

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Flessibilità del mercato del lavoro, tutele previdenziali,
nuovi ammortizzatori sociali*

RICERCHE

Il nuovo apprendistato: bilancio e prospettive

INTERVENTI

*Gino Giugni e la Scuola barese
Nuova direttiva CAE e partecipazione dei lavoratori in Italia*

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Recedibilità ad nutum dai contratti collettivi "gestionali"
Valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale
Ripartizione del monte ore per l'assemblea sindacale
Principio di "tempestività" nel licenziamento
per superamento del comporto
Il patto di non concorrenza*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Prospettive in tema di conciliazione vita-lavoro
Servizi per il lavoro e prospettive di superamento della crisi
La natura giuridica del Patto di servizio
Appalto e idoneità tecnico-professionale
Il rilancio della conciliazione monocratica*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Informazione e consultazione in caso di licenziamento collettivo
Il quadro europeo degli infortuni sul lavoro*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Austria-Germania - La riduzione dell'orario di lavoro come misura anticrisi
Francia - Il diritto individuale alla formazione permanente*

N. 4/XIX - 2009

Rivista di

**ADAPT - FONDAZIONE
"MARCO BIAGI"**



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO - n. 4/2009

Ricerche: *Flessibilità del mercato del lavoro, tutele previdenziali, nuovi ammortizzatori sociali*

GIAMPIERO PROIA, MARCO GAMBACCIANI <i>Totalizzazione e flessibilità</i>	869
ANTONINO SGROI <i>Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale</i>	881
VINCENZO FERRANTE <i>Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele</i>	918
SILVIA SPATTINI <i>Gli ammortizzatori sociali per il lavoro non standard: il nuovo quadro legale</i>	938

Ricerche: *Il nuovo apprendistato: bilancio e prospettive*

PIER ANTONIO VARESI <i>Il monitoraggio dell'apprendistato: risultati e problemi aperti</i>	949
GIUSEPPE BERTAGNA <i>L'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione</i>	957
SANDRA D'AGOSTINO <i>La formazione formale in impresa nella regolamentazione ad opera delle Regioni e delle Province autonome</i>	969

Interventi

GAETANO VENETO <i>Il diritto sindacale e le relazioni industriali in Italia: l'esperienza di Gino Giugni e della Scuola barese</i>	995
ANNA ALAIMO <i>La nuova direttiva sui Comitati Aziendali Europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?</i>	1002

Osservatorio di giurisprudenza italiana

MARTA MONDELLI <i>Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo formativo nel contratto di apprendistato (nota a Trib. Monza 7 febbraio 2008)</i>	1023
GABRIELE MORO <i>Un'ipotesi d'applicazione estensiva della normativa in materia di trasferimento del lavoratore familiare di portatore di handicap (nota a Trib. Bari 27 aprile 2009)</i>	1028
FABRIZIA SANTINI <i>Sulla recedibilità ad nutum dai contratti collettivi "gestionali" (nota a Trib. Milano 19 dicembre 2008, n. 6606)</i>	1033
SERENA FACELLO <i>Diritto di assemblea e monte ore a disposizione delle organizzazioni sindacali (nota a Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909)</i>	1037

BARBARA DE MOZZI <i>Sottoscrizione del Ccnl, titolarità dei diritti sindacali di cui al titolo III e legittimazione attiva ex art. 28 Stat. lav.</i> (nota a Cass. 9 aprile 2009, n. 8725 e a Trib. Forlì 2 luglio 2009, n. 1326)	1041
LISA AMORIELLO <i>L'azione in giudizio della Consigliera di Parità fra limiti legali allo jus postulandi ed esigenze di effettività della tutela antidiscriminatoria</i> (nota a Comm. Trib. Pistoia 3 aprile 2009)	1047
SILVANA TORIELLO <i>Il ruolo dell'Inail nel processo penale per reati commessi con violazione di norme antinfortunistiche</i> (nota a Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 47374)	1049
MICHELE SQUEGLIA <i>Partecipazione sindacale, rapporto tra le fonti e comportamento antisindacale nel pubblico impiego</i> (nota a Trib. Napoli 2 marzo 2009)	1055
NICOLETTA PAGNI <i>La valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale. Nomofilachia della Cassazione e orientamenti della giurisprudenza di merito</i> (nota a Cass. 12 maggio 2009, n. 10864)	1061
FRANCESCO MARIANI <i>Natura della prestazione lavorativa del socio accomandante</i> (nota a Trib. Milano 19 dicembre 2008)	1070
GIANVITO RICCIO <i>Principio di "tempestività" e ruolo del "tempo" nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto</i> (nota a App. Brescia 13 marzo 2008)	1073
STEFANO BARTALOTTA <i>Il patto di non concorrenza fra principi consolidati e nodi interpretativi irrisolti</i> (nota a App. Firenze 3 aprile 2009)	1076

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

CHIARA BIZZARRO <i>Salute e sicurezza, maternità, conciliazione dei tempi di lavoro e di non lavoro: il caso dell'esonero dal lavoro notturno del personale di volo</i>	1085
MARINA BETTONI <i>Il dilemma famiglia-lavoro dal contesto europeo all'evoluzione dell'articolo 9 della legge n. 53/2000</i>	1090
EMANUELA DURANTE <i>Il settore della cooperazione sociale tra normativa nazionale e comunitaria.</i>	1096
DAVIDE PAPA <i>I contratti a termine nel pubblico impiego.</i>	1107
FRANCESCO VERBARO <i>Rilancio e responsabilizzazione dei servizi per l'impiego per garantire l'efficacia delle politiche attive e uscire dalla crisi</i> . .	1117
ANNA LISA MELILLO <i>Il Patto di servizio e la sua natura giuridica</i>	1121
AMERIGO SPLENDORI <i>La verifica di idoneità tecnico-professionale: scegliere "in sicurezza" il contraente. Profili applicativi e sanzionatori.</i>	1126
PIERLUIGI RAUSEI <i>Il rilancio della conciliazione monocratica.</i>	1132
ANDREA PIETRANTONI <i>Caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese</i>	1140

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

MARIA ROSARIA BATTIATO <i>Incremento occupazionale e sgravi alla luce del recente intervento della Corte di Giustizia (C. Giust. 2 aprile 2009, in causa C-415/07, Lodato Gennaro & C. SpA c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI)</i>	1149
ROBERTO COSIO <i>Procedure di informazione e consultazione in caso di licenziamenti collettivi (nota a C. Giust. 16 luglio 2009, causa C-12/08)</i>	1157
LUCIANO DE MARCO <i>Cause e modalità degli infortuni sul lavoro nei Paesi dell'Unione europea</i>	1163
<i>Le soluzioni europee per uscire dalla crisi: analisi delle criticità</i>	1153

Osservatorio internazionale e comparato

BARBARA WINKLER <i>Austria-Germania – Nuove prospettive della Kurzarbeit: la riduzione dell'orario di lavoro come misura anticrisi</i>	1171
ALBERTO RUSSO <i>Francia – Il quadro della formazione professionale e il contributo della riforma del 2004</i>	1175
LISA RUSTICO <i>Francia – Nuove finalità, strumenti e mezzi per la formazione permanente: l'apprendimento come diritto individuale</i>	1177
ANTONELLO GIGANTE <i>Norvegia – Prospettive in tema di responsabilità sociale di impresa</i>	1182

INDICE ANALITICO

Aiuti di Stato

- Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione - Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale - Regolamento (CE) n. 2204/2002 - Verifica del rispetto delle condizioni necessarie per ottenere un aiuto - Nozione di "creazione di posti di lavoro" - Modalità di calcolo dell'incremento del numero di posti di lavoro [1149] (C. Giust. 2 aprile 2009, in causa C-415/07, *Lodato Gennaro & C. SpA c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI*, con nota di M.R. BATTIATO).

Apprendistato

- Adempimento solo parziale dell'obbligo formativo - Mancata attuazione della formazione esterna - Conversione in contratto di lavoro subordinato - Esclusione [1023] (Trib. Monza 7 febbraio 2008, con nota di M. MONDELLI).

Austria e Germania

- B. WINKLER, *Rassegna della normativa austriaca e tedesca in tema di Kurzarbeit*, Working Paper Adapt, 2009, n. 103 [1171] (con nota di B. WINKLER).

Competitività e sviluppo

- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Global recession: Europe's way out*, Background paper della conferenza di Dublino, 5-6 novembre 2009 [1153].

Conciliazione vita e lavoro

- Legge 18 giugno 2009, n. 69 [1090] (con nota di M. BETTONI).
- Interpello 16 novembre 2007, n. 33 (Assaereo) [1085] – Interpello 4 febbraio 2009, n. 1 (Assaereo) [1085] (con nota di C. BIZZARRO).
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Italia 2020: programma di azioni per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro*, 1° dicembre 2009 [1085] (con nota di C. BIZZARRO).
- Esigenza di assistenza al familiare portatore di handicap - Art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 - Esigenze sopravvenute rispetto al rapporto di lavoro – Domanda di trasferimento - Diritto di scelta della sede di lavoro - Sussistenza [1027] (Trib. Bari 27 aprile 2009, con nota di G. MORO).

Contrattazione collettiva

- Contratto collettivo “gestionale” - Recesso - Illegittimità - Scioglimento per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge - Legittimità [1033] (Trib. Milano 19 dicembre 2008, n. 6606, con nota di F. SANTINI).

Diritti sindacali

- Libertà e attività sindacale - Decadenza delle r.s.a. costituite prime della modifica referendaria: esclusione - Sussistenza dei requisiti posti dall'art. 19 Stat. lav. per l'insorgenza del diritto sindacale - Necessità - Fondamento [1040] (Cass. 9 aprile 2009, n. 8725, con nota di B. DE MOZZI).
- Diritto di assemblea - Assemblea in orario di lavoro e retribuita - Limite annuo di 10 ore - Riferimento del limite al potere di indire assemblee - Sussistenza - Riferimento del limite alla posizione di ogni lavoratore - Esclusione [1036] (Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909, con nota di S. FACELLO).
- Diritto di assemblea - Art. 4 Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil - Diritto di assemblea in orario di lavoro e retribuita - Titolarità - Rilevanza del numero di OO.SS. - Esclusione - Ordine di priorità - Comunicazione della convocazione al datore di lavoro [1036] (Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909, con nota di S. FACELLO).
- Diritto di assemblea - Questione di costituzionalità dell'art. 20, l. n. 300/1970 - Dedotta violazione degli artt. 23, 17 e 39 Cost., e violazione del principio di ragionevolezza - Manifesta non fondatezza della questione [1037] (Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909, con nota di S. FACELLO).
- Associazioni sindacali - Legittimazione attiva all'azione per la repressione della condotta antisindacale - Sindacato costituito da una mera federazione di sindacati aziendali - Requisito della stipulazione del Ccnl - Necessità - Sussistenza [1041] (Trib. Forlì 2 luglio 2009, n. 1326, con nota di B. DE MOZZI).

Discriminazioni

- Consigliera di Parità - Legittimazione processuale - Azione in giudizio *ex art.* 36, comma 2, d.lgs. n. 198/2006 - Processo tributario - Esclusione [1047] (Commissione Tributaria Pistoia 3 aprile 2009, con nota di L. AMORIELLO).

Francia

- Loi n. 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie [1175; 1177] (con nota di A. RUSSO e con nota di L. RUSTICO).

Infortuni e malattie professionali

- Violazione norme antinfortunistiche - Esercizio azione penale - Soggetti legittimati - Costituzione di parte civile - Inail - Legittimazione - Sussistenza - Esercizio azione di regresso - Inail - Legittimazione - Sussistenza [1049] (Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 47374, con nota di S. TORIELLO).

Lavoro in cooperativa

- Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [1096] (con nota di E. DURANTE).

- Regolamento della Commissione (CE) 2 dicembre 2002, n. 2204/2002 [1096] – Regolamento della Commissione (CE) 6 agosto 2008, n. 800/2008 [1096] (con nota di E. DURANTE).

Lavoro pubblico

- Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 [1107] (con nota di D. PAPA).
- Partecipazione sindacale - Ipotesi di consultazione delle organizzazioni sindacali - Rinvio al Ccnl - Fonti di indirizzo e fonti precettive - Natura dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 - Norma di mero indirizzo - Mancata consultazione delle organizzazioni sindacali - Mancata allegazione in giudizio del Ccnl applicabile - Antisindacalità della condotta - Esclusione [1055] (Trib. Napoli 2 marzo 2009, con nota di M. SQUEGLIA).
- C. Giust. 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adeneler* [1107] – C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a 380/07, *K. Angelidaki, et. Alii* [1107] (con nota di D. PAPA).

Lavoro subordinato

- Condotta illecita del datore di lavoro - Grave violazione dei diritti della persona del lavoratore - Danno risarcibile - Danno non patrimoniale - Configurabilità - Distinzione tra meri pregiudizi e danni - Accertamento del giudice di merito - Necessità - Censurabilità in sede di legittimità - Esclusione - Limiti - Fattispecie (demansionamento) [1060] (Cass. 12 maggio 2009, n. 10864, con nota di N. PAGNI).
- Qualificazione del rapporto di lavoro - Socio accomandante di società in accomandita semplice - Prestazione resa su base paritaria - Potere di determinare l'attività - Subordinazione - Esclusione [1070] (Trib. Milano 19 dicembre 2008, con nota di F. MARIANI).

Licenziamento individuale

- Licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Elementi costitutivi della fattispecie - Immediatezza - Esclusione - Esigenza di tempestività - Sussistenza - Fondamento - Applicazione delle regole di correttezza e buona fede [1072] (App. Brescia 13 marzo 2008, con nota di G. RICCIO).
- Licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Disciplina del comportamento per sommatoria del Ccnl metalmeccanici - Rinuncia al licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Esclusione [1072] (App. Brescia 13 marzo 2008, con nota di G. RICCIO).

Licenziamento collettivo

- Domanda di pronuncia pregiudiziale - Direttiva n. 98/59/CE - Artt. 2 e 6 - Procedura di informazione e consultazione del personale in caso di licenziamenti collettivi - Obblighi del datore di lavoro - Diritto di ricorso dei lavoratori - Obbligo di interpretazione conforme [1156] (C. Giust. 16 luglio 2009, in causa C-12/08, *Mono Car Styling SA c. Dervis Odemis e altri*, con nota di R. COSIO).

Mercato del lavoro

- Legge 4 marzo 2009, n. 15 [1117] – Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 [1117] (con nota di F. VERBARO).
- Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, coordinato con la legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2, articolo 19, comma 10 [1121] (con nota di A.L. MELILLO).

Norvegia

- MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, *Corporate Social Responsibility in a Global Economy*, Report No. 10 (2008-2009) to the Storting, 23 gennaio 2009 [1182] (con nota di A. GIGANTE).

