realizzi con copia a qualche ufficio di amministrazione o unità direttiva dell'azienda, invio che in questo modo perderebbe – subito – la condizione di comunicazione privata. Questo tipo di regolazione tuttavia non è praticabile nel caso di ricezione di posta elettronica e, pertanto, questa modalità di comunicazione conserverebbe sempre il suo carattere privato, così come rimarrebbe pienamente protetta dalla suddetta e corrispondente garanzia costituzionale. Comunque, in nessun caso il datore di lavoro potrà aver accesso alla posta elettronica privata inviata e ricevuta dai lavoratori.

3. Alla fine del 2001 è stata promulgata in Cile la l. n. 19759 (vedi F. TAPIA GUERRERO, *Modificaciones al Derecho Sindical*, in *Modificaciones al Contrato de Trabajo, Ley N° 19.759*, Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2001), riforma del lavoro che ha modificato diverse materie del Codice del lavoro. Questa riforma tendeva a tre obiettivi centrali di politica del diritto: l'istituzione di nuove forme di contratto; l'adattamento del sistema di regolamentazione dei sindacati alle convenzioni ILO ratificate dal Cile, e la riaffermazione dei diritti costituzionali nell'azienda quali il principio di non discriminazione e il perfezionamento del sistema di sanzioni. Questa legge non solo raccoglie quelle tendenze giurisprudenziali, ma in un certo senso accoglie anche la tendenza di tutela dei diritti fondamentali non strettamente connessi all'attività lavorativa di alcune legislazioni straniere. Si riconosce il limite che le garanzie costituzionali costituiscono rispetto alle facoltà del datore di lavoro, specie quando si nuoce all'intimità, alla vita privata e all'onore dei lavoratori (nuovo inciso primo dell'art. 5 del Codice del lavoro). Nello stesso modo, si prescrive che le misure di controllo dei lavoratori siano effettuate con mezzi idonei, abbiano applicazione generale, garantendo l'impersonalità del meccanismo per preservare la dignità del lavoratore (art. 154, comma finale del Codice). Inoltre, la riforma esige riservatezza da parte del datore di lavoro riguardo alla informazione e ai dati privati del lavoratore a cui abbia accesso in occasione del rapporto lavorativo (nuovo art. 154-bis). Successivamente, tre riforme legali hanno rafforzato ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali in azienda. La l. n. 19889 regola le condizioni di lavoro e la stipulazione di contratti con i lavoratori dei settori dell'arte e dello spettacolo prescrivendo, nel nuovo art. 145-A comma finale del Codice del lavoro, che il contratto di lavoro non possa nuocere in nessun caso alla libertà di creazione dell'artista assunto. Si tratta della tutela di

un diritto di livello costituzionale (art. 19, n. 25, della Costituzione politica) che potrebbe essere messo a rischio dal potere direttivo del datore di lavoro. La l. n. 20005, sulle molestie sessuali, aggiunge un nuovo comma secondo all'art. 2 del Codice e dispone che i rapporti lavorativi dovranno sempre fondarsi su un trattamento compatibile con la dignità della persona. La l. n. 20123 sull'appalto e sulla somministrazione di manodopera, nel fornire regole alle aziende di servizi temporanei (AST) e alle imprese utenti (IU), obbliga queste ultime a rispettare i diritti dei lavoratori forniti dalle AST. Senza dubbio, questi testi normativi accrescono le tutele dei diritti fondamentali del lavoratore offerte dalla l. n. 19759.

4. Il 3 gennaio 2006 è stata emanata la l. n. 20087 (entrata in vigore il 31 marzo 2008), sul processo del lavoro. Si tratta di un cambiamento radicale nel sistema cileno verso un sistema orale, pubblico e concentrato, basato su principi quali immediatezza, avviamento procedurale d'ufficio, celerità, buona fede, bilateralità dell'udienza e gratuità. Questa riforma è la più importante degli ultimi 30 anni nel diritto del lavoro cileno. In essa, si considera una procedura di tutela lavorativa, sono inseriti diversi elementi di interesse (vedi S. GAMONAL CONTRERAS, *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, e S. GAMONAL CONTRERAS, *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales*, LexisNexis, Santiago, 2007). Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, la procedura si applica nei casi in cui l'esercizio dei poteri del datore di lavoro rischia di mettere in pericolo la tutela dei diritti umani del lavoratore. Si tratta delle seguenti garanzie costituzionali: diritto alla vita, integrità fisica e psichica, a patto che la lesione di queste garanzie risulti come conseguenza diretta degli atti accaduti nel rapporto lavorativo; vita privata e onore; inviolabilità delle comunicazioni private; libertà di pensiero e di culto; libertà di opinione e libertà di lavoro. Inoltre, si aggiunge la conoscenza degli atti discriminatori durante l'esecuzione e la fine del contratto di lavoro, escludendo in maniera espressa le offerte di lavoro. Nello stesso modo, i nuovi artt. 292, 294 e 389 includono le lesioni alla libertà sindacale (pratiche sleali e antisindacali) in questa nuova procedura di tutela. Questi diritti e queste garanzie risultano lesi nel caso in cui l'esercizio delle facoltà che la legge riconosce al datore di lavoro limiti il pieno esercizio di quelli senza sufficiente giustificazione, in maniera arbitraria o sproporzionata. Nello stesso senso sono sanzionate le rappresaglie contro i lavoratori, per verificare le quali sono previste ispezioni della DT. Risulta così definitivamente riconosciuto il diritto del lavoratore a non essere oggetto di rappresaglie come conseguenza dell'esercizio legittimo dei suoi diritti (vedi J.L. UGARTE CATALDO, *La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento*, in *Derecho Laboral*, gennaio-marzo 2006, tomo XLIX, n. 221, 107-109). La legittimazione attiva spetta a ogni lavoratore od organizzazione sindacale titolare di un diritto o interesse legittimo che si configura quando vi sia l'esercizio di funzioni che la legge riconosce alle organizzazioni sindacali, specie di protezione e promozione dei diritti dei lavoratori (vedi J.L. UGARTE CATALDO, *op. cit.*, 104). In questi casi, i servizi ispettivi, interpellati dall'organo giurisdizionale, devono produrre una relazione riguardante i fatti denunciati e possono costituirsi in giudizio. Più in generale, rientra nelle competenze dei servizi ispettivi la vigilanza sui diritti fondamentali e l'obbligo di denuncia alla autorità giudiziaria in caso di violazione. Questa denuncia serve come richiesta sufficiente per dare inizio all'iter di un processo. I servizi ispettivi potranno costituirsi parte nella causa che per questo motivo prenda avvio. Ciò nonostante, devono tentare, previa denuncia, una manovra di arbitrato tra le parti. Le denunce devono essere presentate entro 60 giorni dall'episodio della lesione dei diritti fondamentali. La procedura è orale e simile a quella che prevede la nuova legge, godendo però di un iter preferenziale rispetto a tutte le altre cause del tribunale. Anche gli eventuali ricorsi avranno accesso alle stesse agevolazioni. Per quanto riguarda il tema delle misure cautelari, il giudice, sia di propria iniziativa che sotto

richiesta, può disporre, sin dalle prime fasi del processo, la sospensione degli effetti dell'atto impugnato, se risulta che i danni procurati abbiano carattere irreversibile. Può decidere anche di imporre una multa. Contro questi provvedimenti non si potrà avviare alcun ricorso. In materia probatoria, quando dai dati apportati dalla parte denunciante saranno scaturiti sufficienti indizi che si è verificata la lesione dei diritti fondamentali, spetta al denunciato spiegare i fondamenti delle misure adottate e la corrispondente proporzionalità. Il giudice, analizzato il contenuto della relazione di ispezione, ascoltate le parti e raccolte eventuali altre prove, emette la sentenza durante la stessa udienza o comunque entro cinque giorni dalla stessa. La sentenza definitiva stabilisce l'esistenza o meno della denunciata lesione dei diritti fondamentali e, in caso affermativo, dispone alcune misure di tutela. Ordina, nel caso in cui il comportamento illegale persista alla data del provvedimento, la sua cessazione immediata sotto ammonimento di multa, che si può ripetere fino ad ottenere il compimento della misura decretata. Indica in maniera concreta le misure a cui si vedrà obbligato il trasgressore; misure volte ad ottenere la riparazione delle conseguenze derivate dalla lesione dei diritti fondamentali, sotto lo stesso ammonimento precedente, compresi gli indennizzi che ne procedano. Applica le multe previste, in conformità con le norme del Codice del lavoro. Il giudice deve accertarsi che la situazione si riporti allo stato immediatamente precedente alla verifica della lesione denunciata e si astiene dall'autorizzare ogni tipo di accordo che possa permettere il perpetuarsi della condotta lesiva dei diritti fondamentali. Nel caso in cui la lesione di diritti fondamentali si verifichi in occasione di un licenziamento, ci troviamo di fronte a un caso particolare. Se si verifica un licenziamento per una qualsiasi delle cause segnalate negli artt. 159, 160, 161 e 161-*bis* del Codice del lavoro e in quell'atto si lede un diritto fondamentale, si potrà agire per la via della procedura di tutela. A nostro avviso ci troviamo di fronte due diverse fattispecie: il licenziamento attentatorio contro i diritti fondamentali e il licenziamento discriminatorio grave. Il legislatore, nell'art. 485 precisa di quali diritti fondamentali si tratti: la vita, l'integrità fisica e psichica, a patto che la lesione sia conseguenza diretta di fatti accaduti nel rapporto lavorativo; la vita privata; l'onore; l'inviolabilità di ogni forma di comunicazione privata; la libertà di pensiero e di culto; la libertà di opinione; la libertà di lavoro; il diritto alla non discriminazione sul lavoro. In questi casi la possibilità di ricorso spetta, in modo esclusivo, al lavoratore colpito e la denuncia dovrà essere presentata entro il termine di 60 giorni dal suo allontanamento. Tale termine può essere sospeso se il lavoratore presenta una richiesta amministrativa presso i servizi ispettivi. I termini di scadenza per la denuncia riprenderanno al termine dell'azione. Nonostante quanto detto, in nessun caso si potrà ricorrere al tribunale dopo i novanta giorni feriali dall'allontanamento del lavoratore. In materia di scadenze, una volta conclusa questa procedura, il lavoratore potrà chiedere che il licenziamento sia qualificato come ingiustificato, immeritato o non procedente, ai sensi delle norme generali dell'art. 168. I termini saranno calcolati a partire dalla sentenza che nega il licenziamento attentatorio contro i diritti fondamentali (artt. 489 e 448, comma 2, Codice del lavoro). Al contrario, se la denuncia viene accolta, non potrà essere avviato un procedimento di licenziamento ingiustificato, dato che nella procedura di tutela il giudice ordinerà i pagamenti d'indennità corrispondenti, comprese le maggiorazioni di cui all'art. 168 del Codice. Il giudice può richiedere la relazione d'ispezione alla DT riguardante i fatti denunciati, ai sensi dell'art. 486. In tutti questi casi si configura un'ipotesi speciale di licenziamento abusivo, il licenziamento attentatorio contro i diritti fondamentali. Si tratta di licenziamenti che ledono uno dei diritti fondamentali garantiti come può accadere quando si licenzi un lavoratore per la sua fede religiosa, per le opinioni espresse a mezzo stampa, per una falsa accusa che ne ha danneggiato la reputazione, per il suo orientamento sessuale, ecc. Un altro licenziamento attentatorio contro i diritti fondamentali è il licenziamento antisindacale i cui lineamenti sono definiti nell'art. 294 del Codice del lavoro. Gli effetti di questo licenziamen-