Patto di non concorrenza

- Clausola vessatoria - Configurabilità - Sottoscrizione specifica ex art. 1341, comma 2, c.c. - Necessità - Mancanza - Nullità del patto [1076] (App. Firenze 3 aprile 2009, con nota di S. BARTALOTTA).

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, modificato dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 [1126] (con nota di A. SPLENDORI).
- EUROPEAN COMMISSION, *Causes and circumstances of accidents at work in the EU*, 2009 [1163] (con nota di L. DE MARCO).

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- Circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 26 novembre 2009, n. 36 [1132] (con nota di P. RAUSEI).

Terziario e servizi

- A. PIETRANTONI, *Caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese*, Analisi, dati e tabelle di sintesi, 2009, Working Paper Adapt, 2009, n. 100 [1140] (con nota di A. PIETRANTONI).

Flessibilità del mercato del lavoro, tutele previdenziali, nuovi ammortizzatori sociali

Totalizzazione e flessibilità

Giampiero Proia, Marco Gambacciani

Sommario: **1.** Totalizzazione e flessibilità. – **2.** Totalizzazione, ricongiunzione e priorità del legislatore. – **3.** La prima disciplina organica della totalizzazione: limiti e condizioni. – **4.** L'esortazione della Corte Costituzionale. – **5.** L'estensione dell'ambito di applicazione della totalizzazione. – **6.** I successivi interventi della Corte Costituzionale. – **7.** Le riforme del mercato del lavoro e la delega del 2004. – **8.** Il decreto legislativo n. 42 del 2006: il progresso nei livelli di tutela dei lavoratori con carriere discontinue. – **9.** L'ulteriore agevolazione del ricorso alla totalizzazione nella legge n. 247 del 2007. – **10.** *Segue:* l'agevolazione del ricorso alla totalizzazione per i lavoratori soggetti al sistema contributivo. – **11.** Totalizzazione e flessibilità: la ricerca di un nuovo equilibrio del sistema previdenziale.

1. Negli ultimi 12 anni, il legislatore è intervenuto ben quattro volte (nel 1997, nel 2000, nel 2006 e, da ultimo, nel 2007) per disciplinare (più o meno organicamente) l'istituto della totalizzazione o cumulo dei periodi di contribuzione presso regimi previdenziali diversi.

Tali interventi sono andati di pari passo, o hanno seguito di poco, le più recenti riforme del mercato del lavoro che, com'è noto, hanno introdotto nuovi e più flessibili modelli di collaborazione nell'impresa, o hanno dettato una nuova disciplina per quelli già esistenti ⁽¹⁾.

La scansione temporale delle leggi che hanno riformato il mercato del lavoro e, nel contempo, introdotto e regolato la totalizzazione dei periodi contributivi non può essere considerata casuale, ma è indice, e al tempo stesso conseguenza, di una precisa scelta di politica legislativa.

Infatti, il legislatore si è reso conto che la creazione o la promozione di tipologie di lavoro flessibile, se pure poteva determinare (come poi, in effetti, ha determinato ⁽²⁾) un incremento, anche consistente, dell'occupazione regolare, aveva tra le sue "controindicazioni" più negative un'attenuazione (e non soltanto una mera

* Professore ordinario dell'Università degli Studi Roma Tre.

** Ricercatore dell'Università degli Studi Roma Tre.

⁽¹⁾ Sull'evoluzione di quelle riforme, vedi G. PROIA, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2002, 411 ss., e, per gli sviluppi più recenti, *Id.*, *Diritto del lavoro e mercato*, in *ADL*, 2008, 1036 ss.

⁽²⁾ Cfr. il Rapporto annuale elaborato dall'Istat (*La situazione nel paese nel 2006* e, in particolare, il cap. 4 dedicato agli *Aspetti strutturali del mercato del lavoro*), consultabile sul sito www.istat.it, il quale evidenzia come «l'economia italiana sembra dunque aver acquisito una capacità di creare posti di lavoro a ritmi soddisfacenti anche in presenza di un'espansione dell'attività solo moderata».

flessibilizzazione) della tutela previdenziale e pensionistica ⁽³⁾, soprattutto per i lavoratori più deboli sul mercato del lavoro.

È noto che la discontinuità e la breve durata (o l'intermittenza) della prestazione lavorativa, spesso accompagnata anche da basse retribuzioni, determinano una contribuzione previdenziale ridotta (e anch'essa intermittente), influenzando inevitabilmente sulla effettività della tutela pensionistica. Ed allo stesso modo, anche la continua alternanza e diversità dei rapporti di lavoro può determinare una dispersione di contributi e, quindi, la loro "sterilizzazione" o la loro utilizzazione soltanto parziale, ai fini del conseguimento e della misura del diritto a pensione. Ciò soprattutto nel nostro ordinamento previdenziale che, nonostante la inarrestabile tendenza alla omogeneizzazione delle tutele, continua ad essere caratterizzato da una molteplicità di regimi diversi per organizzazioni amministrative e discipline ⁽⁴⁾.

Per queste ragioni, contestualmente alle riforme del mercato del lavoro o negli anni immediatamente successivi, il legislatore ha previsto anche specifici adattamenti della disciplina del regime pensionistico proprio per consentire, nonostante percorsi lavorativi discontinui e spesso anche disomogenei, una tutela previdenziale adeguata ⁽⁵⁾.

2. Già sul finire degli anni Sessanta, il legislatore si era posto il problema dell'opportunità dell'introduzione di una disciplina generale della totalizzazione dei periodi contributivi.

Ma, mentre per altre importanti disposizioni riformatrici il legislatore intervenne direttamente dando ad esse priorità ⁽⁶⁾, si limitò a prevedere una delega per ciò

⁽³⁾ M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *PAPP*, 2004, 995 ss., spec. 1004.

⁽⁴⁾ Da tempo, il "pluralismo previdenziale" (o con accezione più propriamente negativa, il "clientelismo previdenziale") suscita contrasti e accese polemiche tra chi lo ritiene un valore da preservare per tutelare il "sommo bene della libertà dei singoli e dei gruppi" e chi, evocandolo come uno dei fattori che ha determinato la crisi della previdenza sociale, ne auspica il definitivo superamento, o almeno un'ulteriore razionalizzazione. Per la prima posizione, vedi R. SCOGNAMIGLIO, *Il pluralismo dei regimi previdenziali*, in *DL*, 1993, 89 ss., spec. 102, ma già V. SIMI, *Il pluralismo previdenziale secondo la Costituzione*, F. Angeli, Milano, 1986. Per la seconda posizione, vedi M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2007, 33 ss. e 206 ss. Per la constatazione della "molteplicità" ed "eterogeneità" dei regimi pensionistici esistenti nel nostro ordinamento previdenziale, ognuno di essi con proprie peculiarità e discipline, vedi C. Cost. 17 dicembre 1987, n. 527. Sulle ragioni storiche e politiche della complessa articolazione e diversificazione delle forme di tutela previdenziale obbligatoria, vedi anche E. GHERA, *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *DL*, 1988, I, 115 ss.

⁽⁵⁾ Su questi adattamenti, spesso in chiave critica per la loro inadeguatezza a soddisfare le esigenze di tutela previdenziale delle nuove forme di lavoro flessibile, vedi M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 995 ss.; R. PESSI, *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *RDSS*, 2006, 39 ss.; M. CINELLI, «Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?, in *RIDL*, 2005, 225 ss.; P. SANDULLI, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *LD*, 2003, 409 ss.; M. CINELLI, *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, in *RIDL*, 2000, I, 41 ss. Inoltre, sempre sul tema della flessibilità previdenziale, vedi anche i lavori monografici di P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005; S. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2006; C. LAGALA, *Precariato e welfare in Italia*, Ediesse, Roma, 2005.

⁽⁶⁾ Cfr. art. 5 del d.P.R. n. 488/1968 e artt. 7 ss. della l. n. 153/1969, che hanno introdotto nel nostro ordinamento previdenziale il sistema di calcolo delle pensioni retributivo, che prevede la commisurazione della pensione all'anzianità di lavoro ed alle ultime retribuzioni, nonché ulteriori miglioramenti dei trattamenti pensionistici.

che riguarda la totalizzazione ⁽⁷⁾. Sennonché, forse anche a causa del peso finanziario generato dalla priorità riconosciuta ad altri istituti tipici del nostro sistema, la delega del 1969 non è mai stata attuata.

E quando intervenne per la prima volta, soltanto molti anni più tardi, sulla “frammentazione” delle posizioni contributive, il legislatore introdusse e regolò il diverso istituto della ricongiunzione dei periodi contributivi ⁽⁸⁾ (che solo in parte soddisfa le esigenze che costituivano il fondamento della delega del 1969 ⁽⁹⁾), in quanto tale istituto era probabilmente oggetto di maggiore interesse da parte delle categorie coinvolte. Ed infatti, anche se la ricongiunzione può comportare un onere per il lavoratore ⁽¹⁰⁾, il metodo di calcolo retributivo (allora vigente) consentiva di “valorizzare” anche periodi “antichi” di contribuzione sulla base del trattamento economico (normalmente più favorevole) percepito nell’ultima fase della vita lavorativa.

La totalizzazione, peraltro, non dovrebbe, di per sé, determinare oneri ulteriori, se non quelli connessi alla mera complicazione dei processi organizzativi e gestionali da parte dei singoli enti previdenziali interessati.

Tuttavia, sia pure in modo inconsapevole e, comunque, inconfessabile, la mancata previsione della totalizzazione può realizzare un notevole vantaggio economico per tali enti, potendo essi trattenere tutti i contributi versati in relazione a posizioni soggettive che non maturino i requisiti necessari per maturare il diritto a pensione presso i singoli enti.

3. Le esigenze che l’istituto della totalizzazione mira a soddisfare, negli anni successivi, e in particolare, sul finire degli anni Novanta, diventano sempre più impellenti e, oramai, non più differibili, stante, come detto ⁽¹¹⁾, l’adozione di interventi sempre più numerosi ed incisivi diretti a rendere più flessibile la disciplina del lavoro.

Così, proprio negli stessi mesi in cui veniva approvata la legge n. 196 del 1997 ⁽¹²⁾, il legislatore approva anche l’articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del

⁽⁷⁾ Cfr. la lett. c dell’art. 35 della l. n. 153/1969, che delegava al Governo di adottare decreti legislativi al fine di «attuare il principio della pensione unica determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione obbligatoria volontaria e figurativa mediante l’applicazione del criterio del *pro-rata*».

⁽⁸⁾ Cfr. la l. n. 29/1979, per i lavoratori dipendenti e autonomi, e la successiva l. n. 45/1990, per i liberi professionisti. Su tali provvedimenti, vedi i commenti di P. BOER, *La legge sulla ricongiunzione delle posizioni assicurative*, in *RGL*, 1980, III, 163 ss.; ID., *La ricongiunzione delle posizioni assicurative per i liberi professionisti*, in *RGL*, 1991, III, 19 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. P. BOER, *La ricongiunzione delle posizioni assicurative per i liberi professionisti*, cit., 32, nota 6, secondo il quale il fatto che il legislatore italiano avesse introdotto la facoltà di ricongiunzione dei periodi contributivi non doveva far ritenere superata «l’urgenza di introdurre, anche nell’ordinamento interno, la disciplina relativa alla totalizzazione».

⁽¹⁰⁾ Cfr. art. 2, comma 3, della l. n. 29/1979, nel caso di ricongiunzione dei periodi contributivi risultanti nel regime generale a quelli maturati nei regimi speciali, esclusivi e sostitutivi di quello generale; art. 2, comma 2, della l. n. 45/1990, nel caso di ricongiunzione per i liberi professionisti.

⁽¹¹⁾ Cfr. nota 1.

⁽¹²⁾ Sulla quale, vedi E. GHERA, *Promozione dell’occupazione, flessibilità, rapporti atipici (note sulla l. 24 giugno 1997 n. 196)*, in *MGL*, 1998, 939 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, vol. III, 1998, 1 ss., e, con specifico riguardo alla disciplina del lavoro interinale, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999.

1997 (rubricato *Cumulo dei periodi assicurativi*) che introduce, dopo qualche precedente e sporadico intervento di carattere settoriale ⁽¹³⁾, una prima disciplina organica della totalizzazione.

Ma anche questa disciplina, avendo un campo di applicazione estremamente limitato, non soddisfa l'ambizioso obiettivo di concorrere a rendere effettiva la tutela previdenziale e pensionistica per tutti i lavoratori.

Infatti, la possibilità di cumulare periodi di contribuzione maturati presso regimi previdenziali diversi viene prevista: soltanto per i lavoratori le cui pensioni sono liquidate esclusivamente con il sistema contributivo introdotto dalla legge n. 335 del 1995 (e, cioè, i lavoratori assunti dal 1° gennaio 1996 in poi) ⁽¹⁴⁾; soltanto per i lavoratori che non hanno maturato il diritto a pensione in alcuno dei regimi previdenziali nei quali sono, o sono stati, iscritti; e soltanto per conseguire il diritto a pensione di vecchiaia, di inabilità ed ai superstiti (e non anche di anzianità) ⁽¹⁵⁾. Ed un'ulteriore limitazione è quella che consente di cumulare soltanto periodi di contribuzione "non coincidenti", anche ove l'eventuale coincidenza riguardi contributi di natura diversa (obbligatori, volontari, figurativi) ⁽¹⁶⁾.

Una volta cumulati o totalizzati (solo virtualmente) i contributi, la legge prevede che la pensione venga calcolata secondo il criterio detto del *pro-rata*. Dunque, a differenza di quanto avviene con la ricongiunzione, non si realizza un trasferimento di contributi da una gestione all'altra e, quindi, un accentramento delle diverse posizioni contributive presso un unico regime, ma ogni singola gestione previdenziale, senza alcun onere per gli interessati, accerta la sussistenza del diritto a pensione, calcola la quota di pensione a suo carico in proporzione ai contributi versati e la eroga, sulla base dei requisiti e secondo i criteri stabiliti nel proprio ordinamento ⁽¹⁷⁾.

4. Qualche anno più tardi è la Corte Costituzionale che, ritenendo implicitamente inadeguato l'intervento del legislatore, lo esorta ad introdurre nel nostro ordinamento previdenziale una più estesa disciplina della totalizzazione.

L'occasione per tale esortazione è la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 della legge n. 45 del 1990 che, colmando il vuoto lasciato dalla legge n. 29 del 1979, avevano consentito anche ai liberi professionisti la ricongiunzione dei periodi contributivi.

⁽¹³⁾ Cfr. l'art. 16, commi 1 e 2, l. n. 233/1990, che prevede la totalizzazione per i lavoratori autonomi iscritti alle gestioni speciali dell'Inps (in alternativa alla ricongiunzione); l'art. 17, l. n. 1079/1971, che prevede la totalizzazione per i dirigenti dell'Enel e delle aziende elettriche private; l'art. 1, comma 70, lett. c, l. n. 549/1995 e l'art. 3, d.lgs. n. 414/1996, che prevedono la totalizzazione per il personale addetto ai pubblici servizi di trasporto.