to attentatorio contro i diritti fondamentali sono molteplici (art. 489). Il giudice decreterà il pagamento dell'indennità ai sensi del comma quarto dell'art. 162, del preavviso; ordinerà il pagamento dell'indennità ai sensi dell'art. 163, per gli anni di servizio; decreterà il pagamento delle maggiorazioni ai sensi dell'art. 168; fisserà un'indennità addizionale non inferiore a sei mesi né superiore a undici mesi dell'ultima remunerazione mensile. Di conseguenza, decretato il licenziamento come attentatorio contro i diritti fondamentali, il legislatore lo considererà, da una parte, come un licenziamento ingiustificato ai sensi delle regole generali dell'art. 168 e, inoltre, verrà sanzionato con un'indennità addizionale di un minimo di sei e un massimo di undici mensilità, fissata dal giudice del lavoro. Parte della dottrina stima che l'indennità addizionale è di natura punitiva e quindi rimarrebbe in sospeso l'indennità per il danno morale occasionato (vedi J.L. UGARTE CATALDO, *op. cit.*, 129). Per altri, questa indennità è per il danno materiale e morale cagionato al lesionato, specie per quest'ultimo aspetto perché si tratta di diritti fondamentali con un'importante incidenza negli interessi extrapatrimoniali del lavoratore. Gli autori di questo saggio hanno opinioni divergenti su questo tema. Francisco Tapia abbraccia la prima tesi, nel senso che sarebbe possibile accumulare un'indennità per danno morale con quella addizionale determinata dal giudice tra i 6 e gli 11 mesi di remunerazione. Per contro, per Sergio Gamonal l'indennità addizionale non è una semplice applicazione di tariffa per anzianità, ma lascia al giudice della causa un margine di valutazione importante circa il danno provocato, specie quello morale. In questo modo, il legislatore fissa un minimo e un massimo entro il quale valutare i danni, raccogliendo l'esperienza di altri Paesi in cui si è valutato il danno morale per mezzo della tariffa legale per anni di servizio. La norma della nuova procedura supererebbe il test di costituzionalità e offrirebbe un margine di sicurezza giuridica al datore di lavoro. Nello stesso senso, nel diritto civile l'indennità del danno morale è soggetta a condizioni di responsabilità diversa dalla patrimoniale, potendo il legislatore stabilire criteri ragionevoli o tabelle per limitare l'indennità come è accaduto per esempio in Italia e in Spagna (vedi E. BARROS BOURIE, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 253 e nota 112). L'altra forma di licenziamento che si individua in questa procedura è il licenziamento discriminatorio grave. In questo caso, il licenziamento è dichiarato discriminatorio perché ha violato il comma quarto dell'art. 2 del Codice del lavoro e, inoltre, è qualificato come grave con provvedimento fondato. Se non è grave ma discriminatorio, il licenziamento è soltanto attentatorio contro i diritti fondamentali. Si tratta di licenziamenti discriminatori che esercitano distinzioni, esclusioni o preferenze fondate su motivi di razza, colore, sesso, età, stato civile, affiliazione sindacale, religione, opinione politica, cittadinanza od origine sociale, che abbiano come scopo annullare o alterare l'uguaglianza di opportunità o di trattamento nel lavoro. Inoltre, il licenziamento discriminatorio dovrà essere grave, ovvero il giudice dovrà stimare gli elementi concreti della discriminazione, valutando la gravità e l'entità del danno provocato, come può essere il caso del licenziamento di un lavoratore ammalato di HIV, per il quale l'entrata economica rappresentata dallo stipendio è essenziale per assicurare la continuità delle cure mediche. Il licenziamento discriminatorio grave è un licenziamento nullo e quindi il lavoratore ha le seguenti opzioni: 1) reinserirsi nell'azienda; 2) preferire il pagamento dell'indennità del comma quarto dell'art. 162 del preavviso, dell'indennità di cui l'art. 163, di anni di servizio, con le maggiorazioni di cui l'art. 168, nonché l'indennità addizionale che determini il giudice non inferiore a 6 mesi né superiore a 11 mesi dell'ultima remunerazione mensile. In riferimento alla opzione 2, si possono fare gli stessi commenti del caso di licenziamento attentatorio contro i diritti fondamentali. Consideriamo che la maggior parte delle azioni si indirizzeranno su questa via.

5. La protezione del lavoratore si deve raggiungere tramite la vigenza e la tutela dei suoi diritti fondamentali, siano questi propriamente lavorativi o meno, al fine di difendere la

sua personalità e i suoi diritti nel rapporto lavorativo. Se in ogni contratto sono in gioco i diritti fondamentali, come ad esempio la proprietà o la libera iniziativa economica, il contratto di lavoro comprende tutti i diritti fondamentali perché si tratta di un rapporto di potere asimmetrico, in cui un cittadino esercita poteri di direzione su un altro e può controllare il suo operato durante la giornata lavorativa. Come sottolinea Avio, si possono distinguere diritti costituzionali del lavoratore in quanto tale, come il diritto alla retribuzione equa e sufficiente, e diritti costituzionali di tutte le persone ma che, quando assumono un lavoro, si trovano particolarmente esposti a lesioni, come il diritto alla salute (vedi A. AVIO, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, 190). Proprio come conseguenza di questa situazione e a causa delle potestà aperte del datore di lavoro, che il legislatore non potrà mai regolare in modo esaustivo, l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali riveste un ruolo importantissimo. Queste potestà, indivisibili da ogni ordinamento lavoristico, rappresentano, con le parole di Antoine Lyon-Caen, degli standard o nozioni di contenuto variabile e indeterminato (vedi A. LYON-CAEN, *Politique(s) Jurisprudentielle(s) et Droit du Travail: quelques Réflexions a partir de l' Experience Française*, in P. AUVERGNON (a cura di), *Les Juges et le Droit Social*, COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002, p. 23). Consideriamo molto positiva la evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie e anche legale in materia di difesa dei diritti fondamentali all'interno dell'impresa in Cile, ma allo stesso tempo occorre sottolinearne il carattere complementare rispetto ai diritti fondamentali del lavoro proclamati nella Costituzione, come ad esempio la libertà sindacale, da cui dipende la pace sociale necessaria in ogni società contemporanea. C'è da aspettarsi nel futuro nuovi sviluppi legati alla applicazione della nuova procedura di tutela dei diritti fondamentali descritta in queste pagine.

Sergio Gamonal

Professore di Diritto del lavoro

Università Adolfo Ibáñez, Santiago e Viña del Mar, Cile Direttore della Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Francisco Tapia


Professore di Diritto del lavoro


Direttore del Dipartimento di Diritto del lavoro e sicurezza sociale

Pontificia Università Cattolica del Cile

Ex Presidente della Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

2. Francia

2.1. Loi n. 2008-1249 *généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion*, 1° dicembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

2.2. HAUT COMMISSAIRE AUX SOLIDARITÉS ACTIVES CONTRE LA PAUVRETÉ, *Grenelle de l'Insertion. Rapport générale*, 27 maggio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 21).

2.3. HAUT COMMISSAIRE AUX SOLIDARITÉS ACTIVES CONTRE LA PAUVRETÉ, *Livre vert vers un revenu de Solidarité active*, febbraio 2008 (in  indice A-Z, voce *Welfare*).

(2.1. – 2.3.) Valorizzare il lavoro per combattere la povertà e promuovere l'inclusione sociale

Sommario: 1. Premessa. – 2. Presupposti di adozione del provvedimento. – 3. Le condizioni per la revoca del provvedimento. – 4. La *ratio* del provvedimento di sospensione e la sua presunta discrezionalità. – 5. Dubbi di compatibilità costituzionale del provvedimento. – 6. Conclusioni.

1. Esattamente vent'anni dopo la legge del 1° dicembre 1988 che lo aveva introdotto, il *Revenu Minimum d'Insertion* (RMI) è stato sostituito, per effetto della l. n. 2008-1249, dal *Revenu de Solidarité Active* (RSA).

Al di là del simbolismo temporale, la legge si muove in una linea diretta a promuovere la lotta alla povertà e all'inclusione sociale attraverso la valorizzazione del lavoro, declinando in maniera affatto peculiare lo slogan "lavorare di più per guadagnare di più". La valorizzazione del lavoro come strumento di lotta alla povertà è testimoniato a chiare lettere dal nuovo art. L 115-2 del *Code de l'Action Sociale et des Familles* (CASF), secondo cui «l'inserimento sociale e personale delle persone in difficoltà concorre alla *realizzazione dell'imperativo nazionale di lotta contro la povertà e l'esclusione*» (corsivo mio). L'obiettivo viene attuato sia con la trasformazione in politiche attive delle prestazioni sociali assistenziali sia con l'abbandono della logica dei diritti connessi alle condizioni personali dei beneficiari in favore di una logica di diritti connessi ai redditi degli stessi.

La legge interviene sulle cosiddette prestazioni di *minima socieaux*. Dal 1988 tutti i residenti in Francia hanno diritto ad un reddito minimo, il RMI, corrispondente – a marzo 2008 – a 447 euro al mese. Il RMI ha costituito una delle prestazioni sociali minime, insieme all'*Allocation Adulte Handicapé*, al *minimum vieillesse*, all'*Allocation Parent Isolé* e all'*Allocation Spécifique de Solidarité*, di cui hanno beneficiato 6 milioni di persone, la maggior parte delle quali vive tutt'ora sotto la soglia di povertà. Circa 1,5 milioni sono invece i lavoratori al di sotto della soglia di povertà (i dati sono raccolti nel *Livre vert vers un revenu de Solidarité active*).