⁽¹⁴⁾ Art. 1, comma 19, l. n. 335/1995.

⁽¹⁵⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 184/1997.

⁽¹⁶⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 184/1997.

⁽¹⁷⁾ Art. 1, comma 3, d.lgs. n. 184/1997. Per un tentativo di valutazione del "costo del frazionamento" dell'anzianità contributiva tra diversi regimi previdenziali nella disciplina della totalizzazione e della ricongiunzione, vedi il lavoro provvisorio del professor C.D. MOTTURA, *L'istituto della totalizzazione: alcune considerazioni su valutazione e sostenibilità tecnica*, presentato nell'ambito del Convegno *La professione dell'ingegnere ed il regime previdenziale. Scenari attuali e possibili evoluzioni*, promosso dalla Commissione Ingegneri Dipendenti, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma, e svoltosi a Roma, il 29 aprile 2009, presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università LUISS – Guido Carli.

Con la sentenza n. 61 del 1999 (che rientra nella categoria delle cosiddette “additive di principio”⁽¹⁸⁾), queste disposizioni sono dichiarate illegittime nella parte in cui non prevedono per il professionista che non ha maturato il diritto a pensione in alcuna delle gestioni previdenziali nelle quali è, o è stato, iscritto la facoltà di scelta fra la ricongiunzione onerosa e la totalizzazione (gratuita) dei periodi contributivi, ai fini del diritto al conseguimento, al termine della vita lavorativa, di una pensione unica⁽¹⁹⁾.

In particolare, la Corte Costituzionale afferma che «i principi costituzionali impongono la previsione di un’alternativa alla ricongiunzione», almeno tutte le volte in cui essa risulti talmente onerosa «da esporre l’assicurato al rischio di rimanere sprovvisto di qualsiasi tutela previdenziale»⁽²⁰⁾. E tale alternativa viene individuata proprio nella totalizzazione che, del resto da atto la stessa sentenza, costituisce «un principio già noto»⁽²¹⁾ non soltanto nel nostro ordinamento previdenziale, ma anche in quello comunitario⁽²²⁾.

Quindi, i giudici costituzionali sollecitano il legislatore, con un intervento che essi stessi definiscono “necessario”, a disciplinare «le modalità di attuazione del principio della totalizzazione dei periodi assicurativi»⁽²³⁾, al fine di evitare che, «a causa dell’eccessiva onerosità del sistema, risulti di fatto vanificato il diritto dell’assicurato di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi»⁽²⁴⁾.

5. Con l’articolo 71 della legge n. 388 del 2000, il legislatore da seguito all’esortazione della Corte Costituzionale e, attenendosi strettamente alle sue indicazioni, detta una disciplina che estende l’ambito di applicazione della totaliz-

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. CELOTTO, *Una additiva di principio ed efficacia «dispositiva»*, in *MGL*, 1999, 671 ss.

⁽¹⁹⁾ Su tale sentenza, vedi i commenti, tutti di forte apprezzamento, di E. GHERA, *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *GCost*, 1999, 2320 ss.; P. BOZZAO, *Totalizzazione dei periodi contributivi e adeguatezza della pensione*, in *GI*, 1999, 2233 ss.; P. BOER, *Il contributo della Corte Costituzionale all’unificazione del sistema previdenziale*, in *RGL*, 1999, II, 813 ss.; C.A. NICOLINI, *Tra cumulo e ricongiunzione, la Corte costituzionale apre un percorso di «flessibilità previdenziale»*, in *MGL*, 1999, 656 ss.

⁽²⁰⁾ C. Cost. n. 61/1999, cit., che da atto che «l’onere particolarmente gravoso della ricongiunzione può effettivamente provocare la “sterilizzazione” della contribuzione versata presso gestioni diverse e, nella peggiore delle ipotesi, la privazione del diritto al trattamento pensionistico, qualora in nessuna delle predette gestioni sia stato raggiunto il minimo contributivo prescritto».

⁽²¹⁾ C. Cost. n. 61/1999, cit.

⁽²²⁾ Vedi l’art. 42, lett. a, del Trattato CE (ex art. 51); gli artt. 18, 38, 45, 46, 64, 67 e 72 del regolamento CEE 14 giugno 1971, n. 1408 (*Regolamento del Consiglio relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità*); l’art. 15, del regolamento CEE 21 marzo 1972, n. 574 (*Regolamento del Consiglio che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/1971 relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità*); l’art. 6, del regolamento CEE 29 aprile 2004, n. 883 (*Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*). Sulla disciplina della totalizzazione in ambito comunitario, vedi P. SANDULLI, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nelle prospettive di revisione del regolamento n. 1408/71*, in *DL*, 1999, I, 131 ss., e S. GIUBBONI, *Libera circolazione e protezione sociale*, in S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 160 ss.

⁽²³⁾ Sull’utile “funzione di supplenza” svolta dai giudici costituzionali, vedi E. GHERA, *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi*, cit., 2323.

⁽²⁴⁾ C. Cost. 5 marzo 1999, n. 61, cit.

zazione, senza tuttavia abrogare le precedenti disposizioni dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997.

Così, la totalizzazione dei periodi contributivi viene estesa anche ai lavoratori le cui pensioni sono liquidate con il sistema retributivo o misto (e, cioè, tutti i lavoratori assunti prima del 1° gennaio 1996), che sono quantitativamente i più numerosi, ma che, fino a quel momento, erano rimasti esclusi dalla tutela⁽²⁵⁾. Mentre, invece, per i lavoratori le cui pensioni sono liquidate esclusivamente con il sistema di calcolo contributivo, continua a trovare applicazione la specifica disciplina dettata, appositamente per essi, dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997⁽²⁶⁾.

Anche nella nuova ipotesi di totalizzazione regolata dal legislatore del 2000 (come già in quella regolata dal legislatore del 1997), sono, però, molteplici le condizioni che ne limitano l'applicazione⁽²⁷⁾.

Anzitutto, per aver diritto alla totalizzazione, anche questa volta i periodi di contribuzione da cumulare non devono essere coincidenti, ed il lavoratore non deve aver maturato il diritto a pensione nel regime generale, nei regimi speciali sostitutivi, esclusivi o esonerativi di quello generale, ed anche nei regimi "privatizzati" di cui al decreto legislativo n. 509 del 1994 e n. 103 del 1996, nei quali egli sia, o sia stato, iscritto⁽²⁸⁾. Inoltre, anche questa ulteriore fattispecie di totalizzazione non è prevista per il conseguimento della pensione di anzianità⁽²⁹⁾, ma soltanto per il conseguimento delle pensioni di vecchiaia, di inabilità ed ai superstiti.

6. Nel 2002, è ancora la Corte Costituzionale che, analizzando i rapporti tra la sentenza n. 61 del 1999 e l'articolo 71 della legge n. 388 del 2000, fornisce indicazioni importanti per ricostruire la natura e il fondamento della disciplina della totalizzazione, e per tentare di comprenderne quale sarà la successiva evoluzione. Così, nella sentenza n. 198 del 2002 (peraltro, sempre dello stesso relatore di quella del 1999), la Corte, dapprima, esclude che, nel nostro ordinamento, la tota-

⁽²⁵⁾ Cfr. anche l'art. 1, comma 1, d.m. n. 57/2003, contenente il regolamento di attuazione dell'art. 71 della l. n. 388/2000.

⁽²⁶⁾ Cfr. n. 3. Così, si configura un «percorso "parallelo" e complementare» tra le due discipline, entrambe «più o meno ragionevolmente modellate [...] in ragione della specificità dei diversi sistemi di accesso e di calcolo della prestazione pensionistica alle stesse sottesi». Cfr. P. BOZZAO, *La totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *RPP*, 2001, 63-64.

⁽²⁷⁾ Per una lettura «non del tutto convincente» (ed, anzi, che desta molteplici «perplexità») delle disposizioni dettate dall'art. 71 della l. n. 388/2000, vedi P. BOZZAO, *La totalizzazione dei periodi assicurativi*, cit., 59 ss. Anche per M.P. GENTILI, *La «totalizzazione» come strumento di effettività della tutela previdenziale: un percorso incompiuto*, in *RDSS*, 2006, 285, si tratta di una «disciplina caratterizzata da lacune e zone d'ombra».

⁽²⁸⁾ Su tale condizione, la giurisprudenza ha precisato che il cumulo dei periodi di contribuzione «non è impedito dal raggiungimento del solo requisito contributivo minimo per l'acquisizione, all'atto del compimento dell'età prevista, del diritto alla pensione di vecchiaia, risultando comunque non ancora maturato il diritto a pensione in una qualsiasi forma pensionistica obbligatoria». Cfr. Cass. 12 luglio 2005, n. 14570, in *FI*, 2006, I, c. 1141, con nota di L. CARBONE, *La «nuova» totalizzazione nel d.leg. 2 febbraio 2006 n. 42*.

⁽²⁹⁾ Cfr. anche Cass. 5 novembre 2003, n. 16645, in *OGI*, 2003, I, 997. Per ulteriori approfondimenti, vedi P. BOZZAO, *Pensione di anzianità e principio di totalizzazione*, in *RPP*, 2002, 57 ss. Inoltre, la giurisprudenza ha escluso che la totalizzazione regolata dall'art. 71 della l. n. 388/2000 possa essere estesa anche «ai fini del conseguimento della diversa prestazione costituita dall'assegno di invalidità di cui all'art. 1 della l. n. 222 del 1984» (cfr. Cass. 28 gennaio 2008, n. 1818, in *RFI*, 2008, voce *Previdenza Sociale*, n. 162; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2490, in *FI*, 2008, I, c. 2208).

lizzazione dei periodi di contribuzione sia un istituto di “carattere generale”⁽³⁰⁾. Ciò anche perché la sentenza n. 61 del 1999 (alla quale l’articolo 71 della legge n. 388 del 2000 ha dato “corretto seguito”) ha «chiaramente delimitato l’operatività» del principio della totalizzazione soltanto al caso specifico «del lavoratore che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni alle quali è stato iscritto»⁽³¹⁾.

Dopodiché, escluso il suo carattere generale, la Corte Costituzionale afferma, e lo ribadisce anche nella successiva sentenza n. 235 del 2003, che la scelta dell’ambito (soggettivo ed oggettivo) di applicazione della totalizzazione e di ogni sua eventuale estensione o generalizzazione, è riservata alla discrezionalità del legislatore.

Ma le indicazioni più importanti sono quelle che riguardano la funzione e le finalità della totalizzazione, anche in previsione di ulteriori, e più incisive, riforme. Ed infatti, anche la Corte Costituzionale riconosce significativamente che la totalizzazione, «consentendo al lavoratore di cumulare, anche ai fini della misura della pensione, i contributi che, in ragione dei percorsi lavoratori intrapresi, siano stati versati a diverse istituzioni previdenziali», risponde soprattutto «ad un’esigenza di politica sociale legata alla crescente flessibilità dei rapporti di lavoro»⁽³²⁾.

7. Ed è proprio questa esigenza che il legislatore mira a soddisfare quando, nell’agosto del 2004, interviene nuovamente a disciplinare la totalizzazione.

Anche questo intervento segue di pochi mesi importanti riforme del mercato del lavoro (legge n. 30 del 2003 e decreto legislativo n. 276 del 2003), che determinano nel nostro ordinamento un ulteriore incremento di tipologie di lavoro flessibile.

In particolare, le lettere *d* del comma 1 ed *o* del comma 2 dell’articolo 1 della legge n. 243 del 2004 (di riforma del sistema previdenziale e pensionistico⁽³³⁾) delegano al Governo di adottare uno o più decreti legislativi per “rivedere” e “ridefinire” la disciplina della totalizzazione, estendendone ulteriormente “l’operatività”.

Soprattutto, tra i molteplici criteri direttivi, va segnalato quello che prevede l’estensione della totalizzazione anche nell’ipotesi (fino ad ora esclusa) in cui il lavoratore raggiunga (e, quindi, maturi) «i requisiti minimi per il diritto a pensione in uno dei fondi presso cui sono accreditati i contributi»⁽³⁴⁾.

8. Le deleghe contenute nella legge n. 243 del 2004 sono attuate 2 anni dopo, con il decreto legislativo n. 42 del 2006, che segna un indubbio progresso nei livelli di tutela dei lavoratori con carriere discontinue.

⁽³⁰⁾ Conformemente, vedi anche Cass. 30 dicembre 2004, n. 24201, in *IPrev*, 2004, 1084.

⁽³¹⁾ C. Cost. 16 maggio 2002, n. 198.

⁽³²⁾ C. Cost. n. 198/2002, cit.

⁽³³⁾ In generale, sulle novità introdotte dalla l. n. 243/2004, vedi M. CINELLI, P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004*, in *RDSS*, 2004, 587 ss. e R. PESSI, *La riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare: principi ispiratori, novità, prospettive*, in *MGL*, 2006, 364 ss.

⁽³⁴⁾ Art. 1, comma 1, lett. *d*, l. n. 243/2004.

Effettivamente, la totalizzazione viene estesa anche ai lavoratori che già abbiano maturato il diritto a pensione presso uno dei regimi previdenziali di iscrizione, ma non siano ancora titolari di “trattamento pensionistico autonomo”⁽³⁵⁾. E la possibilità di cumulare i contributi viene prevista per il conseguimento (oltre che delle pensioni di vecchiaia, di inabilità ed ai superstiti) anche della pensione di anzianità (anch’essa, fino ad ora esclusa)⁽³⁶⁾.

Inoltre, sono finalizzate ad agevolare il ricorso alla totalizzazione anche le disposizioni che consentono di cumulare i contributi versati anche nella gestione separata dell’Inps di cui all’articolo 2, comma 26, legge n. 335 del 1995, e nel fondo di previdenza del clero e dei ministri di culto delle confessioni religiose diverse da quella cattolica⁽³⁷⁾, e che prevedono che sia l’Inps (e non più separatamente le singole gestioni) ad erogare le quote di pensione che esse stesse liquidano, previa stipulazione di «apposite convenzioni con gli enti interessati»⁽³⁸⁾.

Ma tali estensioni e agevolazioni sono, ancora una volta, circondate da limiti e condizioni stringenti, in qualche modo inevitabili alla luce delle persistenti difficoltà di reperimento delle risorse necessarie⁽³⁹⁾.

Anzitutto, la nuova disciplina dettata dal decreto legislativo n. 42 del 2006 prevede che ogni singola quota della pensione “totalizzata” sia calcolata (non più sulla base dei requisiti e secondo i criteri stabiliti da ciascun ordinamento, ma) «esclusivamente con le regole del sistema contributivo», certamente meno favorevoli per il lavoratore⁽⁴⁰⁾.