L'insieme delle prestazioni assistenziali ha creato degli effetti paradossali, perché, di fatto, disincentivava il ritorno al lavoro. La ripresa dell'attività lavorativa, infatti, non consentiva degli incrementi di reddito rilevanti per oltrepassare la soglia di povertà. I proventi dell'attività lavorativa, infatti, erano annullati dalla diminuzione delle prestazioni sociali versate per la disoccupazione (sul tema si veda, B. SEILLER, *La lutte contre la pauvreté et l'exclusion: une responsabilité à partager*, Rapporto informativo n. 445 presentato al Senato il 2 luglio 2008).

Per limitare tali effetti paradossali, vari – e infruttuosi – sono stati gli interventi normativi. Nel 1998 è stato predisposto un sistema d'*intéressement*, che consentiva ai beneficiari del RMI di mantenerlo durante il primo anno di ritorno al lavoro. Tale meccanismo è stato poi trasformato in un premio forfaiario a cui è stato affiancato un *Prime pour l'Emploi*.

Per (tentare di) risolvere i problemi connessi al ritorno non remunerativo al lavoro, al sostegno del potere di acquisto dei redditi bassi, alla complessità del sistema degli aiuti, la l. n. 2008-1249 estende a livello nazionale il RSA (già introdotto sperimentalmente in alcuni Dipartimenti), che sostituisce tutte le altre prestazioni assistenziali (per un'ampia analisi sulla riforma si veda D. ROMAIN, *Rsa: 20 ans après le Rmi, une réforme a minima*, in *La Semaine Juridique – Social*, 16 dicembre 2008, n. 51, 13 ss.).

La legge inoltre modifica le politiche di inserimento prevedendo, tra l'altro, un *Contrat Unique d'Insertion* (CUI).

2. Il RSA è una prestazione sociale che viene calcolata per nucleo familiare in funzione dei redditi professionali dei membri della famiglia e di altri fattori come, ad esempio, il numero dei componenti della famiglia e quello dei figli a carico.

La novità di tale prestazione è il suo carattere ibrido: essa si configura come un reddito minimo, il cui valore-base sarà fissato per decreto, quando i beneficiari non hanno alcun'altra risorsa; funge, invece, da integrazione dei redditi da lavoro per coloro che dispongono di un reddito troppo basso per oltrepassare la soglia di povertà.

Si tratta in sostanza di una prestazione il cui valore decresce con l'aumentare dei redditi da lavoro, garantendo comunque una progressione regolare delle risorse globali di un nucleo familiare e permettendo ai beneficiari di cumulare i redditi provenienti dal lavoro con una frazione di prestazione sociale che comunque costituisce lo zoccolo duro di tutte le risorse familiari. Ai sensi del nuovo art. L 115-2 del CASF, il RSA «garantisce a tutte le persone, siano o meno capaci di lavorare, di disporre di un reddito minimo e di vedere le proprie risorse aumentare quando i redditi da lavoro aumentano».

Il RSA è frutto della riflessione cominciata nel 2005 dalla commissione *Famille, vulnérabilité, pauvreté*, presieduta da Martin Hirsch, *Haut commissaire aux solidarités actives contre la pauvreté*, ed ha avuto una prima fase di sperimentazione sia territoriale in una trentina di Dipartimenti, sia nazionale attraverso una riflessione concertata messa in opera attraverso la pubblicazione di un Libro Verde.

2.1. Del RSA possono beneficiare tutte le persone, residenti stabilmente ed effettivamente in Francia, il cui nucleo familiare abbia risorse inferiori al reddito garantito (art. L 262-2, CASF).

Al di là dell'apparenza universalistica, la legge pone delle condizioni.

Il beneficiario, anzitutto, deve avere più di 25 anni o avere a carico uno o più figli (nati o nascituri). Rileva poi anche il criterio della nazionalità o della residenza. Gli stranieri possono beneficiare del RSA a condizione di essere titolari, da almeno 5 anni, del permesso di soggiorno (art. L. 262-4 CASF. La *Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité* (HALDE) ha, tuttavia, rilevato il carattere discriminatorio della disposizione, si veda la *délibération* dell'HALDE n. 2008-228, 20 ottobre 2008, disponibile in www.halde.fr).

Alcune condizioni sono legate poi all'attività del beneficiario: sono esclusi gli studenti e gli stagisti e i beneficiari, comunque, non devono, nell'attività lavorativa svolta, avere dei lavoratori dipendenti e devono ricevere dall'attività una retribuzione, compenso o reddito agricolo, inferiore ad una certa somma che sarà fissata per decreto.

Il diritto al RSA sussiste poi allorché le risorse del nucleo familiare siano inferiori ad un *minimum garanti* (art. L 262-2, CASF). A tal fine sono considerate tutte le risorse del nucleo familiare, comprese quelle corrispondenti al valore dei beni non produttivi di reddito.

2.2. La creazione del RSA promuove un ripensamento generale dell'articolazione tra diritti alle prestazioni sociali ed obblighi di inserimento professionale. La legge definisce i diritti e i doveri dei beneficiari e, per renderli operativi, prevede un meccanismo di orientamento che è presentato come uno dei fattori di successo della riforma.

Secondo l'art. L 262-27, CASF, i beneficiari hanno diritto ad un accompagnamento sociale e professionale, esteso anche al coniuge o al convivente, organizzato da un *réfèrent unique*. Il beneficiario però deve attivarsi: egli è obbligato ad intraprendere tutte le attività necessarie o alla creazione della propria attività o ad un migliore inserimento sociale e professionale.

A tal fine l'art. L 262-28, CASF, definisce il perimetro e le modalità di attuazione dei doveri incombenti sui beneficiari. L'orientamento del beneficiario assume prioritariamente le vesti di un inserimento professionale. Per l'adempimento dei propri doveri in materia di lavoro e inserimento, i beneficiari saranno orientati dal Consiglio generale del Dipar-

timento di residenza verso il *Pôle Emploi*, una nuova istituzione nata dalla fusione delle agenzie pubbliche per il lavoro (ANPE-ASSEDIC) o verso un servizio di *placement* privato.

A seconda del tipo di orientamento, il beneficiario del RSA deve concludere diversi tipi di contratto. Nel caso in cui l'orientamento avvenga con l'ausilio del *Pôle Emploi*, il beneficiario dovrà concludere con il referente presso tale istituzione un progetto personalizzato di accesso al lavoro, secondo le regole di diritto civile. Se l'orientamento è stato effettuato da altri organismi, deve essere concluso un contratto *sui generis* con il Dipartimento al massimo entro un mese dall'orientamento. L'art. L 262-35 precisa che si tratta di un contratto il cui contenuto è liberamente determinato dalle parti anche se deve farsi comunque riferimento all'attività positiva di ricerca di lavoro da parte del beneficiario. Il contratto deve ugualmente precisare, in relazione alla formazione del beneficiario, alle sue competenze acquisite, alla situazione personale e familiare ed alla situazione del mercato del lavoro, la natura e le caratteristiche del lavoro ricercato, la zona geografica privilegiata e la retribuzione attesa. «Il beneficiario non può rifiutare più di due *offres raisonnable d'emploi*» determinate secondo le modalità appena definite. In caso di rifiuto del beneficiario di sottoscrivere tali contratti senza motivo legittimo, il RSA può essere parzialmente o totalmente sospeso dal Dipartimento.

Il Titolo II della legge è dedicato ai *Droits Connexes*, una locuzione generica che raggruppa diversi vantaggi di cui i beneficiari possono godere; può trattarsi sia di vantaggi fiscali (ad es., l'esenzione dalle tasse relative all'abitazione), sia di vantaggi sociali (ad es., il godimento automatico della *Couverture Maladie Universelle*).

Quella dei diritti connessi non è una novità, si tratta infatti di vantaggi che sono stati introdotti nel 1988 e nel 1998 e che facevano del RMI una sorta di *corbeille des droits* (cestino di diritti). La pratica però aveva mostrato gli effetti perversi di tale sistema soprattutto per il fatto che a godere di tali vantaggi non erano i lavoratori. La novità del RSA risiede proprio nel tentativo di mettere fine a queste disparità di trattamento secondo il principio *à ressources égales, droits égaux* con l'obiettivo di sostituire, il più possibile, una logica di diritti basati sullo statuto personale dei beneficiari con una logica di diritti fondati sul reddito.

Al fine di rafforzare gli incentivi alla ripresa dell'attività lavorativa e di ristabilire una certa equità nelle prestazioni assistenziali e previdenziali, la legge intende fare dei redditi – e non più, quindi, dello statuto personale dei beneficiari – il requisito essenziale per ottenere delle prestazioni sociali. In altri termini, bisogna trattare allo stesso modo coloro che sono nelle medesime condizioni finanziarie.

Alla medesima logica devono rispondere anche gli aiuti forniti dagli enti locali (*collectivités locales*). La legge prevede, infatti, che quando «attribuiscono degli aiuti sociali a carattere individuale, in specie o in natura, o un vantaggio tariffario nell'accesso ai servizi pubblici, gli enti territoriali devono verificare che le condizioni di attribuzione di tali aiuti o i vantaggi non determinino una discriminazione nei confronti delle persone che si trovano nella medesima condizione, tenendo conto sia dell'oggetto dell'aiuto o del vantaggio sia alle risorse, rapportate alla composizione del nucleo familiare» (art. L 1111-5, *Code Général des Collectivités Territoriales*).

Si prevede infine un sostegno personalizzato per il reinserimento al lavoro, le cui modalità di conferimento saranno precisate per decreto, che ha come finalità quella di sostenere tutto o parte dei costi necessari per il beneficiario al fine di intraprendere o riprendere un'attività professionale.

3. La legge modifica il quadro generale delle politiche di inserimento sia nell'architettura, sia negli strumenti. Dal primo punto di vista, la legge prevede una nuova organizzazione a livello territoriale. Al centro del nuovo sistema vi sono i Dipartimenti cui è conferita, congiuntamente con lo Stato, l'attuazione del RSA (art. L 115-2, comma 4, CASF). La

legge impone ai Dipartimenti l'adozione di un programma annuale di inserimento che «definisce la politica dipartimentale di accompagnamento sociale e professionale, censisce i bisogni locali di inserimento e l'offerta di inserimento e pianifica le corrispondenti azioni di inserimento» (art. L 263-1, CASF). È mutata anche l'organizzazione dipartimentale. Sono stati soppressi, infatti, i preesistenti organi consultivi (i *Conseils Départementaux d'Insertion* e le *Commissions Locales d'Insertion*); da tale soppressione deriva un'ampia possibilità per i Consigli generali dei dipartimenti di essere affiancati e coadiuvati da organismi consultivi individuabili a seconda delle esigenze specifiche di ciascuna comunità territoriale.