Inoltre, è previsto che il diritto a pensione sorga soltanto a condizione che: il lavoratore abbia maturato almeno 20 anni di contribuzione e abbia raggiunto un’età di 65 anni, ovvero abbia maturato un’anzianità contributiva di almeno 40 anni, indipendentemente dall’età; sussistano gli ulteriori, eventuali, requisiti (diversi dall’età anagrafica e dall’anzianità contributiva) previsti «dai rispettivi ordinamenti per l’accesso alla pensione di vecchiaia»; i periodi di contribuzione siano considerati “tutti e per intero” (con esclusione, quindi, della possibilità di totalizzazione parziale, sia per quanto riguarda le gestioni, sia per quanto riguarda i periodi contributivi di una singola gestione)⁽⁴¹⁾; i periodi di contribuzione da cumulare non siano coincidenti e di durata inferiore a 6 anni⁽⁴²⁾.

Soprattutto (ma non soltanto) quest’ultima condizione, richiedendo il raggiungimento di un’anzianità contributiva minima notevole (almeno 6 anni) presso ciascun regime previdenziale di iscrizione, appare restrittiva e, nei fatti, limita sensibilmente la possibilità di maturare il diritto alla pensione “totalizzata” (oltre a

⁽³⁵⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 42/2006.

⁽³⁶⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 42/2006.

⁽³⁷⁾ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 42/2006.

⁽³⁸⁾ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 42/2006. Per gli aspetti applicativi, vedi la direttiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 2 marzo 2006 (in *GLav*, 2006, 51 ss.) e la circ. Inps 9 maggio 2006, n. 69.

⁽³⁹⁾ Criticamente su tali limiti e condizioni, vedi P. BOZZAO, *La “lunga marcia” della totalizzazione: innovazioni normative e questioni irrisolte*, in *LD*, 2008, 638 ss.; L. FOGLIA, *La totalizzazione dei periodi assicurativi nel sistema di ridefinizione del welfare*, in *PAPP*, 2006, 327 ss., spec. 345 ss.; M.P. GENTILI, *op. cit.*, 292 ss.

⁽⁴⁰⁾ Art. 4, comma 2 ss., d.lgs. n. 42/2006. Per ulteriori precisazioni e chiarimenti sulle modalità di calcolo della pensione “totalizzata”, vedi la direttiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 2 marzo 2006.

⁽⁴¹⁾ Cfr. anche la circ. Inps 9 maggio 2006, n. 69.

⁽⁴²⁾ Artt. 1 e 2, del d.lgs. n. 42/2006.

determinare la “perdita” dei periodi di contribuzione che non superano la durata di 6 anni).

9. Per questo motivo, già l’anno successivo il legislatore ritiene opportuno modificare anche la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 42 del 2006, proseguendo sulla strada dell’agevolazione del ricorso alla totalizzazione.

Così, la lettera *a* del comma 76 dell’articolo unico della legge n. 247 del 2007 (l’ennesima legge di riforma del welfare ⁽⁴³⁾), modificando il comma 1 dell’articolo 1 del decreto legislativo n. 42 del 2006, riduce da 6 a 3 anni il periodo minimo di contribuzione che il lavoratore deve raggiungere presso ciascun regime previdenziale nel quale è, o è stato, iscritto, al fine di poter maturare il diritto a pensione (“totalizzata”). Con l’importante precisazione, prontamente fornita dall’Inps, che, «ai fini dell’accertamento dell’anzianità contributiva minima di tre anni, l’Assicurazione Generale Obbligatoria deve essere considerata come una forma pensionistica unitaria sebbene strutturata in più gestioni» ⁽⁴⁴⁾.

Onde il legislatore, pure mantenendo la condizione di un’anzianità contributiva minima in ogni regime previdenziale di iscrizione, ne dimezza la durata (da 6 a 3 anni), introducendo una disciplina più favorevole per il lavoratore.

Nonostante le critiche di una parte della dottrina, il legislatore non modifica, invece, le ulteriori condizioni (anch’esse molto rigide) dettate dal decreto legislativo n. 42 del 2006 che impongono al lavoratore, per conseguire il diritto alla pensione “totalizzata”, di maturare 40 anni di contribuzione ovvero almeno 20 anni di contribuzione, ma raggiungendo un’età di almeno 65 anni (sia per gli uomini, che per le donne) ⁽⁴⁵⁾.

Peraltro, l’equiparazione tra sessi di quest’ultimo requisito sembra quasi anticipare il monito recentemente lanciato dalla Corte di Giustizia con la sentenza n. 46 del 13 novembre 2008 ⁽⁴⁶⁾.

10. Abbiamo già visto che il comma 1 dell’articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997, per i lavoratori i cui trattamenti pensionistici sono liquidati esclusivamente con il sistema contributivo, esclude la possibilità di cumulare periodi

⁽⁴³⁾ Sulla quale, vedi, in termini generali, M. CINELLI, M. FERRARO, *Welfare e competitività nel disegno di fine legislatura*, in *RDSS*, 2008, 1 ss.; M. GAMBACCIANI, *Coerenze e contraddizioni dell’ennesima riforma previdenziale*, in *ADL*, 2008, 111 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. la circ. Inps 17 gennaio 2008, n. 9, la quale chiarisce, quindi, che «i periodi di contribuzione accreditati nel Fondo Pensioni dei Lavoratori Dipendenti e nelle Gestioni speciali dei Lavoratori Autonomi possono essere cumulati fra loro al fine del raggiungimento dell’anzianità contributiva, pari ad almeno tre anni, necessaria per includere una gestione nel cumulo dei periodi assicurativi».

⁽⁴⁵⁾ Per tali critiche, vedi M.P. GENTILI, *op. cit.*, 293 ss., secondo la quale la scelta del legislatore di introdurre lo stesso requisito anagrafico (65 anni) sia per gli uomini che per le donne, non tenendo conto della diversità di età pensionabile tra uomini (65 anni) e donne (60 anni) prevista dalla disciplina vigente, finisce per discriminare le donne, ritardando di 5 anni (rispetto all’età del pensionamento) la loro possibilità di esercitare il diritto alla totalizzazione.

⁽⁴⁶⁾ Pubblicata in *FI*, 2009, IV, c. 10, secondo la quale la Repubblica italiana, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, è venuta meno agli obblighi di cui all’art. 141 del Trattato CE, violando il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

di contribuzione presso regimi previdenziali diversi quando il lavoratore abbia già maturato il diritto al trattamento previdenziale presso uno di quei regimi ⁽⁴⁷⁾.

Si tratta di una condizione più restrittiva di quella introdotta dal comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 42 del 2006 che, come detto, esclude il diritto alla totalizzazione soltanto quando il lavoratore sia già titolare di un "trattamento pensionistico autonomo" presso uno dei regimi previdenziali di iscrizione ⁽⁴⁸⁾. Ed infatti, per effetto di quest'ultima (più favorevole) disciplina, il lavoratore può ricorrere alla totalizzazione dei contributi anche quando abbia già (eventualmente) maturato i requisiti minimi per aver diritto a pensione presso uno dei regimi previdenziali nei quali è, o è stato, iscritto, purché non sia già stato ammesso al godimento della pensione.

Per agevolare l'esercizio del diritto alla totalizzazione anche dei lavoratori soggetti al sistema contributivo, la legge n. 247 del 2007 modifica anche il comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997, abrogando le parole «che non abbiano maturato in alcuna delle predette forme il diritto al trattamento previdenziale» ⁽⁴⁹⁾.

Ne deriva che anche i lavoratori i cui trattamenti pensionistici sono liquidati con il sistema contributivo possono certamente cumulare i periodi di contribuzione maturati nelle singole gestioni (per raggiungere i requisiti contributivi richiesti per conseguire il diritto a pensione) anche quando essi abbiano già eventualmente maturato il diritto a pensione presso una di quelle gestioni.

Ma v'è di più. La nuova formulazione del comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997 sembrerebbe anche implicare che tali lavoratori possano ricorrere alla totalizzazione pure nell'ipotesi in cui siano già titolari di un "trattamento pensionistico autonomo" presso uno dei regimi previdenziali di iscrizione, per raggiungere livelli di pensione più elevati ⁽⁵⁰⁾.

Ed infatti, il legislatore del 2007, modificando il comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997, non ha introdotto tale (meno gravosa) condizione negativa (ovvero, il non essere già titolare di pensione autonoma) in luogo, o in sostituzione, di quella (più gravosa) espressamente abrogata (analogamente, invece, a quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 42 del 2006).

Né sembra che quest'ultima disposizione possa essere applicata (in via analogica, o anche estensiva) al caso specificamente regolato dal comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 184 del 1997, anche tenuto conto che il decreto legislativo n. 42 del 2006, quando ha dettato la nuova disciplina della totalizzazione, ha abrogato soltanto l'articolo 71 della legge n. 388 del 2000, facendo espressamente salve tutte «le altre norme vigenti in materia di cumulo dei periodi assicurativi» ⁽⁵¹⁾.

Del resto, anche il Protocollo del welfare del 23 luglio 2007 (di cui la legge n. 247 del 2007 costituisce, in senso tecnico, l'attuazione) sembra confermare que-

⁽⁴⁷⁾ Cfr. nota 3.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. nota 8.

⁽⁴⁹⁾ Art. 1, comma 76, lett. b, l. n. 247/2007.

⁽⁵⁰⁾ In questo senso, vedi M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, 133; P. BOZZAO, *La "lunga marcia" della totalizzazione: innovazioni normative e questioni irrisolte*, cit., 647.

⁽⁵¹⁾ Art. 7, commi 2 e 4, d.lgs. n. 42/2006.

sta conclusione quando afferma che, «per i giovani che sono nel sistema contributivo», l'obiettivo è quello di predisporre «un meccanismo di utilizzazione dei contributi versati in qualsiasi fondo, per un'unica pensione, rimuovendo le previsioni che limitano la possibilità di cumulare i versamenti contributivi sia per il conseguimento del requisito di accesso al pensionamento sia per l'ammontare della pensione»⁽⁵²⁾.

11. Di certo, è facile prevedere che anche le recenti modifiche alla disciplina della totalizzazione introdotte dal legislatore del 2007 non rappresentano il punto di arrivo della sua lunga e tormentata evoluzione.

Tanto è vero che tali modifiche sono state espressamente adottate, come già è avvenuto per quelle che hanno riguardato la disciplina degli ammortizzatori sociali⁽⁵³⁾, nell'«attesa di una complessiva riforma dell'istituto della totalizzazione dei contributi assicurativi che riassorba e superi la ricongiunzione dei medesimi»⁽⁵⁴⁾, rappresentando, più che altro, misure “tampone”, per risolvere i problemi (e le incongruenze) più urgenti⁽⁵⁵⁾.

Dunque, è lo stesso legislatore che dà atto e riconosce che l'attuale disciplina della totalizzazione, come già quella dettata con le precedenti riforme del 1997, del 2000 e del 2006, non soddisfa ancora, o perlomeno non soddisfa ancora del tutto, l'obiettivo di “valorizzare” effettivamente tutti i contributi versati dal lavoratore nel corso della sua intera vita lavorativa, per conseguire il diritto a pensione, o ad una pensione più elevata.

Ancora restano tutt'altro che trascurabili i limiti e le condizioni che, sotto diversi profili⁽⁵⁶⁾, ostacolano il ricorso alla totalizzazione. Limiti e condizioni giustificati soprattutto dalla necessità di contenere la spesa previdenziale e, quindi, dalla oggettiva difficoltà di reperire risorse finanziarie adeguate da destinare alla totalizzazione⁽⁵⁷⁾. Ma sono limiti e condizioni che il legislatore, nella prospettiva di

⁽⁵²⁾ Cfr. il punto 6) del Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili del 23 luglio 2007. Su tale Protocollo, con specifico riguardo ai profili previdenziali, vedi M. CINELLI, *Un welfare da ristrutturare: a proposito del protocollo d'intesa 23 luglio 2007*, in *MGL*, 2007, 814 ss., e T. TREU, *Il Protocollo del 2007 e le riforme del welfare*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, tomo II, 1235 ss.

⁽⁵³⁾ Sulla tanto attesa riforma (più volte annunciata ma, fino ad ora, mai attuata) degli ammortizzatori sociali, vedi, tra i più recenti, F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, cit., tomo I, 597 ss.; D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi “neocostituzionalista”*, in *q. Rivista*, 2008, 957 ss.; M. MISCIONE, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *DLRI*, 2007, 695 ss.; A. PANDOLFO, *Per un sistema di misure integrate di sostegno nel mercato del lavoro (ovvero della «riforma degli ammortizzatori sociali»)*, in *PAPP*, 2006, p. 603 ss.; M. TIRABOSCHI, *Il sistema degli ammortizzatori sociali: spunti per un progetto di riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 1005 ss.

⁽⁵⁴⁾ Art. 1, comma 76, l. n. 247/2007. Cfr. anche il punto 6) del Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili del 23 luglio 2007.

⁽⁵⁵⁾ Sul carattere non risolutorio delle nuove disposizioni introdotte dal legislatore del 2007, vedi P. BOZZAO, *La “lunga marcia” della totalizzazione: innovazioni normative e questioni irrisolte*, cit., 635.

⁽⁵⁶⁾ Ad esempio, in mancanza di una espressa disposizione di legge (che confermasse la previsione del comma 2 dell'art. 71 della l. n. 388/2000, ora abrogato) e stante l'applicazione generalizzata del sistema di calcolo contributivo, sembra doversi escludere la possibilità di applicare alle pensioni “liquidate in totalizzazione” l'istituto della integrazione al trattamento minimo. Così, almeno, la circ. Inps 17 gennaio 2008, n. 9.

⁽⁵⁷⁾ A questo fine, l'art. 5, comma 8, della l. n. 127/2007 ha appositamente istituito, nello stato di previsione del Ministero del lavoro, un fondo (con relativa dotazione finanziaria fino al 2010) per il finanzia-

colmare sul piano del mercato del lavoro le minori tutele che il lavoro flessibile comporta sul piano del rapporto, dovrebbe auspicabilmente, e sia pure gradualmente, attenuare.

In questo modo, infatti, l'istituto della totalizzazione potrebbe risultare sempre più di importanza centrale per la costruzione di un nuovo equilibrio complessivo del nostro ordinamento previdenziale, che dia una considerazione (ed una "copertura") adeguata anche ai nuovi lavori, contribuendo a che essi vengano considerati strumenti necessari di occupabilità e di adattabilità e non trappole di "precarietà".

Totalizzazione e flessibilità – Riassunto. *Gli AA. effettuano una ricognizione ragionata della disciplina della totalizzazione, dal primo intervento normativo organico (d.lgs. n. 184/1997) fino alle recenti modifiche intervenute con la l. n. 247/2007, passando anche per gli arresti sul tema della Corte Costituzionale. In particolare, gli AA. precisano, relativamente ad ogni intervento normativo, le esigenze che lo hanno reso necessario, gli eventuali rapporti con le riforme del diritto del lavoro – soprattutto con le riforme che introducono e disciplinano un mercato del lavoro flessibile –, l'impatto sui differenti regimi pensionistici (retributivo, contributivo e misto) e l'ambito soggettivo di riferimento. Gli AA. evidenziano, infine, i limiti generali, o riferibili a specifiche categorie di lavoratori, che condizionano ancora la fattispecie della totalizzazione, auspicando l'intervento di una riforma complessiva dell'istituto che razionalizzi, uniformi e semplifichi l'accesso all'istituto stesso, così da valorizzare effettivamente tutti i contributi versati dai lavoratori nel corso dell'intera vita lavorativa.*

Totalization and Flexibility (Article in Italian) – Summary. *The paper investigates the issue of totalization, considering earlier provisions (Legislative Decree No. 184/1997) and more recent measures on the matter (Act No. 247/2007), analyzing the limitations laid down by the Italian Constitutional Court. The focus is on the reasons for its implementation, the relationship with labour law reforms dealing with flexibility in the labour market, and the impact on pension schemes (non-contributory, contributory and mixed schemes). In conclusion, the paper highlights the main shortcomings of totalization, with special reference to particular categories of workers, suggesting reform which will facilitate its implementation, extend its scope, and effectively take into account contributions paid by employees during their working lives.*

mento di interventi e misure dirette ad agevolare, tra l'altro, «la totalizzazione dei periodi contributivi maturati in diversi regimi pensionistici, in particolare per i soggetti per i quali trovi applicazione, in via esclusiva, il regime pensionistico di calcolo contributivo, al fine di migliorare la misura dei trattamenti pensionistici». Sulla crisi finanziaria del nostro sistema previdenziale e sulla tendenza a "scaricare" gli effetti di quella crisi soprattutto sui più giovani, vedi M. PERSIANI, *Conflitto industriale e conflitto generazionale (cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale)*, in *ADL*, 2006, 1041 ss.

Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale

Antonino Sgroi

Sommario: **1.** Quadro generale. – **2.** La legge delega. – **3.** La legislazione delegata. Le agenzie di somministrazione. – **3.1.** *Segue:* i nuovi tipi di rapporto di lavoro.

1. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sotto il versante previdenziale, non conclude ed esaurisce il percorso che il legislatore ha intrapreso con la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30; allo stesso si devono connettere, quanto meno e allo stato, due ulteriori testi legislativi, ovverosia:

- le disposizioni contenute nell'articolo 43 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326;
- il decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, con il quale si attua la delega contenuta nell'articolo 8 della legge n. 30 in tema di razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro.

Una ricognizione e l'abbozzo di un tentativo di riconduzione a sistema, nei limiti della presente trattazione, con riguardo al micro-sistema previdenziale, necessita di una lettura integrata della congerie di norme che il legislatore – a partire dalla legge delega e concludendo con il decreto legislativo n. 124 del 2004, tenendosi altresì conto delle modifiche e integrazioni che lo stesso legislatore ha, nel frattempo, operato sui predetti decreti legislativi – ha dedicato specificamente al diritto del lavoro ma che, direttamente e indirettamente, coinvolgono aspetti previdenziali.

Aspetti previdenziali che possono essere letti sotto un duplice versante:

- l'uno, a monte, che afferisce agli obblighi posti a carico di chi fruisce del lavoro altrui o direttamente a carico del lavoratore, sia esso subordinato o autonomo,
- l'altro, a valle, che attiene alle tutele apprestate dall'ordinamento in favore dei lavoratori, siano essi autonomi o subordinati, coinvolti in questi mutamenti legislativi.

In questa sede, tendenzialmente si preteriranno, ove non necessari ai fini dell'esposizione, gli aspetti lavoristici della riforma, privilegiando l'aspetto previdenziale, sia con riguardo alla ricostruzione degli obblighi di contribuzione posti a carico del datore di lavoro e del lavoratore autonomo a seguito delle modifiche legislative, sia con riguardo all'aspetto delle tutele previdenziali apprestate

* *Avvocatura Centrale Inps.*

dall'ordinamento in favore di queste nuove figure di lavoratori ⁽¹⁾.

Infine il versante previdenziale investigato si deve porre in collegamento con il modello delineato dal legislatore in tema di tutela dei diritti dei lavoratori apprestata dallo stesso e assegnata, nella sua concreta attuazione, a organi dello stesso apparato statale ⁽²⁾.

Chiariti i confini all'interno dei quali si dipanerà la presente relazione, si deve, in via di ulteriore approssimazione, delineare l'iter che si seguirà per dare un quadro generale della materia, nei limiti dell'odierna trattazione.

Il reticolato normativo costituito dal decreto delegato n. 276, oltre ad avere come suo entroterra legislativo necessitato la legge delega n. 30, contempla anche, per l'individuazione della *ratio* a esso sottesa, la relazione accompagnatoria dello stesso, pertanto da questa e dai principi della legge delega si prenderanno le mosse al fine di individuare i *caratteri previdenziali* della riforma.

Ma, ancor prima di tale analisi, è d'uopo constatare come, da una lettura a volo d'uccello del dianzi citato complesso normativo, si evinca una scelta legislativa di contrario avviso a quella sino a poco tempo prima avallata dell'introduzione di una disciplina generale in materia di lavoro atipico, contenitore entro il quale si

⁽¹⁾ Sul tema previdenziale e con precipuo riguardo al versante delle prestazioni assicurate ai nuovi lavoratori, si veda: C. LAGALA, *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali – A tre anni dalla legge delega 30/2003*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 623; e, in generale: I.C. AZZOLINI, *Profili fiscali e contributivi dei nuovi contratti*, in *DPL*, 2003, 3209 ss.; P. RIGHETTI, *Profili e conseguenze della delega sul piano previdenziale*, in *GD*, 7 marzo 2003, n. 10, 85 ss.; M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *PAPP*, 2004, I, 995; A. SGROI, *La riforma del mercato del lavoro: riflessioni in tema di contribuzione previdenziale obbligatoria*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, 2004, I, 473; M. CINELLI, «Nuovi lavori» e tutele: *Quali spazi per la previdenza sociale*, in *RIDL*, 2005, 225; M. CINELLI, *Riforma del mercato del lavoro e welfare*, in *RDSS*, 2006, 17; R. PESSI, *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *RDSS*, 2006, 39; P. CAPURSO, *La riforma del mercato del lavoro: riflessi sulle obbligazioni contributive previdenziali*, in *RGL*, 2006, I, 853.

⁽²⁾ L'aspetto di cui nel testo si pone altresì in connessione con l'istituto della certificazione e degli effetti della stessa nei confronti degli enti previdenziali e su questo tema, si veda, fra l'altro: M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *RIDL*, 2007, 307.

Sui compiti assegnati agli ispettori del lavoro e degli enti previdenziali, sulla l. n. 30/2003 e sul successivo d.lgs. n. 124/2004, si veda, fra l'altro: N. CRISCI, *Ispezioni del lavoro: lineamenti introduttivi per la riforma*, in *LPO*, 2003, 961 ss.; A. GASPARI, *I poteri ispettivi e la loro evoluzione: diffida, disposizione e prescrizione*, ivi, 970 ss.; M. MAGRI, *Accertamenti ispettivi degli enti previdenziali: diritti e doveri delle aziende*, ivi, 975 ss.; A. SGROI, *Le funzioni ispettive*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 259 ss.; S. VERGARI, *La funzione ispettiva in materia di lavoro: conciliazione e repressione*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema della legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 2004, 433 ss.; C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Giuffrè, Milano, 2004; A. GASPARI, A. GUADAGNINO, *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D. Lgs. 124/2004*, Iuridica Editrice, Roma, 2005; L. NOGLER, C. ZOLI (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003, n. 30: commentario sistematico al d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124*, in *NLCC*, 2005, 871; A. SGROI, *Servizi ispettivi in materia di previdenza sociale e lavoro: convenzioni internazionali e leggi di riforma*, in *LPO*, 2005, 931; P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta*, in *IPrev*, 2008, 109.

intendeva disciplinare tutta una serie di rapporti di lavoro anomenclati ⁽³⁾.

Il legislatore ha optato per l'individuazione, la nomenclazione e la disciplina *ad hoc* di rapporti di lavoro che, antecedentemente, potevano ben esistere e avere una regolamentazione presa in prestito da rapporti di lavoro a loro contenutisticamente vicini.

L'adozione di questa tecnica legislativa, ovviamente non preclude l'esistenza di vuoti normativi e l'eventuale applicazione nei confronti di questi nuovi tipi di rapporto di lavoro della disciplina dettata dallo stesso legislatore per altri tipi di rapporti di lavoro.

Preso atto di questa scelta, con riguardo al versante previdenziale occorre chiedersi se con la stessa si sono apportate modifiche, e se sì in che termini, al modello generale e tendenziale di previdenza sociale sinora esistente.

Per compiere tale opera è necessario, innanzitutto, chiedersi quali siano stati e, in un momento logicamente precedente, individuare i fini perseguiti dal legislatore sotto il nostro versante.

Tale prima ricognizione, in questa sede, prenderà spunto dal *Libro Bianco* sul welfare – Proposte per una società dinamica e sociale – del febbraio del 2003, opera del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e dalla Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi ⁽⁴⁾.

Il *Libro Bianco*, definito dagli stessi autori «[...] il naturale proseguimento del *Libro Bianco sul mercato del lavoro* [...]» ⁽⁵⁾, ha, sempre secondo quanto si legge nello stesso, «[...] lo scopo di mettere a punto un quadro di riferimento per realizzare e rinforzare la coesione sociale del Paese [...]», e da una lettura dello stesso non traspare alcuna intenzione esplicita di toccare l'attuale assetto previdenziale in punto individuazione degli obblighi contributivi posti a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori autonomi, l'obiettivo esplicito è quello di incrementare le occasioni di lavoro e garantire a tutti un equo accesso a una occupazione regolare e di qualità.

Obiettivo, con riguardo al profilo afferente all'accesso al lavoro e con riferimento a soggetti prima esclusi (donne e giovani), al cui raggiungimento hanno concorso, secondo gli autori del *Libro Bianco sul mercato del lavoro*, «gli strumenti di flessibilità all'ingresso (che hanno) contribuito a ridurre le iniquità e le inefficienze discendenti da un mercato del lavoro rigido» ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Sul dibattito intorno al lavoro atipico, a mero titolo esemplificativo e per i suoi riflessi in ambito previdenziale, si veda: M. CINELLI, *La protezione sociale dei lavori atipici*, in *DL*, 2000, I, 273 ss.

⁽⁴⁾ Entrambi i testi in www.minwelfare.it.

⁽⁵⁾ Sito www.minwelfare.it, 6.

⁽⁶⁾ Ma continua lo stesso passo «al tempo stesso, però, l'incompletezza del processo di introduzione di nuove flessibilità, lo scarso sviluppo di importanti strumenti di tutela *nel mercato* – un tratto tradizionale dell'Italia, in cui scarsamente efficaci sono stati i meccanismi di mediazione di manodopera e gli ammortizzatori sociali – il ridotto sviluppo di strumenti di sostegno al reddito dei meno abbienti, possono avere conseguenze negative nel nuovo contesto più flessibile. In altri termini, vi è il rischio che all'attenuazione delle rigide tutele relative al singolo rapporto di lavoro posto in essere non faccia da contraltare lo sviluppo di efficaci forme di tutele nel mercato, tutele tanto più necessarie nel contesto attuale di maggiore flessibilità, con un *turn over* occupazionale più intenso.

Da questo punto di vista i nodi maggiormente problematici riguardano tanto le c.d. politiche attive (incentivi e servizi a favore del primo impiego dei giovani e del reimpiego dei disoccupati) quanto quelle

Da tale constatazione discende che per tutte le nuove figure di rapporti di lavoro introdotte con la legge delega e con il successivo decreto legislativo non vi era intenzione alcuna da parte del legislatore delegante, e a maggior ragione del legislatore delegato, di modificare il pregresso assetto legislativo sul tema qui investigato.

La stessa affermazione può farsi se si legge la Relazione di accompagnamento al decreto delegato.

Si ripete ancora una volta in tale documento che l'obiettivo della riforma è quello di assicurare meno precarietà, più lavoro stabile e regolare, maggiori tutele e pari opportunità per tutti ⁽⁷⁾, si afferma che «le misure contenute nel decreto delegato estendono le tutele a favore di una più ampia platea di soggetti: quelle persone oggi intrappolate nelle finte collaborazioni coordinate e continuative e in una economia sommersa [...] [e a tal fine si] creano regole semplici ed effettivamente esigibili [...] [con la conseguenza che si avrà la creazione di] un contratto di lavoro regolare [in forza del quale si] versano contributi alle casse dello Stato».

Orbene dalla lettura di questi passi si deduce che il legislatore non ha voluto abbassare i livelli di tutela apprestati dall'ordinamento nei confronti dei lavoratori e, in perfetta sintonia, non ha voluto ridurre i livelli degli obblighi previdenziali posti a carico dei datori di lavoro, o in via più generale di chi lavora, tant'è che prospetta con la propria manovra un aumento delle entrate contributive. E, in parallelo, nulla cambia pertanto con riguardo ai poteri ispettivi riconosciuti agli organi amministrativi per la verifica del corretto adempimento da parte dei datori di lavoro di quanto previsto nel tessuto legislativo in commento.

Acclarati gli obiettivi della riforma, così come dichiarati dal legislatore nel *Libro*

passive (ammortizzatori sociali) e, più in generale, le politiche sociali e fiscali ai meno abbienti» (*Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia – Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, 15).

Nelle *Considerazioni di sintesi* del Rapporto sullo Stato Sociale 2008 (F.R. PIZZUTI (a cura di), *Considerazioni di sintesi*, Utet, Torino, 2009), si pone questo contesto nazionale all'interno di un contesto di integrazione internazionale dei mercati e di una crescente finanziarizzazione dell'economia, aspetti che portano con sé fenomeni di crisi più ricorrenti e i cui effetti sono più estesi territorialmente e che «nel mercato del lavoro, specialmente nei segmenti produttivi meno toccati dall'innovazione e più soggetti alla concorrenza delle economie emergenti, (hanno comportato) per i lavoratori una più sensibile contrazione della dinamica retributiva e una crescente instabilità del rapporto contrattuale e, dunque del reddito» (3).