Anche se la legge non precisa se si tratta di un obbligo o di una facoltà, si prevede poi la possibilità di stipulare dei patti territoriali per l'inserimento con altri enti locali (regioni e comuni) destinati all'attuazione del programma dipartimentale di inserimento (art. L 263-2, CASF).

La legge ha poi proceduto alla riforma dei *Contrats Aidés*, cioè quei contratti assistiti volti a facilitare l'inclusione sociale, prevedendone la sostituzione con un CUI, destinato a *tutti quei soggetti*, senza alcuna distinzione, che incontrano delle difficoltà, sociali e professionali, per l'accesso al lavoro e che hanno necessità di un accompagnamento professionale (L 5134-20 e L 5134-65, *Code du Travail*).

Il CUI si caratterizza per la presenza di tre elementi:

- una *convention individuelle tripartite*, che lega gli organismi pubblici o privati di *placement*, il datore ed il beneficiario. Tale convenzione fissa le modalità d'orientamento e di accompagnamento professionale del beneficiario, prevede delle attività di formazione professionale necessarie alla realizzazione del suo *projet professionnel*. La durata di tale convenzione dipenderà dalle circostanze, non può però essere superiore alla durata del contratto di lavoro né avere una durata massima superiore a due mesi;
- aiuti finanziari per il datore di lavoro, il cui finanziamento è ripartito tra Stato e Dipartimenti;
- un contratto di lavoro che, a seconda dell'attività del datore di lavoro, può essere un *Contrat Initiative-Emploi* (CIE) per i datori del settore commerciale o un *Contrat d'Accompagnement dans l'Emploi* (CAE), per i datori non commerciali.


L'unità del contratto di inserimento si ferma qui. Nonostante la sua affermazione "politica", il contratto *unique* si presenta in due distinte modalità, già presenti nell'ordinamento francese.


Bisogna però considerare che si tratta di un rinnovamento dei CIE e dei CAE, che pone l'accento sull'accompagnamento del percorso di inserimento, con controlli sugli atti concreti datoriali in materia di inserimento professionale ed estende le possibilità di adattamento dei contratti ai bisogni particolari, prevedendo la modulazione della durata settimanale dell'orario di lavoro in funzione dell'impegno lavorativo crescente del beneficiario del RSA.

Raffaele Galardi

*Scuola internazionale di dottorato in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

3. Stati Uniti

3.1. STATEMENT OF DOUGLAS W. ELMENDORF DIRECTOR, *The State of the Economy and Issues in Developing an Effective Policy Response*, Congressional Budget Office, 27 gennaio 2009 (in  *Boll. Spec. Adapt*, 2009, n. 3).

3.2. C. ROMER, J. BERNSTEIN, *The Job Impact of the American Recovery and Reinvestment Plan*, 9 gennaio 2009 (in  *Boll. Spec. Adapt*, 2009, n. 3).

(3.1. – 3.2.) L'impatto sul lavoro delle c.d. misure anti-crisi

Sommario: **1.** La crisi come motore del cambiamento: il *focus* sul capitale umano – **2.** I destinatari dei progetti di formazione e riqualificazione professionale. – **3.** Gli interventi per la occupazione. – **4.** Un'offerta sostenibile. – **4.1.** I fattori di contesto. – **4.2.** I *Green-Collar Jobs*. – **5.** La riforma del sistema di sicurezza sociale. – **6.** Il ruolo chiave delle relazioni industriali.

1. Nel febbraio 2009, sono state approvate le misure per il rilancio dell'economia sotto il cappello dell'*American Recovery and Reinvestment Act* (ARRA, P.L. 111-5). Il provvedimento è destinato ad incidere in modo significativo sul mercato del lavoro statunitense, inaugurando un orientamento interventista della politica governativa attraverso la regolamentazione legale di istituti sinora demandati al libero mercato e l'individuazione di misure dirette alla creazione di occupazione. La maggioranza degli interventi inclusi nel pacchetto di recupero ha carattere di temporaneità e contingenza, ma si accompagna a misure economiche sostanziali da cui desumere la programmazione di future riforme strutturali. La lungimiranza delle politiche di recupero è comprovata dalla pianificazione delle tempistiche progettuali. Il 41% delle misure di spesa pubblica, strumento principe di creazione dell'offerta di lavoro, è programmato per il 2011 ed anni successivi.

L'iter di approvazione del pacchetto di recupero è stato animato da un acceso dibattito politico e metodologico inerente alla natura e alla durata del fenomeno recessione, nonché l'efficacia di interventi correttivi che perseguono ostinatamente la politica di *deficit spending*. Ne risulta uno strumento legislativo che appare dunque come un compromesso, benché dalla portata storica: le soluzioni contenute nel pacchetto ARRA, nelle intenzioni, non sono solo destinate a garanzia di un graduale recupero economico attraverso un contingente stimolo della domanda, ma rispondono ad un più ampio disegno volto a preservare la posizione chiave degli Stati Uniti nell'economia globale, percorrendo la strada del cambiamento che anima l'intera agenda presidenziale (STATEMENT OF DOUGLAS W. ELMENDORF DIRECTOR, *The State of the Economy and Issues in Developing an Effective Policy Response*, Congressional Budget Office, 27 gennaio 2009, in epigrafe).

Gli interventi in materia di sicurezza sociale, gli investimenti per la riconversione di interi settori industriali verso un modello economico a bassa emissione di carbonio, i relativi programmi di attivazione destinati a formare nuovi profili professionali in un'ottica migliorativa delle precedenti condizioni di lavoro, dimostrano come le risposte alla emergenza possano costituire il volano per cambiamenti di più ampio respiro.

Le misure adottate con l'ARRA dovrebbero tradursi in un incremento di occupazione stimabile tra i 3,3 e i 4,1 milioni di nuovi posti di lavoro (cfr. C. ROMER, J. BERNSTEIN, *The Job Impact of the American Recovery and Reinvestment Plan*, 9 gennaio 2009, in epigrafe), il 90% dei quali nel settore privato. Si teme, tuttavia, il persistere e l'acuirsi di un profondo scollamento tra le caratteristiche della domanda e dell'offerta nel mercato del lavoro. Circa la metà della popolazione attiva americana non possiede oggi le competenze necessarie per ricoprire i ruoli professionali che verrebbero creati una volta data e-

secuzione ai progetti contenuti nel piano di rilancio, mentre persistono generalmente profonde deficienze in materia di istruzione della popolazione adulta statunitense nel quadro internazionale comparato, che suggeriscono la necessità di una riforma dell'intero sistema formativo guidata dal *focus* sull'acquisizione di competenze professionali realmente innovative e sull'apprendimento durante l'intero arco di vita.

La concreta attuazione di interventi di incentivo alla formazione e riqualificazione professionale si rende ancora più urgente a fronte della progressiva diminuzione di capitale umano causata dalle rigide politiche di immigrazione, da cui spesso dipende il ritorno di molti lavoratori migranti altamente qualificati, prevalentemente cinesi e indiani, nei rispettivi Paesi di origine (cfr. V. WADHWA, A.L. SAXENIAN, R. FREEMAN, G. GEREFFI, A. SALKEVER, *America's Loss is the World's Gain: America's New Immigrant Entrepreneurs*, Part IV, 2 marzo 2009).

Tali premesse spiegano l'enfasi posta dalle politiche per il rilancio dell'occupazione sui progetti per lo sviluppo delle competenze della forza-lavoro per liberare il potenziale delle fasce di popolazione storicamente relegate ai margini del mercato. Non solo quindi un ingente stanziamento di fondi a sostegno della occupabilità dei lavoratori in tempi di crisi, ma anche attenzione specificatamente riservata alla *sostenibilità* della nuova offerta di lavoro. Una valorizzazione del fattore umano quale risorsa strategica per l'economia nazionale, che si pone in chiave alternativa alla tesi ormai cristallizzata che rivendica la esclusività degli automatismi generati dalle modalità di incontro domanda-offerta.

2. Gli interventi in materia di formazione e riqualificazione professionale mirano a sostenere la partecipazione alla vita economica e conseguentemente la capacità di consumo dei segmenti vulnerabili della popolazione lavorativa, cioè quei gruppi sociali su cui gli effetti delle crisi cicliche si manifestano di norma in maniera più incidente e repentina.

La maggioranza dei progetti previsti sotto il titolo VIII, Division A dell'ARRA è finanziata ai sensi del *Workforce Investment Act* (P.L. 105-220), che stabilisce un'ampia offerta di programmi di formazione ed informazione professionale. Nello specifico, l'ARRA stanziava 1,2 milioni di dollari per una serie di interventi volti alla formazione e alla creazione di opportunità di occupazione temporanea diretti alla popolazione giovanile, quali ad esempio le esperienze di lavoro estivo. Attenzione privilegiata è riservata alla sottocategoria dei giovani disagiati o con problemi d'integrazione sociale: vengono previsti stanziamenti per rilanciare percorsi di formazione-lavoro come *YouthBuild*, che persegue sinergicamente gli obiettivi di sostegno della comunità e di riduzione degli abbandoni scolastici, nonché per l'esecuzione di opere di ammodernamento delle strutture *Job Corps*, storico programma che offre servizi abitativi e formativi per la riabilitazione del target di età compresa tra i 16 ed i 24 anni. Soprattutto il piano contempla ingenti stanziamenti per interventi volti a garantire la formazione e piena occupazione dei lavoratori in esubero che, per effetto della crisi, alimentano sempre più le statistiche ufficiali di disoccupazione. Inoltre, i servizi pubblici per l'impiego riceveranno una consistente iniezione di liquidità per far fronte all'attuale emergenza che vede il 40% dei beneficiari dei sussidi di disoccupazione esaurire la finestra legale senza avere trovato nel mentre una nuova occupazione (COMMITTEE ON APPROPRIATIONS, *The American Recovery and Reinvestment Act of 2009*, Report 111, gennaio 2009).

L'ARRA destina 500 milioni di dollari per l'implementazione di programmi per sostenere la mobilità, la formazione e la ricerca di opportunità d'impiego per i lavoratori nei settori emergenti legati all'efficienza ed alla sostenibilità energetica. Le misure di sostegno interessano trasversalmente diverse categorie merceologiche (dall'industria dell'edilizia al settore dei trasporti su rotaie, fino al manifatturiero) identificate ai sensi del *Workforce Investment Act*, come modificato dal *Green Job Act* del 2007 (Titolo X del P.L. 110-140 del dicembre 2007, meglio noto come *Energy Independence and Security Act 2007*). Tali

investimenti in capitale umano mirano a soddisfare la domanda di lavoro altamente qualificato che consegue dall'ingente spesa pubblica in infrastrutture eco-sostenibili.