In questo quadro, sommariamente delineato, non può non menzionarsi la questione della c.d. *flexicurity*, ovvero sia quel modello, affermato principalmente in Danimarca e Olanda, che cerca di compensare gli accresciuti rischi per i lavoratori, rischi radicati sull'introduzione di nuove tipologie contrattuali che hanno reso più precari i rapporti di lavoro nell'Unione europea, con più efficaci ammortizzatori sociali, con politiche attive e di formazione dei lavoratori. Ma, si osserva sempre nel menzionato Rapporto sullo Stato Sociale 2008, «l'onerosità finanziaria della componente *security* del modello e la dipendenza della sua efficacia da un contesto economico, sociale e civile non facilmente riscontrabile in gran parte delle realtà nazionali dell'Unione, hanno fatto sì che della complessiva *flexicurity* spesso si sia realizzata solo, o prevalentemente, la componente di flessibilizzazione del lavoro richiesta dalle imprese, con il risultato ultimo di aumentare la precarietà della condizione lavorativa e delle condizioni di vita *tout-court*» (5).

Per una ricognizione del modello *flexicurity* nei contratti con finalità formativa (l'analisi riguarda il solo apprendistato) si veda A. DE FELICE, *Contratti con finalità formativa e mercato del lavoro*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – INT, 2007, n. 57, 18.

⁽⁷⁾ Così si legge a pagina 3 della *Relazione*; ma si vedano anche le successive pagine 8, 9, 14 e 16, in www.minwelfare.it.

Bianco sul welfare e, successivamente, nella Relazione di accompagnamento al decreto delegato n. 276, bisogna ora chiedersi come la stessa si inveri nella concreta normazione.

In via teorica la creazione di nuovi tipi di rapporti di lavoro, sotto il profilo previdenziale, non produce alcuno scossone, stante il fatto che per ognuno di essi dovrà individuarsi la normazione previdenziale di riferimento esistente, a meno che non si rinvenga nella specifica disciplina di ciascuno di essi una disposizione *ad hoc* (si prescinde in questa sede se migliorativa o peggiorativa della generale). Il micro-sistema previdenziale, come noto, prevede un obbligo generale di contribuzione che, al suo interno, si può suddividere, a fini esemplificativi, in due grandi tronconi:

- obblighi contributivi per il lavoro subordinato posti a carico del datore di lavoro e del lavoratore subordinato (in percentuali diverse),
- obblighi di contribuzione posti a carico del lavoratore autonomo (bacino in cui si situavano le collaborazioni coordinate e continuative per le quali il sistema poneva un obbligo di contribuzione a carico del beneficiario della prestazione), assegnando a quest'ultima espressione un'ampia valenza contenutistica, che consente di porre al suo interno qualsivoglia attività lavorativa non subordinata.

Se le linee generali di sistema sono quelle sommariamente tracciate ne discende, *a fortiori*, che i nuovi tipi di rapporti di lavoro troveranno una loro regolamentazione, sotto il versante contributivo, nella disciplina generale sul tema, salve le eccezioni alla stessa, se rese possibili dal legislatore delegante e nei limiti tracciati dallo stesso⁽⁸⁾.

In via teorica può quindi ben affermarsi che, una volta accertata la riconduzione del nuovo tipo al *modello* lavoro subordinato o, all'opposto, al *modello* lavoro autonomo, scatteranno le regole previdenziali generali, poste a tutela dell'interesse pubblico perseguito e tutelato dall'ente previdenziale, in tema di obblighi contributivi.

Se questa è l'architettura di riferimento, la prima attività da compiere è la riconduzione di ciascuno dei tipi, delineati con la legge delega e il decreto legislativo, al modello di riferimento e, a tal fine, non si può che rinviare all'opera compiuta dai lavoristi sul tema, e della quale in questa sede si faranno proprie le conclusioni per ciascuno dei nuovi tipi.

Se si procede a un'aggregazione dei citati tipi può dirsi che:

- nella categoria del lavoro subordinato si annoverano i rapporti di lavoro che si instaurano nelle somministrazioni di lavoro (articolo 20 ss.), nell'appalto (articolo 29), nel distacco (articolo 30), nel lavoro intermittente (articolo 33 ss.), nel

⁽⁸⁾ Sui rapporti fra legge delega e decreto legislativo in occasione di una decisione in materia previdenziale si veda M.S. GIANNINI, *Osservazione* a Corte Costituzionale, 5 maggio 1959, n. 24, in *GCost*, 1959, 340 ss. In generale sui rapporti fra i due atti si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, in specie, 163 ss.; F. SORRENTINO, G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *DDP*, 1994, vol. IX, 100 ss., in specie 9-13; A. RUGGERI, *Fonti, Norme, Criteri ordinatori, Lezioni*, Giappichelli, Torino, 1996, in specie 121-130. Per la giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla materia previdenziale, si veda, fra l'altro: Cass., 16 febbraio 1998, n. 1602, che non ha ritenuto sussistere un eccesso di delega nel contenuto dell'art. 7 del d.P.R. n. 1432/1971 con riferimento alla delega conferita dall'art. 35 della l. n. 153/1969.

lavoro ripartito (articolo 41 ss.), nel lavoro a tempo parziale, nell'apprendistato, nell'inserimento (articolo 54);

– nella categoria del lavoro autonomo si annoverano il lavoro a progetto (articolo 61), il lavoro accessorio (articolo 70), il lavoro reso dagli associati in partecipazione (quest'ultimo disciplinato nell'articolo 43 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326).

Se si riconosce come possibile tale riconduzione dei tipi della riforma del 2003 ai *grandi tipi* descritti nel sistema previdenziale, ne discende che alcun grado di novità può predicarsi sotto questo versante e, si ripete, la normativa da applicare sarà quella generale.

Tale assunto però dovrà essere ulteriormente verificato alla luce dell'eventuale specifica disciplina previdenziale contenuta, rispettivamente, nella legge delega e nel decreto legislativo, rammentando con riguardo alla prima che la stessa potrà ben contenere disposizioni di diretta e immediata applicazione che non prevedono la *mediazione* del legislatore delegato, in parallelo a disposizioni la cui concreta attuazione non potrà che passare attraverso la normazione delegata.

Gli interventi, impliciti o espliciti, che la legge delega fa nella nostra materia appaiono alquanto limitati, rinvenendosi gli stessi in materia di somministrazione di manodopera, di gruppi di impresa, di aiuti di Stato per la stipula di rapporti di lavoro con contenuto formativo, di previsione di agevolazioni per incentivare l'utilizzo di contratti a tempo parziale, di collaboratori, di prestazioni di lavoro occasionale e accessorio.

2. Il legislatore delegante, nel prevedere l'abrogazione della disciplina dettata dalla legge n. 1369 del 23 ottobre 1960 e contestualmente la creazione di un *modello generale ruotante attorno alla somministrazione di manodopera* (articolo 1, lettera *m*), fissa fra i criteri direttivi della nuova legislazione, fra l'altro, quelli:

a) della perpetuazione di un obbligo di solidarietà tra fornitore e utilizzatore in caso di somministrazione di lavoro altrui (n. 4, lettera *m*);

b) della fissazione di un trattamento inderogabile, in favore dei lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera, non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice (n. 5, lettera *m*).

Questi due principi, sotto il versante previdenziale, comportano:

– la possibilità da parte dell'ente previdenziale di escutere, nell'ipotesi di inadempienza contributivo, indifferentemente l'impresa fornitrice di manodopera e l'impresa utilizzatrice della medesima e ciò senza che nessuna di esse possa frapporre la preventiva necessaria escussione dell'altra società solidalmente obbligata al pagamento della contribuzione previdenziale;

– l'impossibilità da parte del legislatore delegato di fissare un trattamento contributivo in favore dei lavoratori somministrati, ovviamente a parità di attività lavorativa, inferiore a quello che il datore di lavoro utilizzatore del lavoro somministrato riconosce ai propri dipendenti.

Sempre l'articolo 1, alla lettera *n*, nel prevedere un'agevolazione di tipo amministrativo in favore dei *gruppi di imprese*, precisamente la possibilità che l'impresa

capogruppo assolve, per tutte le società collegate e controllate, agli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale con riguardo ai lavoratori dipendenti, riafferma, nonostante l'adempimento amministrativo da parte della società capogruppo, la titolarità delle obbligazioni scaturenti dall'instaurato rapporto di lavoro subordinato in capo alla singola società che ha stipulato il contratto. Contravvenendo alla regola espositiva che ci si è dati, si può evidenziare sin da ora che il legislatore delegato ha recepito tale principio nell'articolo 31, il cui ultimo comma, reitera la permanenza dell'obbligo retributivo e contributivo in capo alle singole società datrici di lavoro.

Ulteriori disposizioni in materia previdenziale si rinvencono nel seno del successivo articolo 2, articolo chiamato a riordinare i *contratti a contenuto formativo e di tirocinio*.

La legge delega affida al legislatore delegante il compito di razionalizzare i rapporti a contenuto formativo con il fine, fra l'altro, di uniformarli agli orientamenti comunitari in materia di aiuti di Stato all'occupazione e di semplificare e snellire i procedimenti di riconoscimento e di attribuzione degli incentivi, anche con criteri di automaticità di assegnazione del beneficio, e tenendo conto nel delineare tale nuova disciplina, del tasso di occupazione ⁽⁹⁾.

Sotto questo crinale è d'obbligo il richiamo alle decisioni della Commissione della Comunità europea che, ripetutamente, hanno dichiarato l'incompatibilità della legislazione italiana con i principi comunitari in materia di aiuti alle imprese ⁽¹⁰⁾,

⁽⁹⁾ Si rilevi che nello stesso *Libro Bianco sul mercato del lavoro* in Italia dell'ottobre 2001 (in www.minwelfare.it) si pone all'ordinamento il compito di incentivare l'occupazione con l'utilizzo in gran parte dello sgravio contributivo (21). In una prospettiva di riforma degli incentivi all'occupazione si legge che «[...] le esigenze da rispettare sono: l'aumento di selettività degli incentivi a favore di soggetti deboli, identificabili su base territoriale (in base allo stato del mercato del lavoro tanto a livello locale quanto della macroarea in cui il soggetto opera) o sulla base di caratteristiche individuali ben precise (lavoratori licenziati, soggetti con carichi familiari, persone a rischio di divenire disoccupati di lunga durata etc.); la previsione di sostegni e di un regime contributivo che complessivamente favorisca la trasformazione e il ricorso al contratto a tempo indeterminato, tenendo così tra l'altro conto del minor rischio di disoccupazione in esso insito e contrastando l'insorgere di segmentazioni nel mercato del lavoro» (57). All'interno di questo quadro si constata la necessità di «[...] valutare attentamente anche gli effetti della riforma in senso federale dello Stato sulle politiche di incentivazione monetaria delle imprese [...]». In uno Stato federale, a seconda della ripartizione di competenze tra Stato federale e Stato federato, può infatti sostenersi che il "sistema generale di riferimento" rispetto al quale le autorità comunitarie sono chiamate a valutare la compatibilità di una singola misura non sia più quello dello Stato federale ma quello del singolo Stato federato. Nella prospettiva delle politiche di sviluppo del Mezzogiorno la riforma in senso federale dello Stato potrebbe pertanto garantire maggiori margini di manovra rispetto al passato anche con riferimento ai vincoli posti dall'Unione Europea» (58).

⁽¹⁰⁾ Nella decisione dell'11 maggio 1999 (in *GUCE*, 15 febbraio 2000, serie L, n. 42) la Commissione europea ha ritenuto l'illegittimità, quale regola generale, degli aiuti concessi dall'Italia, a decorrere dal 1975, per l'assunzione di lavoratori mediante i contratti di formazione e lavoro previsti da una sequela di disposizioni che si sono dipanate fra il 1983 (il primo d.l. n. 726/1983 convertito con modificazioni in l. n. 863/1984) e il 1994 (l'ultimo di una serie di disposizioni sul punto, d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni in l. n. 451/1994). Tale divieto generale è mitigato dalla Commissione con l'indicazione di una serie di parametri che, se rispettati dalla legislazione nazionale, conducono alla legittimità degli aiuti erogati in forza della stessa (art. 1 della decisione). Come noto lo Stato italiano ha proposto, innanzi alla Corte di Giustizia, ricorso avente lo scopo di far annullare la decisione della Commissione e il procedimento giudiziario si è concluso con la decisione del 2 marzo 2002 (proc. C-310/99). In questa sentenza la Corte di Giustizia ha respinto il proposto ricorso confermando l'impugnata decisione. Con la successiva decisione del 16 ottobre 2002 (in *GUCE*, 24 marzo 2003, serie L, n. 77) la Commissione ha dichiarato

a al contenzioso comunitario in tema di aiuti concessi proprio per la stipula di contratti a contenuto formativo e per i quali la Commissione ha individuato i requisiti minimi necessari affinché la legislazione potesse superare il vaglio di legittimità e di merito in sede comunitaria.

Ne consegue pertanto che al legislatore delegato è stato affidato il compito di delineare un quadro nazionale compiuto sulla materia degli aiuti di Stato, quadro che ha quale punto di riferimento il diritto comunitario, sempre che si voglia evitare quel che è accaduto sino al 2003 non solo con la legislazione nazionale ma anche con la legislazione regionale concorrente sul tema.

Quest'ultimo riferimento consente di rilevare come la legge delega, nonostante la coscienza della complessità del fenomeno (e di ciò fa fede quanto si legge nel *Libro Bianco* del 2001), ignori la problematica dell'eventuale cumulo di benefici sugli stessi contratti, cumulo derivante dalla concorrenza della legislazione nazionale e regionale, e, pertanto, non appresti alcuna idonea disciplina che eviti, con riferimento alla legislazione regionale, una censura in sede comunitaria, e che contemporaneamente ponga in essere meccanismi atti a evitare un'ipertrofia, o più semplicemente una mera sommatoria aritmetica, di aiuti nazionali e regionali sulla stessa materia, stante l'ovvia osservazione che un cumulo indiscriminato di aiuti non ha necessariamente un effetto benefico pari alle risorse pubbliche investite.

Il successivo intervento del legislatore delegante in materia previdenziale lo si rinviene nell'articolo dedicato al *rapporto di lavoro a tempo parziale* (articolo 3). In questa norma si affida al Governo il compito di emanare una legislazione, "anche di natura previdenziale," (lettera *d*) incentivante l'utilizzo di contratti a tempo parziale da parte dei lavoratori anziani al fine di contribuire alla crescita dell'occupazione giovanile anche attraverso il ricorso a tale tipologia contrattuale.

L'introduzione di una legislazione previdenziale incentivante i lavoratori anziani ad utilizzare i contratti *part-time* dovrebbe, in astratto (in concreto il legislatore delegato non ha disciplinato il tema), contenere una disciplina che assicuri una copertura previdenziale pari o vicina alla copertura previdenziale che il lavoratore anziano avrebbe avuto se avesse continuato nel suo rapporto di lavoro *full-time*; allo stato non si scorge alcuna altra forma possibile di incentivazione nell'ordinamento previdenziale.