4. Il principio dell'inclusione sociale appare animare anche le altre misure specificamente rivolte al sostegno dell'occupazione.

Ancora sotto il Titolo VIII, l'ARRA prevede stanziamenti per programmi preesistenti quali il *Community Service Employment for Older Americans* finalizzato ad offrire occasioni di lavoro a tempo parziale nel ramo dei servizi alla comunità alla popolazione anziana con difficoltà economiche, categoria particolarmente vulnerabile la cui popolosità appare relativamente influenzata dall'attuale crisi (si vedano in materia AARP, *A Year-End Look at the Economic Slowdown's Impact on Middle-Aged and Older Americans*, gennaio 2009, e A. MUNNELL, D. MULDOON, S. SASS, *Recessions and Older*, Center for Retirement Research at Boston College, Chestnut Hill, MA, Issue in Brief, gennaio 2009, n. 9-2). Sotto il medesimo titolo vengono poi previsti ulteriori stanziamenti per i programmi attuati dalle agenzie statali per la riabilitazione professionale, strutture pubbliche funzionali alla formazione ed all'inserimento lavorativo di soggetti diversamente abili.

Un rilevante sostegno all'occupazione nel settore privato consegue dall'adozione di misure fiscali specifiche. In generale gli aiuti statali e la riduzione dell'imposta sui redditi delle persone fisiche sono considerate leve strategiche per l'occupazione femminile, sostenendo in via indiretta l'offerta di lavoro in settori altamente "femminilizzati" quali educazione, sanità e commercio al dettaglio. Anche se la popolazione femminile è stata finora solo marginalmente affetta dall'attuale crisi economico-occupazionale (secondo il Bureau of Labor Statistics, il tasso di disoccupazione femminile è passato dal 4,3% del dicembre 2007 al 6,7% del febbraio 2009, contro un incremento di 3,8 punti percentuale per gli uomini nel medesimo arco temporale: cfr. i dati pubblicati sul sito del Bureau of Labor Statistics alla sezione *Economic News Release – Employment Situation*, Table A-1. *Employment status of the civilian population by sex and age*, marzo 2009), la necessità di tali interventi sarà ancora più forte proprio nella fase di recupero dell'economia visto che, come sostenuto da Romer e Bernstein, «le lavoratrici più anziane e con una formazione universitaria tendono a subire minori livelli di disoccupazione a fronte di un incremento nel tasso generale [...] Storicamente, quando si registra un crollo del tasso totale, questi gruppi tendono però a beneficiare di una minore crescita occupazionale» (C. ROMER, J. BERNSTEIN, *op. cit.*).

Anche le imprese che assumeranno lavoratori svantaggiati potranno beneficiare di incentivi fiscali: nello specifico, il punto 1221 della Parte III, Sottotitolo C, Titolo I Sezione B, stabilisce agevolazioni per sostenere l'occupazione di giovani disconnessi (individui tra i 16 e i 24 anni con forti lacune formative, non iscritti ad alcun corso di studi né impiegati in alcuna occupazione nei sei mesi precedenti la data di assunzione) e reduci di guerra disoccupati.

5. L'attenzione al profilo qualitativo della nuova offerta di lavoro si evince dalla combinazione delle caratteristiche intrinseche delle mansioni con le condizioni di contesto attinenti i settori d'industria interessati dalle misure di rilancio.

5.1. Numerose categorie merceologiche beneficeranno, in termini occupazionali, delle misure contemplate dall'ARRA. Nel rapporto che ha preceduto l'introduzione del pacchetto al Congresso, i consiglieri economici alla Casa Bianca pongono enfasi sulla percentuale di nuovi posti di lavoro (30% rispetto al totale) che si creerebbero congiuntamente nei settori edile e manifatturiero. Entrambi i rami d'industria presentano storicamente percentuali di adesione sindacale molto elevate (nel 2008, rispettivamente del 15,6% nel settore dell'edilizia e 11,4% nel manifatturiero: si vedano i dati del Current Population Survey sul sito del Bureau of Labor Statistics, sintetizzati nel comunicato stampa *Union Members in 2008* del 28 gennaio 2009).

La sostenibilità della nuova offerta occupazionale si desume dall'ipotesi per cui, in un sistema di contrattazione articolato su base aziendale, i lavoratori coperti da un contratto collettivo percepiscono, in media e *ceteris paribus*, un reddito più elevato del resto della forza-lavoro (in media il 14% in più rispetto ai lavoratori non sindacalizzati, isolando i fattori educazione, esperienza e professione; L. MISHEL, J. BERNSTEIN, H. SHIERHOLZ, *The State of Working America 2008/2009*, Economic Policy Institute, 2008).

Tuttavia, una lettura attenta del rapporto istituzionale rivela che l'attenzione verso condizioni di lavoro migliorative non sempre è una costante delle misure di recupero contemplate nel pacchetto. Infatti, il numero di nuovi posti di lavoro nei settori del commercio al dettaglio e dell'industria dell'intrattenimento ed alberghiera rappresenterà più del 30% dell'offerta totale. Appare necessario sottolineare che, nel 2008, il tasso di sindacalizzazione nei settori *Leisure and Hospitality* e *Retail Trade* si attestava su percentuali molto basse, rispettivamente del 3,2% e del 5,2% (si vedano i dati del Current Population Survey). Inoltre i due settori sono caratterizzati da condizioni retributive sotto la media nazionale: nel gennaio del 2009, la paga oraria media dei lavoratori con profili non manageriali consisteva rispettivamente in 12,96 dollari nel settore del commercio al dettaglio e 10,98 dollari nei servizi di intrattenimento ed alberghieri (comunicato stampa del Bureau of Labor Statistics del 20 febbraio 2009, *Real Earnings in January 2009*). Va inoltre rilevato che nel 2007, i tre quinti della popolazione lavorativa statunitense che percepiva un salario pari o inferiore alla soglia del reddito minimo risultava, secondo i dati del Current Population Survey, occupata proprio nel settore *Leisure and Hospitality* (a riguardo, si veda F. LUCREZIO MONTICELLI, *Analisi dei dati del Dipartimento del Lavoro del Governo degli Stati Uniti d'America sui lavoratori che guadagnano sul salario minimo*, in *IBO Boll. Adapt*, 2008, n. 12).

5.2. Nel 2007, uno studio congiunto dell'Accademia Nazionale delle Scienze, della Accademia Nazionale di Ingegneria e dell'Istituto di Medicina identificava due priorità strategiche per rispondere alle incalzanti sfide poste dalle economie emergenti alla leadership economica statunitense: la creazione di posti di lavoro con un elevato standard qualitativo ed una risposta celere al fabbisogno nazionale di fonti di energia pulita, efficiente nei costi ed affidabile nel tempo (COMMITTEE ON PROSPERING IN THE GLOBAL ECONOMY OF THE 21ST CENTURY: AN AGENDA FOR AMERICAN SCIENCE AND TECHNOLOGY, NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, NATIONAL ACADEMY OF ENGINEERING, INSTITUTE OF MEDICINE, *Rising Above the Gathering Storm: Energizing and Employing America for a Brighter Economic Future*, The National Academies Press, Washington DC, 2007).

Tali strategie trovano un comune denominatore nei nuovi profili professionali – i cosiddetti *green-collar jobs* – che caratterizzano i settori d'industria con maggiore potenziale di “mitigazione” (strategia che persegue l'abbattimento delle emissioni di biossido di carbonio nell'atmosfera) quali, ad esempio, l'edilizia ad alta efficienza energetica, il manifatturiero, l'agricoltura ed i trasporti pubblici.

La creazione di tali profili altamente innovativi dipende dall'efficacia dei percorsi di riqualificazione ed aggiornamento di figure professionali tradizionali (quali carpentieri, elettricisti, operai metalmeccanici, ecc.), che beneficerebbero di più elevati standard di lavoro, quali maggiore *empowerment* (UNEP, ILO, IOE, ITUC, *Green Jobs: Towards Decent Work in a Sustainable, Low-Carbon World*, settembre 2008), livelli salariali più elevati ed opportunità di avanzamento di carriera (R. POLLIN, J. WICKS-LIM, *Job Opportunities for The Green Economy. A State-by-State Picture of Occupations that Gain from Green Investments*, Political Economy Research Institute University of Massachusetts, Amherst, giugno 2008).

Inoltre l'offerta di lavoro generata dal processo di riqualificazione eco-sostenibile di alcuni settori d'industria sarebbe destinata principalmente alla popolazione residente nel

bacino geografico di riferimento, una misura deliberatamente a sostegno dello sviluppo delle economie locali (UNEP, ILO, IOE, ITUC, *op. cit.*).

6. Tuttavia alcune ricerche sulla transizione verso un'economia a bassa emissione di carbonio preannunciano che i costi associati al cambiamento potrebbero essere interamente sostenuti da alcuni settori specifici, quali ad esempio l'industria plastica, mineraria (UNEP, ILO, IOE, ITUC, *op. cit.*) ovvero il settore del trasporto su strada (ETUC, SDA, SYNDEX, WUPPERTAL INSTITUTE, ISTAS, *Climate Change and Employment. Impact on employment of climate change and CO₂ emission reduction measures in the EU-25 to 2030*, giugno 2007). Per evitare distorsioni nell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro e neutralizzare le resistenze al cambiamento, l'ILO propone in materia un approccio *Just Transition* basato sul modello tripartito e dunque, sul coinvolgimento del governo e delle parti sociali per governare i processi di conversione. Nel dettaglio, l'attore politico, identificato quale agente catalizzatore del cambiamento, è invitato all'assunzione di responsabilità specifiche. Il paradigma propone che la transizione economica avvenga sul solco di importanti riforme che supportino la protezione, la riqualificazione ed il re-impiego dei lavoratori nei settori di mercato compromessi dalle politiche pubbliche per la transizione verso un'economia eco-sostenibile.

Coerente con tale approccio, il disegno di rilancio statunitense accoglie importanti novità in tema di sicurezza sociale. Per far fronte all'emergenza occupazionale, al *focus* sulla leva dell'attivazione esplicitato nel sovra-citato *Workforce Investment Act*, si accompagna la modernizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali passivi. Investimenti consistenti mirano ad estendere la copertura del sussidio di disoccupazione non solo in termini di durata (il termine della domanda per beneficiare dell'*Emergency Unemployment Compensation Program* già modificato dall'*Unemployment Compensation Extension Act of 2008* viene prorogato da marzo 2009 al 31 dicembre 2009), ma anche in riferimento ai criteri di eleggibilità. Attraverso il sistema dei trasferimenti agli Stati ai sensi del *Reed Act* verranno previsti cospicui stanziamenti per favorire riforme dei sistemi assistenziali che assicurino l'inclusione di categorie di lavoratori non contemplate dalle attuali norme statali, quali ad esempio, i *part-timers*.