Le ultime disposizioni di rilievo previdenziale nella legge n. 30 del 2003 è dato reperirle nell'articolo 4, norma chiamata a dettare principi e criteri direttivi, secondo l'intenzione del legislatore, sul *lavoro a chiamata*, quello *temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite*.

Il primo riferimento attiene al lavoro temporaneo tramite agenzia e al riconosci-

l'incompatibilità con il mercato europeo dei benefici riconosciuti dalla l.r. Sicilia n. 16/1997 in favore dei datori di lavoro che stipulavano contratti di formazione e lavoro. Infine, sempre la legislazione della Regione Sicilia, l.r. n. 30/1997, è incappata nella verifica della Commissione con la decisione del 13 maggio 2003 (in *GUCE*, 17 ottobre 2003, serie L, n. 267). Sul rapporto sgravi-diritto comunitario sia consentito rinviare ad: A. SGROI, *Benefici contributivi, verifica di compatibilità con il diritto comunitario e recupero degli aiuti indebiti*, in *RDSS*, 2004, 299 ss.

mento della possibilità di utilizzo di tale strumento anche nel settore agricolo e alla conseguente applicabilità degli oneri contributivi di questo settore (comma 1, lettera *b*).

Il secondo riferimento si pone all'interno della *rifondazione* delle collaborazioni coordinate e continuative (comma 1, lettera *c*), fra i principi e criteri direttivi si annovera la previsione di tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro, anche nel quadro di intese collettive (n. 4, lettera *c*).

La disposizione si bipartisce, a sua volta, in una previsione generale ove si afferma una tutela generalizzata e, a un livello inferiore e consequenziale, una previsione esemplificativa di quegli aspetti per i quali deve trovare applicazione la disposizione generale. Geometricamente si potrebbe dire di essere davanti ad un sistema a cerchi concentrici ove il primo, di carattere generale, include il secondo, a carattere esemplificativo.

Il terzo riferimento riguarda le prestazioni di lavoro occasionale e accessorio (lettera *d*, articolo 4) ed è quello che, rispetto alla disciplina previdenziale, appare più *disarmonico*.

Si parla nel testo della norma di prestazioni di lavoro svolte da individuati soggetti, esemplificativamente disoccupati di lungo periodo o soggetti a rischio di esclusione sociale, «[...] regolarizzabili attraverso la tecnica di buoni corrispondenti a un certo ammontare di attività lavorativa [...]».

La lettura di quest'ultima frase porta a ritenere che il legislatore immagini una regolarizzazione *a posteriori* di rapporti di lavoro instaurati al di fuori di una qualsivoglia disposizione legislativa, e per i quali il beneficiario dei medesimi rientra nella legalità con l'utilizzo di un sistema di buoni.

Innanzitutto appare anomalo che si parli di regolarizzazione di un fenomeno che è disciplinato per la prima volta nella legge delega, allorché all'opposto si sarebbe dovuto parlare dell'introduzione di una peculiare modalità di pagamento delle prestazioni occasionali e accessorie rese.

Ancora la previsione del pagamento della prestazione tramite l'utilizzo di buoni lascia impregiudicato l'aspetto previdenziale, ovverosia non si dice se il buono è utile anche all'assolvimento dell'obbligazione contributiva.

Ma, più a monte e in via dirimente, il legislatore non dice che il valore facciale del buono per le prestazioni rese e da pagare debba essere inferiore, sotto il profilo contributivo, alla retribuzione virtuale fissata con l'articolo 1 della legge n. 389 del 1989, di conversione con modifiche del decreto legge n. 338 del 1989⁽¹⁾.

La norma in commento si chiude con una disposizione che, ancor più della precedente, si pone in rotta di collisione con il modello generale previdenziale che prevede un obbligo di versamento della contribuzione per qualsiasi attività lavo-

⁽¹⁾ L'Inps ha provveduto a dare istruzioni sull'uso dei buoni lavoro nell'ambito del settore agricolo, circ. n. 81/2008 e n. 94/2008, del settore commercio, circ. n. 104/2008 e del settore dei lavori domestici, con circ. n. 44/2009, quest'ultima a seguito delle modificazioni apportate alla materia dal legislatore con il d.l. n. 185/2008, conv. con modif. dalla l. n. 2/2009.

rativa prestata (lettera *f*).

Si parla di configurazione specifica di *prestazioni che esulano dal mercato del lavoro* e dagli obblighi connessi delle prestazioni svolte in modo occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salve le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori, e con particolare riguardo alle attività agricole.

Secondo il dettato di questa norma ne discende che tali fattispecie di lavoro, non prevedono forma alcuna di compenso, né tanto meno si deve ritenere di tutela previdenziale ⁽¹²⁾.

Questo principio ha trovato una sua concretizzazione nella legislazione delegata solo con riguardo alle attività agricole nel caso di prestazioni svolte da parenti e affini sino al quarto grado ⁽¹³⁾.

3. Esaurito, nei limiti del presente scritto, il discorso sulla legge delega, non resta che interrogarsi su come i principi e i criteri direttivi della stessa sono stati concretizzati dal legislatore delegato, e se lo stesso abbia detto e scritto, sempre con riguardo all'aspetto previdenziale, più di quello che era in suo potere.

Si seguirà l'iter utilizzato precedentemente per l'illustrazione della legge n. 30, pertanto il primo degli argomenti in cui ci si dovrebbe imbattere è la somministrazione di lavoro ma, contrariamente a questa attesa, la prima disposizione coinvolgente aspetti previdenziali la si rinviene all'interno del Titolo II dedicato all'organizzazione e disciplina del mercato del lavoro.

Specificamente laddove si prevedono *misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato con riferimento ai lavoratori svantaggiati* (articolo 13), cioè a quelle persone appartenenti a una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi dell'articolo 2, lettera *f*, del regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002.

Il legislatore delegato, con il dichiarato fine di garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei citati lavoratori, consente alle agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro, per un periodo massimo di dodici mesi e solo in caso di contratti di durata non inferiore a nove mesi (comma 1, lettera *b*), fra l'altro, di detrarre dai contributi dovuti per l'attività lavorativa svolta l'ammontare dei contributi figurativi nel caso di trattamenti di mobilità e di indennità di disoccupazione ordinaria e speciale ⁽¹⁴⁾.

Da tale disposizione consegue che le agenzie di somministrazione hanno uno

⁽¹²⁾ Si è davanti a una serie di rapporti di lavoro gratuito svolti per motivi di solidarietà, rapporti la cui individuazione e possibilità di esistenza si deve condurre con estremo rigore al fine di evitare che con gli stessi si pongano in essere situazioni di frode alla legge a detrimento dei lavoratori (sul lavoro gratuito si veda F. MAZZIOTTI, *Diritto del Lavoro*, Liguori, Napoli, 2001, in specie 221-225; L. GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, in specie 30-41).

⁽¹³⁾ L'art. 74 del decreto legislativo, pur nel testo sostituito dall'art. 7-ter, comma 13, della l. n. 33/2009, di conv. con modif. del d.l. n. 5/2009, connette al termine occasionale l'avverbio *meramente*, questa ulteriore specificazione costituisce un'ulteriore spia normativa della volontà del legislatore di limitare quanto più possibile l'esistenza di rapporti di lavoro non retribuiti, né tutelati previdenzialmente.

⁽¹⁴⁾ Con l'espressione contribuzione figurativa o fittizia si indicano i contributi non versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ma accreditati al lavoratore in relazione al verificarsi di eventi ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela, nel caso di specie mobilità e disoccupazione.

sconto sulla contribuzione previdenziale da versare, limitandosi le stesse a versare il differenziale fra quanto dovuto in forza del trattamento retributivo spettante per l'attività di lavoro svolta e la contribuzione figurativa accreditata automaticamente dall'ordinamento.

Descritto il modello, quel che non è chiaro è come si possa attuare tale operazione allorché nel momento in cui inizia l'attività lavorativa dovrebbe cessare qualunque tipo di sostegno in favore del lavoratore, quale il trattamento di mobilità o la disoccupazione.

La struttura dell'articolo, all'opposto, lascerebbe prospettare che, nonostante l'instaurarsi di un rapporto di lavoro, vi è, per il periodo massimo di dodici mesi e limitatamente a contratti di durata non inferiore a nove mesi, l'accredito della contribuzione figurativa e ciò al fine di consentire all'agenzia di somministrazione di ridurre il proprio debito contributivo.

Si osservi che tale operazione, con riguardo alla posizione assicurativa o contributiva del lavoratore, comporta che lo stesso, nel medesimo lasso temporale, unisce contributi *reali* versati dall'agenzia di somministrazione e contributi figurativi accreditati dall'ordinamento.

A ciò si aggiunga la circostanza che nulla il legislatore dice in merito all'obbligo contributivo che, durante il rapporto di lavoro, grava direttamente sul lavoratore e da tale silenzio dovrebbe inferirsi che lo stesso rimane immutato e non è coinvolto nell'operazione dianzi descritta⁽¹⁵⁾, con la conseguenza pertanto che l'unico obbligo contributivo che diminuisce afferisce alla quota parte a carico dell'agenzia di somministrazione.

Una volta descritta la normazione è da chiedersi se la stessa sia la naturale evoluzione dei principi della legge delega o, all'opposto, sia una scelta autonoma del Governo che non trovi giustificazione alcuna.

La disposizione di riferimento appare essere quella contenuta nella lettera *f*, del comma 2 dell'articolo 2, che fissa quale principio e criterio direttivo l'incentivazione delle forme di coordinamento e raccordo fra operatori privati e operatori pubblici, ai fini di un migliore funzionamento del mercato del lavoro, nel rispetto delle competenze delle Regioni e delle Province.

Se questi sono i principi direttivi, non pare che gli stessi possano essere interpretati sino al punto di comprendere al loro interno una disciplina delegata in materia di incentivazione all'occupazione attraverso l'utilizzo di sgravi contributivi.

Il beneficio dello sgravio riconosciuto, a determinate condizioni, alle agenzie di somministrazione per l'utilizzo di lavoratori svantaggiati non pare abbia alcun nesso logico, oltre ché giuridico, con il fine di incentivare il raccordo fra pubblico e privato.

I rapporti di lavoro instaurati con lavoratori *tout court* dalle agenzie di somministrazione, dandosi a quest'espressione una duplice valenza (lavoratori assunti per prestare la loro opera all'interno dell'agenzia e lavoratori assunti per la sommini-

⁽¹⁵⁾ Il comma 6 dell'art. 13, ora abrogato dall'art. 1-*bis* del d.l. n. 35/2005, conv. con modif. dalla l. n. 80/2005, prevedeva, in attesa di una legislazione regionale che disciplinasse la materia, che la possibilità di ridurre i versamenti contributivi obbligatori fosse riconosciuta solo in presenza di una convenzione tra una o più agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro.

strazione), trovano la loro disciplina nel prosieguo del decreto delegato.

All'interno di tale disciplina il legislatore ha destinato un articolo specifico alla previdenza (articolo 25), ma è da dire che, malgrado ciò, una parte di questa disciplina riguardante gli aspetti previdenziali la si rinviene anche al di fuori della stessa e tramite l'interpolazione delle disposizioni chiamate a disciplinare l'istituto della somministrazione.

Il citato articolo, al primo periodo, da un lato pone a carico esclusivo del somministratore gli oneri contributivi, previdenziali e assistenziali senza però specificare nei confronti di quale categoria di lavoratori e da altro lato inquadra, per l'attività svolta, le imprese di somministrazione nel settore terziario⁽¹⁶⁾.

Tale obbligo di contribuzione posto a carico delle agenzie di somministrazione non è previsto con riguardo all'aumento dello 0,30% del contributo integrativo contro la disoccupazione involontaria⁽¹⁷⁾ e, per l'indennità di disponibilità erogata nei contratti a tempo indeterminato la contribuzione dovuta è calcolata sul reale ammontare dell'indennità riconosciuta al lavoratore⁽¹⁸⁾, il tutto, come esplicitamente previsto, in deroga alla disciplina previdenziale in tema di minimale retributivo, ovverosia l'articolo 1 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, conver-

⁽¹⁶⁾ Si veda, fra l'altro, su questo articolo il commento S. PICCININNO, *Norme previdenziali*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Cedam, Padova, 2007, 392. In questa sede è opportuno rammentare che lo stesso testo legislativo prevede, a garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati dalle agenzie di somministrazione e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali, la disposizione, ma solo per i primi due anni di attività, di un deposito cauzionale di 350.000 euro (art. 5, comma 2, lett. c, primo periodo). Dopo il secondo anno la cauzione si trasforma in una fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 385/1993, il cui valore in ogni caso non potrà essere inferiore alla somma precedentemente depositata a titolo di cauzione. Ai predetti obblighi si sottraggono quelle società che abbiano assolto ad analoghi obblighi previsti per le medesime finalità in altri Stati membri della Comunità europea.

⁽¹⁷⁾ Tale aumento era previsto, come reso esplicito nel testo dell'articolo in commento, dal comma 4 dell'art. 25 della l. n. 845/1978. Dal limitato richiamo a tale disposizione ne discende che l'esenzione attiene al solo aumento dello 0,30 e non si ha pertanto una generale sottrazione all'obbligo contributivo contro la disoccupazione involontaria. Acclarato l'ambito di applicazione dell'esenzione è però da constatare che la disposizione di cui si assume la non applicabilità alle agenzie è posta all'interno di un articolo su cui ha inciso il comma 12 dell'art. 9 del d.l. n. 148/1993, conv. con modif. dalla l. n. 236/1993. Il citato comma prevede l'abrogazione di tutte quelle disposizioni contenute, fra l'altro, nell'art. 25 della l. n. 845/1978, per le parti disciplinate, con normazione successiva, nel menzionato articolo 9 destinato a disciplinare gli interventi di formazione professionale. Questa disposizione tace sul citato aumento dell'obbligo contributivo e, al comma 5, si limita a indicare dove debbano confluire le maggiori entrate derivanti proprio dall'aumento di aliquota del contributo per la disoccupazione involontaria e ciò, unitamente a quanto affermato nel comma 12, porta a ritenere la sussistenza di tale aumento di aliquota contributiva e la conseguente esenzione dalla stessa in capo alle agenzie di somministrazione. Si osservi infine che una disposizione fotocopia la si rinviene nel comma 3-ter dell'art. 9 della l. n. 196/1997 (comma introdotto dall'art. 117, comma 1, lett. b, l. n. 388/2000).

⁽¹⁸⁾ Si ricordi sin d'ora che il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è stato abolito dall'art. 1, comma 46, l. n. 247/2007. Per un commento di tale norma si veda F. ROMANA GRASSO, *Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Cedam, Padova, 2008, 139; M. LAMBERTUCCI, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato: l'interposizione lecita dopo l'abolizione dello staff leasing*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare – Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 2008, 121; G. FALASCA, *Lo staff leasing*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VESCI (a cura di), *Previdenza, Mercato del lavoro, Competitività*, Utet, Torino, 2009, 390.

tito con modificazioni nella legge 7 dicembre 1989, n. 389.