Inoltre, al fine di garantire la continuità nell'assistenza sanitaria anche durante i periodi di transizione della propria vita lavorativa, è previsto uno stanziamento di più di 100 miliardi di dollari destinati ad un incremento temporaneo del finanziamento federale del programma *Medicaid* e del sussidio per l'assicurazione *Cobra*, a beneficio di categorie di persone particolarmente vulnerabili, quali lavoratori colpiti da esuberi tra il settembre del 2008 e il gennaio del 2011, famiglie a basso reddito che intraprendono un percorso di *welfare-to-work* (attraverso l'estensione di un programma preesistente, il *Transitional Medical Assistance*), disoccupati di lungo periodo ed anziani.

7. Tuttavia, come sostenuto dal paradigma *Just Transition* elaborato dall'ILO, l'efficacia del processo di implementazione delle politiche pubbliche non può prescindere dal coinvolgimento attivo delle parti sociali. Sullo sfondo dell'emergenza occupazionale, l'attuale amministrazione non potrà trascurare l'importanza del dialogo sociale nell'intraprendere la strada di riforme storiche e nella pianificazione ed attuazione dei progetti di formazione e riqualificazione professionale. È difficile definire il livello a cui esperire il dialogo sociale, data la complessità del sistema di relazioni industriali statunitense. L'efficacia dell'implementazione concreta degli interventi non può tuttavia prescindere dall'adozione di soluzioni partecipative, che contemplino il coinvolgimento estensivo di rappresentanti della società civile nel livello locale.

Esempio emblematico è il disegno di legge "SECTORS" (*Strengthening Employment Clusters to Organize Regional Success Act of 2009*, H.R. 1855) presentato al Congresso nell'aprile del 2009, che mira alla promozione di un modello cooperativo per lo sviluppo dei settori emergenti – tra cui quello delle energie rinnovabili – nei distretti industriali, at-

traverso la creazione *partnership* tra rappresentanti del mondo del lavoro, enti pubblici, organizzazioni non governative ed istituzioni formative, per progettare e realizzare soluzioni mirate a sviluppare le competenze della forza lavoro nel bacino geografico di riferimento.

Sulla base di esperienze similari, è necessario riflettere sul valore aggiunto e sulle criticità di un modello esteso di *partnership* sociale, dove ad avere voce sono anche coloro che finora erano relegati a partecipare alla sola fase di definizione degli input nel sistema politico, quali gruppi di pressione ambientalisti ed organizzazioni non governative che, a ragione del loro ruolo pionieristico nella promozione dei *green jobs* nell'agenda politica statunitense, trovano oggi ampio spazio nei sistemi di contrattazione locali.

Ambra Barboni

Scuola internazionale di dottorato in Relazioni di lavoro internazionali e comparate
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Quadro internazionale e comparato

4.1. ERKKI KOSKELA, JAN KÖNIG, *The Role of Profit Sharing in a Dual Labour Market with Flexible Outsourcing*, CESIFO Working Paper, gennaio 2009, n. 2533 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 7).

Politiche di partecipazione agli utili e *outsourcing* in un mercato del lavoro duale

Sommario: 1. Sintesi dello studio. – 2. Il capitalismo partecipativo e le relazioni industriali. – 3. Partecipazione agli utili e *outsourcing*: il rischio somma zero.

1. La partecipazione agli utili per i lavoratori maggiormente qualificati può avere delle implicazioni rilevanti sui processi decisionali che inducono un'impresa a trasferire all'esterno una fase del proprio processo produttivo e può determinare, allo stesso tempo, delle ripercussioni sulle retribuzioni dei lavoratori di imprese occidentali, inseriti, come noto, in un mercato del lavoro c.d. duale, nel quale ai lavoratori *high skilled* si contrappongono quelli *low skilled*. È quanto emerge dallo studio di Erkki Koskela e Jan König, *The Role of Profit Sharing in a Dual Labour Market with Flexible Outsourcing*, ed è proprio l'analisi congiunta, in ottica di interdipendenza, di *profit sharing* e *outsourcing*, l'elemento di maggior interesse della ricerca condotta dai due studiosi europei.

In che modo l'implementazione delle prassi della partecipazione agli utili influenza il verificarsi di esternalizzazioni flessibili? Quale relazione esiste tra i costi legati all'*outsourcing*, la partecipazione agli utili e i salari dei lavoratori molto specializzati e di quelli poco qualificati?

Il dato da cui lo studio prende le mosse è che in un'economia internazionalmente integrata come quella attuale, con costi di transazione sempre più trascurabili, uno degli elementi chiave che contribuisce ad orientare le scelte strategiche di un'impresa è dato dalle differenze di costi marginali – ossia la variazione nei costi totali causata da una variazione unitaria della produzione – largamente influenzati dai differenziali salariali e dal costo del lavoro. Dal momento che le imprese possono verificare i livelli di retribuzione domestica e i relativi costi di produzione marginale *ex ante*, prima della definizione del proprio processo produttivo, la minaccia di esternalizzare fasi di esso – specie quelle associate a lavori meno specializzati – diminuirà la possibilità che i sindacati riescano ad ottenere, in sede di trattativa, dei livelli retributivi più elevati. Il salario dei lavoratori altamente spe-

cializzati, invece, sembrerebbe sganciato da tali meccanismi e, anzi, il fatto che l'impresa possa riuscire ad ottenere dei margini di profitto maggiori per via della riduzione dei costi successiva all'*outsourcing* fa sì, addirittura, che questi possano vedere il proprio salario aumentato. Si giungerebbe, in sintesi, a una situazione di questo tipo: un'impresa decide di adottare in maniera diffusa lo schema di partecipazione agli utili fra i lavoratori maggiormente specializzati per incentivarne la produttività e per migliorare, conseguentemente, la performance aziendale. Aumentati i profitti aziendali, i sindacati vedono aprirsi la possibilità di catturare parte del surplus e decidono di richiedere un aumento salariale per i lavoratori meno specializzati; tale richiesta, tuttavia, se accettata, diminuisce il vantaggio, per l'impresa, di produrre nel mercato domestico e, pertanto, aumenta la probabilità che l'impresa stessa decida di esternalizzare parte del processo produttivo. Un'operazione di tal tipo, infatti, porterebbe ad una riduzione dei costi, potrebbe contribuire a generare, nel medio termine, un aumento dei profitti e dunque, per i lavoratori maggiormente specializzati, un aumento della quota di utili a essi spettanti per via dello schema di *profit sharing* adottato.

La tesi di fondo dello studio, pertanto, è che i costi inferiori dell'*outsourcing* possono aumentare la dispersione salariale, diminuendo il salario dei meno qualificati e aumentando quello dei lavoratori molto specializzati, proprio alla luce della considerazione che nella maggior parte dei Paesi occidentali, come brevemente accennato, i salari dei primi sono determinati sulla base della contrattazione collettiva tra rappresentanze datoriali e sindacati, mentre quello dei lavoratori qualificati è determinato in base a logiche di mercato.

Sono necessarie due precisazioni, affinché tale impostazione sia corretta anche da un punto di vista teorico: la prima è che i lavoratori *high skilled* abbiano un forte potere contrattuale e la domanda aggregata di profili di questo tipo sia, all'interno del mercato del lavoro, non solo costante, ma maggiore dell'offerta. Il secondo punto riguarda, invece, i processi di *outsourcing*: in particolare, si deve assumere che le fasi che le imprese decidono di trasferire all'esterno sono quelle c.d. *labor-intensive*, che coinvolgono i lavoratori meno qualificati.

2. L'assetto delle relazioni industriali svolge un ruolo importante per il funzionamento di un sistema produttivo, non solo per le conseguenze macro che questo ha sulla crescita dell'economia e sulla dinamica delle variabili monetarie, ma anche perché la contrattazione tra lavoratori e datori di lavoro incide sulle modalità di organizzazione del lavoro e sulla distribuzione del reddito prodotto (I. VISCO, *Indagine conoscitiva sull'assetto delle relazioni industriali e sulle prospettive di riforma della contrattazione collettiva – Testimonianza del Vice Direttore Generale della Banca d'Italia*, Commissione Lavoro Camera dei Deputati, 25 novembre 2008). A tale proposito, il capitalismo partecipativo non è soltanto una forma di remunerazione, che lega il compenso dei lavoratori ai risultati dell'impresa, ma è un vero e proprio modello di organizzazione.

La partecipazione può essere declinata in senso professionale, economico ed anche istituzionale. Il primo caso coinvolge, in Italia, le PMI e i distretti industriali, laddove si sono sviluppate, nel corso degli anni, forme di lavoro di gruppo e di organizzazione non tayloristica del lavoro. Per quanto concerne la partecipazione economica, essa si è diffusa in seguito agli indirizzi di concertazione sociale prefigurati nell'accordo interconfederale del 23 luglio 1993 e prevede, accanto ai premi di produttività tradizionali, strumenti di natura mista, oppure l'istituzione di nuovi premi variabili realmente legati agli incrementi della qualità, dell'efficienza e dei profitti aziendali, nell'ambito di programmi concordati tra le parti. La partecipazione istituzionale, invece, attiene alle relazioni industriali nelle imprese, ossia, sempre secondo l'accordo del 1993, alle «procedure di informazione, consultazione, verifica o contrattazione previste dalle leggi, dai Ccnl, dagli accordi collettivi o dalla prassi vigente», al fine di gestire gli effetti dell'innovazione tecnologica, delle ri-

strutturazioni e delle riorganizzazioni aziendali sotto il profilo sociale, occupazionale e delle condizioni di lavoro.

Come è stato sottolineato nella Proposta di Documento conclusivo presentato dalla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati lo scorso 8 gennaio, l'ostacolo principale che impedisce l'affermarsi definitivo di meccanismi partecipativi in Italia è dato dal fatto che nella nostra realtà vi è un unico soggetto titolato a svolgere sia il ruolo rivendicativo sia quello partecipativo. Contestualmente alla considerazione di introdurre un doppio canale (uno sindacale, l'altro rappresentativo della comunità dei lavoratori), come accade a livello europeo, la Commissione Lavoro della Camera ha sottolineato la necessità di adottare «piani di partecipazione azionaria dei dipendenti, anche sulla base di contratti e accordi collettivi stipulati a livello aziendale, diretti a conferire le risorse azionarie ad un fondo comune d'impresa appositamente costituito in forma di società d'investimento a capitale variabile, che emetterebbe in contropartita quote da assegnare agli aderenti ai piani, in proporzione alla loro partecipazione al fondo medesimo».

3. Se, in linea generale, il capitalismo partecipativo e il *profit sharing* possono rappresentare delle opportunità per le imprese che adottano tali meccanismi, lo studio di Koskela e König dimostra che l'effetto che si genera, se combinato all'*outsourcing*, è controverso nella misura in cui se, da un lato, le categorie più professionalizzate dei lavoratori possono esserne avvantaggiate, d'altro canto il rischio è che si generi una dispersione salariale consistente e che la forbice tra i salari degli operai e quelli dei colletti bianchi si allarghi ancora di più di quanto non si registri già oggi.

In questi casi è concreto il rischio che si verifichi una situazione di gioco a somma zero, tale per cui per ogni terminazione di gioco la somma dei *payoff* è nulla e tutto quello che viene guadagnato da qualche giocatore – i lavoratori specializzati – viene perso da qualche altro giocatore – in questo caso, i lavoratori poco qualificati. Inoltre, considerato il fatto che i lavoratori poco specializzati sono molti di più di quelli *high skilled*, può addirittura determinarsi una riduzione del benessere sociale.

È opportuno rimarcare che tale situazione non si verifica se la quota dei profitti e il salario dei lavoratori *high skilled* sono negoziati dopo la contrattazione del salario dei lavoratori *low skilled*: in questo caso, infatti, non vi è alcuna conseguenza negativa per la retribuzione di questi ultimi e, in generale, è limitato anche l'impatto sull'implementazione di pratiche di esternalizzazione.

In ogni caso, i dati sin qui illustrati devono essere analizzati in modo appropriato. Infatti, non vi è un nesso di causa-effetto tra *profit sharing* e *outsourcing*: la partecipazione agli utili di alcuni gruppi di lavoratori non comporta, automaticamente, l'implementazione di pratiche di esternalizzazione e, conseguentemente, dispersioni salariali rilevanti. Lo studio proposto, d'altronde, non è volto a scoraggiare meccanismi di partecipazione agli utili né, tantomeno, a giudicare negativamente i processi di *outsourcing*: la questione è più complessa e non può essere ricondotta a mere semplificazioni di tale tipo.

Quello che è certo, invece, è che gli attori sociali devono considerare, in sede di contrattazione, delle implicazioni non preventivabili che potrebbero verificarsi.

4. Quadro internazionale e comparato (segue)

4.2. M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 13 novembre 2008 (in *IB Bull. Adapt*, 2008, n. 38).

Tendenze e prospettive del quadro comparato europeo in tema di responsabilità degli imprenditori nella segmentazione degli appalti

Sommario: 1. Sintesi dello studio. – 2. Il subappalto e i processi di organizzazione delle imprese di costruzione. – 3. Il rischio *dumping* sociale, il ruolo della regolazione e delle parti sociali: possibili prospettive future.

1. Lo sviluppo del settore edile nella maggior parte dei Paesi europei ha portato, negli ultimi decenni, ad una maggiore diffusione delle pratiche di subappalto con relative modifiche nei rapporti di lavoro e nelle relazioni industriali. Muove da queste considerazioni lo studio di Mijke Houwerzijl e Saskia Peters per l'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (in epigrafe), nel quale si analizza il regime di responsabilità vigente in materia di subappalto nel settore europeo delle costruzioni, attraverso l'analisi delle esistenti legislazioni di 8 Paesi: Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Olanda e Spagna.

Se il nostro Paese prevede una legislazione in materia di appalto già dal 1960, con la l. n. 1369, il quadro d'insieme che emerge è estremamente eterogeneo, condizionato da una diversa tradizione legale, così come da una differente cultura di relazioni industriali che caratterizza ciascun Paese; cosicché, sostengono gli autori, parrebbe molto complicata qualsiasi operazione di trasposizione da un ordinamento all'altro.

Dall'analisi dei diversi contesti normativi emergono, principalmente, due tipi di responsabilità: una congiunta e solidale da un lato e responsabilità "a catena" dall'altro.

In base al primo tipo, se il subappaltatore non rispetta le proprie obbligazioni con riguardo, ad esempio, al pagamento della prestazione lavorativa, il creditore può rivalersi sul subappaltatore stesso o sull'appaltatore, indipendentemente dal grado di responsabilità di quest'ultimo. Tale tipo di meccanismo favorisce una selezione di mercato del soggetto che riceve il subappalto, nel senso che l'appaltatore è molto incentivato a selezionare il subappaltatore sulla base delle migliori risorse finanziarie e della maggiore solidità che questo garantisce. La responsabilità "a catena" prevede, invece, che siano responsabili non solo le parti contraenti ma l'intera catena dei subappalti; tale responsabilità si configura, pertanto, anche nei confronti del committente.

La responsabilità si articola, con gradazioni differenti, in tre direzioni: salario minimo, sicurezza sociale dei contributi e tasse sul lavoro. Tutti e otto i Paesi analizzati presentano almeno due di queste responsabilità. Le misure preventive di tutela del creditore previste dagli Stati sono anch'esse, principalmente, di due tipi, combinabili fra loro: le prime sono volte al controllo preventivo, di carattere generale, dell'affidabilità dell'appaltatore e/o dell'agenzia di somministrazione in questione. Le seconde sono volte a garantire, invece, l'effettivo pagamento di salari, contributi di sicurezza sociale e tasse sul lavoro. In caso di inadempienza, le sanzioni previste a carico del debitore o di chi è responsabile in solido con lui si muovono, principalmente, su tre binari: obbligazioni di *back-payment*, multe e/o sanzioni alternative addizionali.

Dallo studio emerge che tutti e otto i Paesi incontrano seri problemi con riferimento ai meccanismi di *enforcement* e all'applicazione delle disposizioni sulla responsabilità verso subappaltatori stranieri. Con riguardo alla responsabilità per i salari, l'ostacolo principale è dovuto ad informazioni legislative non trasparenti o inaccessibili unite alla difficoltà di dimostrare abusi in procedimenti *cross-border*. Circa la responsabilità per sicurezza sociale e tasse, invece, il problema principale è dovuto al fatto che subappaltatori e lavoratori sono spesso "coperti" dalle leggi dei loro Paesi di origine piuttosto che da quelle del Paese ospitante.

2. Lo studio appare di particolare interesse principalmente per due motivi. Da un lato, per il fatto che il settore edile sta progressivamente assumendo una dimensione sempre più

internazionale – il Rapporto Ance sull'attività internazionale del sistema italiano delle costruzioni nel 2007, presentato nell'ottobre 2008, parla di una presenza delle nostre imprese in 79 Paesi, con un incremento delle aziende che hanno operato sui mercati internazionali, per il quinquennio 2003-2007, pari al 127%, con una velocità di crescita annua del 23%. Dall'altro, per i processi organizzativi che hanno coinvolto il settore europeo delle costruzioni, con un utilizzo frequente dello strumento del subappalto, anche in virtù della struttura stessa del settore, caratterizzato da un numero considerevole di imprese di grandi dimensioni e da una grossa porzione di piccole imprese (il 25% delle quali, addirittura, unipersonali). Ed è proprio quest'ultimo dato, uno dei motivi per i quali la catena dei subappalti sta divenendo via via più lunga, rendendo conseguentemente sempre più pressante la necessità di una chiara definizione delle implicazioni legali per i datori ed i lavoratori, in particolare per quanto concerne i diritti di questi ultimi e le responsabilità dei diversi soggetti coinvolti.

Negli ultimi decenni, peraltro, si sono consolidati tre principali trend di sviluppo della struttura del settore delle costruzioni, strettamente collegati allo strumento del subappalto. Il primo riguarda il concetto di organizzazione ad ombrello – detto anche di *management contracting* – dove le attività di *core business* sono sviluppate all'interno dell'impresa e tutte le altre sono realizzate attraverso il subappalto. Il secondo trend si riferisce alle imprese che organizzano la vendita dei lavori di costruzione e subappaltano l'intero processo di costruzione. L'ultimo, infine, riguarda l'appalto di lavori di grandi dimensioni che prevedono un basso tasso di specializzazione richiesta, come la pulizia preventiva del sito di costruzione.

A queste considerazioni, deve sommarsi il dato, citato in precedenza, che il 25% delle imprese di costruzione sono unipersonali. Tali realtà riflettono alcune tendenze del mercato del lavoro: da un lato, i lavoratori con un elevato livello di specializzazione intravedono una opportunità nell'usare le proprie abilità e la propria esperienza come una impresa piuttosto che come un lavoratore dipendente. Dall'altro, alcune persone che lavorano in questo settore operano in condizioni di sicurezza discutibili e per un salario inferiore a quello stabilito dai contratti collettivi di riferimento.

Tuttavia, tiene a precisare lo studio, l'utilizzo crescente dello strumento del subappalto per i segmenti c.d. *labour intensive* dei progetti di costruzione non significa, necessariamente, un deterioramento delle condizioni di lavoro, ma certamente determina una diminuzione della responsabilità sociale diretta del principale appaltatore.

3. Come accennato, la costante evoluzione dell'integrazione e dell'allargamento del mercato interno, unita alla libera circolazione di persone, capitali, beni e servizi, ha portato ad un grande movimento di forza-lavoro fra diversi Paesi, soprattutto all'interno dell'Unione europea. Questo dato, messo in rapporto con il processo di subappalto, fa sì che vi sia un incremento potenziale della possibilità che si verifichi il fenomeno di *dumping* sociale. Se con il termine *dumping* si intende, comunemente, la discriminazione di prezzo fra mercati nazionali e in particolare la riduzione di prezzo all'esportazione al di sotto del prezzo praticato per lo stesso bene nel mercato interno, qualora tale riduzione non sia giustificata da reali differenze nel costo di vendita, di produzione o di trasporto, quando si parla di *dumping* sociale si fa riferimento, invece, a quella situazione nella quale un'impresa ha costi – e quindi prezzi – inferiori a quelli dei propri concorrenti perché non è soggetta alle più rigorose leggi in materia di diritto del lavoro (salari minimi, ferie, ecc.), sicurezza e ambiente che vigono, invece, in altri Paesi. Tale fenomeno risulta particolarmente problematico quando si sviluppa all'interno di un mercato unico come quello dell'Unione europea, così da alterare la concorrenza e, più in generale, un contesto caratterizzato dalla presenza di una moltitudine di operatori, nessuno dei quali dovrebbe essere in grado di influire con le proprie decisioni sull'andamento delle contrattazioni – riguardanti, nel caso di studio, il mercato del lavoro del settore delle costruzioni.

Il punto di criticità, inoltre, è dato dal fatto che, mentre contro il *dumping* vero e proprio le regole sul commercio internazionale prevedono strumenti di difesa (dazi anti-*dumping*), non sono previste o sono estremamente esigue le norme contro il *dumping* sociale. Infatti, se la regolazione deve essere intesa come uno strumento su un processo che si svolge nel tempo al fine di influenzarne lo sviluppo secondo un criterio desiderato e mediante l'uso di strumenti a effetto protratto, appaiono poco incisive le ultime prese di posizione della Commissione europea sul tema della responsabilità nei processi di subappalto per mezzo di comunicazioni o documenti di orientamento (si fa riferimento alla comunicazione n. 304 della Commissione europea del 13 giugno 2007 sui lavoratori trasferiti nell'ambito della fornitura di servizi e al comunicato stampa del 3 aprile 2008, sempre della Commissione, che preannunciava un documento di orientamento sul risarcimento dei consumatori e delle imprese danneggiate da violazioni delle norme di concorrenza).

È evidente, d'altra parte, che anche regolazioni stringenti risulterebbero poco efficaci senza un effettivo coinvolgimento delle parti sociali il cui operato, pur articolandosi già in azioni di consulenza, rappresentanza e supporto legale a singoli individui, dovrebbe essere implementato e valorizzato. A tal proposito, lo studio rileva l'importanza di iniziative in grado di costituire esempi di *good practice*, come il documento redatto nel 2005 da sette organizzazioni datoriali e cinque sigle sindacali francesi, contenente suggerimenti per committenti, appaltatori e subappaltatori volti ad evitare condotte illegali e conseguenti sanzioni. O come la c.d. *NEN-norm* varata in Olanda nel 2006, che ha introdotto misure di autoregolazione nell'ambito delle agenzie di somministrazione: anche questo, come nel caso francese, un esempio di responsabilità sociale di settore.

È bene ricordare, poi, che la selezione del subappaltatore rimane di cruciale importanza e, ancor più nel settore delle costruzioni, il costo non può essere l'unico fattore da tenere in considerazione.

In definitiva, per il settore privato sarebbe lecito attendersi, a livello europeo, una definizione di un quadro più efficace in tema di responsabilità nei processi di subappalto. Nei contratti pubblici, invece, la direttiva n. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori, di forniture e di servizi, e la convenzione n. 94 dell'ILO sulle clausole di lavoro in quel tipo di contesto richiedono che i subappaltatori rispettino determinate condizioni legali o clausole sociali in grado di garantire specifici standard di lavoro.

4. Quadro internazionale e comparato (*segue*)

4.3. M. CANOY, P. DONKER VAN HEEL, E. HAZEBROEK, *Temporary Agency Work As a Leading Economic Indicator*, ECORYS Netherlands, febbraio 2009 (in *IB Bull. Adapt*, 2009, n. 7).

Ricorso alla somministrazione di lavoro come indice di anticipazione del ciclo economico

Il saggio breve a cura di ECORYS, società di consulenza economica olandese, illustra le ragioni per cui il lavoro in somministrazione possa essere definito un anticipatore del ciclo economico. La disponibilità di informazioni sull'andamento futuro del ciclo economico non è interesse esclusivo degli economisti, ma, come sottolineato dagli autori, coinvolge anche altri attori sociali, come i media, i sindacati, i partiti politici, e, naturalmente, gli imprenditori.

Esistono diverse rilevazioni statistiche su grande scala che vengono comunemente utilizzate come indicatori previsionali: ad esempio le indagini sul clima di fiducia dei consumatori, le richieste di sussidi di disoccupazione, l'offerta di denaro o i prezzi delle azioni in borsa. Esse vengono comunemente usati da governi e banche centrali per stabilire la propria politica economica. All'interno della molteplicità dei possibili indicatori, ciascuno può avere i suoi vantaggi ed i suoi limiti, per questo alcuni operatori ricorrono a misure costruite sulla base di molteplici indicatori.

Un buon indicatore previsionale del ciclo economico dovrebbe, secondo gli autori, soddisfare alcuni precisi criteri. In primo luogo, di indicatore previsionale si tratta se ad una sua variazione corrisponde un effetto nel ciclo economico entro un lasso di tempo pressoché invariante. L'indicatore dovrebbe essere generalmente conforme rispetto al ciclo (non solo in caso di picchi o recessioni); deve essere significativo dal punto di vista economico (ovvero deve esistere una valida spiegazione teorica della proprietà anticipatoria dell'indicatore); deve essere accertata la significatività statistica dei dati su cui è costruito; infine la disponibilità del dato deve essere costante e sistematica.

Oltre a questi fattori, è preferibile che una misura possa essere comprensibile ad un grande pubblico. Un indicatore può ad esempio essere imperfetto dal punto di vista economico, ma può essere facilmente compreso da tutti; viceversa esistono indicatori molto precisi che sono tuttavia molto complessi e come tali possono essere compresi solo da una ristretta cerchia di tecnici e accademici. Per questo motivo un buon indicatore previsionale deve essere un buon bilanciamento fra accuratezza e comprensibilità.

Esiste una significativa mole di evidenze in letteratura che dimostrano che le ore di lavoro somministrato possono essere utilizzati come un indicatore previsionale del ciclo economico. Gli autori riassumono in una breve descrizione teorica il motivo per cui le ore di lavoro in somministrazione anticipano il ciclo: nel caso in cui le imprese affrontino un'improvvisa crescita nella produzione, tale che aumenti proporzionalmente il fabbisogno di lavoro, il lavoro tramite agenzia diviene una risorsa per una tempestiva risposta alla domanda di lavoro. In questo caso, il lavoro interinale è un mezzo per affrontare con flessibilità un picco nella produzione, senza generare nell'immediato i costi fissi che deriverebbero da contratti a tempo indeterminato.

Viceversa, quando si verifica un calo improvviso nella produzione, le imprese tenderanno a risolvere anticipatamente dai contratti di lavoro in somministrazione, e nel contempo tenderanno ad avviare meno contratti di questa sorta, mentre gli altri contratti di lavoro varieranno con minore elasticità, perché ad essi sono associati generalmente maggiori costi in caso di cessazione del contratto.

La funzione precipua del lavoro in somministrazione è quella di permettere di gestire con flessibilità il fabbisogno di lavoro nell'azienda, in base alle fluttuazioni della domanda. Si tratta di una forma contrattuale fortemente legata alla gestione dell'incertezza, così che le statistiche sul suo utilizzo possono essere un'evidenza indiretta della percezione che gli imprenditori hanno dello scenario economico.

Oltre alla gestione delle fluttuazioni della domanda, vi sono altre modalità di utilizzo di questo istituto, che secondo gli autori potrebbero minare la validità dell'utilizzo delle ore di lavoro somministrate come indicatore anticipatorio. Infatti non sempre il lavoro in somministrazione è utilizzato per soddisfare dei picchi di domanda; secondo fonti citate (P.A. DONKER VAN HEEL, M. VAN HENDE, E. HAZERBROEK, *Vacatures in Nederland [Job vacancies in the Netherlands]*, CWI, Amsterdam, 2008), assume infatti una importanza crescente in quanto forma di esternalizzazione della funzione di selezione e reclutamento, che ha per determinante la difficoltà oggettiva nel reperimento di taluni profili; ciò che può essere indicativo di una dinamica di lungo periodo nell'incontro fra domanda e offerta di lavoro, ma non necessariamente è legato al ciclo economico.

Il secondo aspetto esplorato dagli autori nasce dalla constatazione che una quota crescen-

te del lavoro interinale non è necessariamente collegata alle turbolenze del ciclo, ma rappresenta una variazione strutturale permanente nell'utilizzo delle forme contrattuali. Infatti, i dati citati dagli autori, che provengono da uno studio annuale sui posti vacanti in Olanda (P.A. DONKER VAN HEEL, M. VAN HENDE, E. HAZERBROEK, *op. cit.*), indicano che sempre più imprese utilizzano contratti di lavoro somministrato di lungo periodo come forma di sostituzione permanente di altri possibili contratti di lavoro, oppure come anticamera (*stepping stone*) di una successiva assunzione a tempo indeterminato.

Nonostante queste considerazioni, la letteratura riportata dagli autori dimostra che le ore di lavoro somministrato sono un predittore affidabile e di agevole utilizzo.

Fra le principali evidenze empiriche della relazione fra lavoro somministrato e ciclo economico vi sono ricerche sviluppate in Olanda, dove il lavoro tramite agenzia ha una lunga tradizione. Viene presentato lo studio di Groot e Franses (B. DE GROOT, P.H. FRANSES, *Real time estimates of GDP growth*, Econometric Institute Report 2005-1, Erasmus University Rotterdam, 2005), che analizza la serie storica del Pil e delle ore di lavoro somministrato fra il 1977 e il 2003, e uno studio di Den Rijer (A. DEN REIJER, *The Dutch business cycle: which indicators should we monitor?*, De Nederlandsche Bank, 2006), costruito utilizzando una misura composita del ciclo economico. In questi studi la relazione fra lavoro somministrato e andamento del Pil viene stimata come una relazione in tempo reale; tuttavia la natura anticipatoria dell'indicatore si dimostra per via pragmatica, infatti le stime sul suo andamento sono rese disponibili molto tempo prima delle stime del prodotto interno lordo. Dunque, anche se la direzione della causalità va dal Pil alle ore somministrate e non viceversa, la maggior frequenza di pubblicazione dei dati renderebbe possibile l'utilizzo del volume di lavoro tramite agenzia come predittore del ciclo economico.

In base alle evidenze raccolte, è accertato che la correlazione vale in diversi Paesi oltre all'Olanda, a condizione che l'istituto sia in fase matura e abbia un tasso di penetrazione rilevante. In questo esiste una grande variabilità: per il 2007 nel Regno Unito la quota di unità di lavoro equivalente sul totale dell'occupazione è stimata intorno al 4,73%, in Olanda 2,75% e 2,49% in Francia, mentre in Italia, in Spagna e in Portogallo la percentuale non raggiunge l'1%. In questi ultimi Stati è molto probabile che non sussista la proprietà predittiva dell'indicatore.

Una potenziale minaccia alla consistenza della capacità anticipatoria dell'indicatore potrebbe dipendere dalla diversificazione settoriale del lavoro somministrato; una marcata diffusione in settori la cui produzione non è fortemente legata all'andamento del PIL, come ad esempio il settore socio-sanitario, renderebbe meno efficiente la stima. In altri casi anziché il PIL si potrebbe usare la stima più confacente alla varietà di specializzazione del lavoro tramite agenzia in un determinato Paese: ad esempio utilizzando gli indici della produzione industriale se la maggior parte della forza-lavoro è nel manifatturiero, o l'indice del valore delle vendite nel commercio per Paesi con vocazione in tal senso.