Ma le deroghe non si fermano e continuano con riguardo ai settori dell'agricoltura e del lavoro domestico⁽¹⁹⁾.

In queste ipotesi, ci dice il legislatore delegato, gli oneri previdenziali posti a carico dell'agenzia di somministrazione hanno quale parametro di calcolo quello del settore ove i lavoratori prestano la propria opera.

Contestualmente alle citate deroghe, opera la *disposizione che pone a carico delle agenzie di somministrazione l'obbligo di versare a fondi bilaterali appositamente costituiti dalle parti stipulanti il contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione* (l'articolo 12 chiama questi Fondi: Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito) un contributo pari al 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti a tempo determinato per l'esercizio di attività di somministrazione⁽²⁰⁾, lo stesso contributo era previsto sulle retribuzioni corrisposte ai lavoratori a tempo indeterminato⁽²¹⁾.

L'individuazione specifica di due fonti di provvista e di due fini istituzionali diversi conduceva a ritenere la necessità da parte del Fondo bilaterale beneficiario di due distinte contabilità, sia in entrata e sia in uscita, delle risorse disponibili. Le parti sociali si sono invece orientate a istituire due distinti Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito, uno per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato e l'altro per i lavoratori con contratto a tempo determinato⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ L'art. 9 della l. n. 196/1997, al comma 3-bis (comma introdotto dall'art. 117, comma 1, lett. b della l. n. 388/2000), prevedeva una disciplina che non comprendeva il settore agricolo e si limitava ai soli lavoratori temporanei domestici.

⁽²⁰⁾ Le risorse canalizzate in questi fondi sono destinate, secondo l'intenzione del legislatore, a interventi in favore esclusivo dei lavoratori assunti a tempo determinato, con lo scopo precipuo di promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione (si veda l'art. 12, comma 1).

⁽²¹⁾ Le risorse in questa ipotesi erano destinate, fra l'altro, a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori medesimi in caso di fine dei lavori (per gli altri fini si rinvia al testo della disposizione).

⁽²²⁾ Gli accordi istitutivi dei menzionati Fondi sono stati sottoscritti il 2 febbraio 2005.

Da menzionare, sin da ora, che i regolamenti di questi Fondi prevedono:

- a) con riguardo ai lavoratori in somministrazione, assunti dalle Agenzie per il Lavoro con contratto a tempo indeterminato che, per mancanza di occasioni di lavoro, non possono più essere mantenuti in tale rapporto di lavoro e sono messi in disponibilità (art. 3, Regolamento per l'erogazione dell'indennità di disponibilità per i lavoratori assunti a tempo indeterminato, in www.ebiref.it), e che abbiano maturato un periodo di lavoro di almeno 30 settimane alle dipendenze di una stessa Agenzia, comprensive di eventuali periodi di disponibilità, l'erogazione di un'indennità di disponibilità per un periodo di sei mesi, o di sette mesi qualora lo stesso abbia più di 50 anni di età, nell'importo minimo di 700,00 euro mensili e relativa contribuzione (art. 4. Con decreto 10 marzo 2004, n. 13784, si è fissato che l'importo dell'indennità mensile di disponibilità non possa essere inferiore a 350,00 euro mensili e che tale importo è aggiornato, sempre con decreto ministeriale, ogni due anni, secondo le variazioni Istat);
 - b) forme di sostegno al reddito in favore dei lavoratori somministrati a tempo determinato, disoccupati da almeno 45 giorni e che abbiano lavorato almeno 6 mesi negli ultimi 12 mesi, che si concretizzano nell'erogazione di un contributo *una tantum* di 700 euro lordi (in www.ebitemp.it);
 - c) forme di sostegno alla maternità in favore di lavoratrici in gravidanza per le quali il rapporto di lavoro in favore di datori di lavoro diversi dall'Agenzia cessa nei primi 180 giorni dall'inizio della stessa e alle quali non spetti l'indennità relativa alla maternità obbligatoria erogata dall'Inps e che si concretizzano nell'erogazione di un contributo *una tantum* di 1.400,00 lordi (in www.ebitemp.it);
 - d) l'istituzione di un fondo di garanzia per l'erogazione in favore dei lavoratori somministrati a tempo determinato di piccoli prestiti personali nell'importo massimo di 10.000,00 euro (in www.ebitemp.it).
- Con riguardo alle prestazioni assicurate dal sistema pubblico il comma 4 dell'art. 22 del decreto legislativo esplicitamente:

Infine l'omissione dei versamenti contributivi comporta a carico dell'agenzia di somministrazione l'onere della corresponsione, oltre al contributo omesso, di una somma, a titolo di sanzione amministrativa, di importo pari a quella dell'omissione contributiva.

Descritto sinteticamente il contenuto dell'articolo 25 ⁽²³⁾, la prima questione da risolvere attiene al riconoscimento o meno, in capo al legislatore delegato, del potere di introdurre una disciplina specifica in tema di previdenza sociale, non rinvenendosi alcuna specifica peculiarità che possa giustificare un necessitato intervento sul punto.

Scilicet era o non era giuridicamente possibile e, a monte, necessario dire:

- ove si inquadrano le imprese di somministrazione di manodopera;
- che i lavoratori in prestito, di settori diversi dall'agricoltura e dal lavoro domestico, hanno versati i contributi, non con riferimento al settore ove prestano la propria attività ma, all'opposto, con riferimento al settore dell'impresa che li fornisce;
- che le imprese di somministrazione si sottraggono al versamento di un aumento di aliquota contributiva e, allo stesso tempo, limitatamente a una voce qua-

– da un verso esclude l'applicabilità di quanto disposto dall'art. 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e quindi esclude la fruizione da parte dei lavoratori somministrati dell'indennità di mobilità disciplinata dal successivo art. 7 e anche della cassa integrazione guadagni (su tali indennità si veda, fra l'altro, C. PUNZI, *Le prestazioni non pensionistiche*, in A. SGROI (a cura di), *Manuale di Diritto Previdenziale*, ESI, Napoli, 2007, 149);

– da altro verso riconosce, in considerazione del silenzio sul punto, il diritto dei medesimi lavoratori a fruire dell'indennità di disoccupazione (come espressamente riconosciuto dallo stesso Inps nella circ. n. 41/2006), ordinaria (art. 19, r.d.l. n. 636/1939, conv. con modif. dalla l. n. 1272/1939) e a requisiti ridotti (art. 7, comma 3, d.l. n. 86/1988, conv. con modif. dalla l. n. 86/1988).

Da ultimo, con il d.l. n. 185/2008, conv.to con modif. dalla l. n. 2/2009, è da menzionare la necessità combinazione che il legislatore ha posto in essere fra le menzionate indennità di disoccupazione e l'integrazione, che appare essere condizione necessaria e sufficiente per l'erogazione del sostegno pubblico, da parte degli enti bilaterali (art. 19, comma 1, lett. a, b e c, nel testo modificato dall'art. 7-ter, comma 9, lett. a della l. n. 33/2009, di conv. con modif. del d.l. n. 5/2009); enti che sono chiamati a un intervento integrativo dell'indennità di disoccupazione erogata dall'Inps.

Con riguardo alle altre prestazioni non pensionistiche il lavoratore somministrato ha diritto, secondo quanto riconosciuto dallo stesso ente previdenziale (circ. n. 41/2006):

- all'indennità di malattia a carico dell'Inps, a meno che, giusta applicazione dell'art. 20, comma 1, del d.l. n. 112/2008, conv. con modif. dalla l. n. 133/2008, dell'erogazione di tale indennità non si sia fatto carico lo stesso datore di lavoro in forza di contratto collettivo;
- all'indennità di maternità;
- all'assegno per il nucleo familiare in presenza di effettiva prestazione lavorativa o in presenza di quelle situazioni, legislativamente previste, di riconoscimento del predetto assegno, anche in mancanza di effettiva prestazione.

Con riguardo poi alle prestazioni pensionistiche il predetto lavoratore, al pari di tutti gli altri, ha diritto, in astratto: a) all'assegno ordinario di invalidità, alla pensione di inabilità, alla pensione di vecchiaia, alla pensione di anzianità; sempre tenendo in considerazione, ai fini dell'accesso al diritto e al calcolo della prestazione delle modalità con le quali il legislatore ha delineato l'obbligo contributivo (su tale versante si veda la circ. Inps n. 18/2005).

⁽²³⁾ Per completezza informativa è opportuno rammentare in questa sede che, con il comma 3 alla cui lettura si rimanda, il legislatore disciplina il versante infortunistico per l'individuazione dei premi e dei contributi da pagare con riferimento all'attività prestata presso l'impresa utilizzatrice. Sempre sul versante delle assicurazioni obbligatorie per infortuni si veda anche il comma 5 del precedente art. 23. Su tale tema si rinvia, fra l'altro, a: L. CAROLLO, *Somministrazione di lavoro e profili prevenzionistici*, in *DRI*, 2004, 342.

le l'indennità di mobilità si sottraggono alla regola della contribuzione virtuale fissata dalla contrattazione collettiva per l'individuazione dell'obbligo contributivo.

La risposta a questi quesiti rinvia, *more solito*, al contenuto della legge delega da un lato e, constatato l'eventuale silenzio della stessa, alla strutturale necessità che sull'argomento si dovesse apprestare una specifica e difforme disciplina da quella generale.

In realtà, come evidenziato *retro*, il legislatore delegante non ha esplicitamente assegnato nella nostra materia alcun potere legislativo al Governo, da tale constatazione però non si può affermare con certezza l'illegittimità della normazione delegata in oggetto per eccesso di delega, ben potendosi affermare che proprio dalla nuova legislazione lavoristica scaturisse la necessità logico-giuridica per il legislatore delegato di introdurre una disciplina peculiare in campo previdenziale. La fondatezza o meno di tale asserito dovrà essere vagliata con riferimento a ciascuno degli spezzoni normativi in cui si è scomposto l'articolo 25.

Ma, ancor prima di iniziare tale opera, è gioco forza constatare come tale articolo trovi il suo precedente nell'articolo 9 della legge 24 giugno 1997, n. 196, articolo quest'ultimo chiamato a disciplinare gli aspetti previdenziali del lavoro interinale⁽²⁴⁾ e dal quale il legislatore delegato si è limitato, come si vedrà nel prosieguo, a *copiare* parte rilevante nell'articolo 25 in commento.

La prima questione attiene all'esplicito *inquadramento*, ai fini dell'articolo 49, legge n. 88 del 1989, nel settore terziario delle agenzie di somministrazione.

Sul punto non si scorge alcun *imperativo* che dovesse sfociare, come accaduto, nell'esplicito inquadramento in un settore delle predette imprese, tenendo altresì conto della circostanza che, ai sensi dell'articolo 49 della legge 9 marzo 1989, n. 88, lo stesso legislatore ha affidato il compito di inquadrare le imprese, con riguardo al profilo previdenziale, all'Inps⁽²⁵⁾.

È però da rilevare che, al primo periodo del primo comma dell'articolo 9, l. n. 88 del 1989, il legislatore aveva seguito lo stesso modello ed esplicitamente aveva inquadrato le imprese fornitrici di lavoro temporaneo nel settore terziario.

Si può pertanto concludere, stante la mancanza di innovatività della disposizione, che si limita a doppiare una disposizione esistente antecedentemente alla legge delega, che sotto questo versante nulla sia mutato.

Sin qui pertanto può condividersi la scelta operata in sede di normazione delegata, i maggiori problemi sorgono allorché tale *inquadramento produce effetti sulla contrattazione collettiva da applicare ai lavoratori somministrati*.

Infatti, per costoro la contrattazione di riferimento non sarà (questa è la regola generale), ci dice il legislatore delegato, quella del settore ove prestano la loro

⁽²⁴⁾ Su questa legge e specificamente su quest'articolo si veda, esemplificativamente: M. NAPOLI (a cura di), *Il «pacchetto Treu»*, *Commentario sistematico*, in *NLCC*, 1998, 1171, in specie A. PANDOLFO, P. BOZZAO, 1273.

⁽²⁵⁾ Su tale tema si veda, da ultimo, A. SGROI, M. V. SIDARI, *L'inquadramento delle aziende*, in F. FONZO, A. PANDOLFO, A. SGROI (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, Milano, 29.

⁽²⁵⁾ Sull'argomento si veda C. LAGALA, *op. cit.*, in specie § 2.

opera, ma quella del settore terziario di appartenenza del somministratore ⁽²⁶⁾. Quest'opzione e, a valle, la disciplina della materia, non trovano alcun appiglio nello spezzone di articolo che la legge delega dedica all'argomento anzi, all'opposto, laddove in questa si parla di «trattamento assicurativo ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice» (articolo 1, n. 5, lettera m,) vi è la spia legislativa di altro e diverso assetto di interessi perseguito.

Vuol dirsi che una lettura armonica delle disposizioni dettate dai due testi legislativi porta a ritenere che la contribuzione previdenziale dei lavoratori somministrati non può che essere parametrata alla retribuzione virtuale della contrattazione collettiva applicata nel settore ove gli stessi sono utilizzati, pena la violazione del principio e criterio direttivo di cui si è fatto menzione *supra* e, ancor più a monte, del principio costituzionale di parità di trattamento.

Il riscontro della correttezza di tale assunto lo si ritrova nello stesso articolo 25 del decreto n. 276/2003 laddove, all'ultimo comma, con riguardo a lavoratori somministrati in settori ove notoriamente la retribuzione è inferiore a quella erogata nel settore terziario ove è inquadrata l'agenzia di somministrazione, ritrova espansione la regola generale di applicazione della contrattazione collettiva del settore dove si lavora.

Si aggiunga, come ulteriore ma non per questo meno importante argomento, la circostanza che l'agenzia di somministrazione può essere un soggetto polifunzionale, non caratterizzato da un oggetto sociale esclusivo, e in questo caso è da chiarire come possa operare l'inquadramento dell'agenzia e come la stessa possa assolvere il proprio obbligo contributivo ⁽²⁷⁾.

Conclusivamente si deve ritenere che il contratto del settore terziario sarà applicabile dalle imprese di somministrazione solo nei confronti dei dipendenti che all'interno delle stesse svolgono l'attività di somministrazione, nei confronti dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato (sino al momento di soppressione dell'istituto) in attesa di essere avviati al lavoro e destinatari dell'indennità mensile di mobilità ⁽²⁸⁾, e, infine, nei confronti di quei lavoratori

⁽²⁶⁾ Sull'argomento si veda C. LAGALA, *op. cit.*, in specie § 2.

⁽²⁷⁾ Si ricordi che l'art. 5, al comma 2, lett. f, parla dell'attività di somministrazione di lavoro, quale oggetto sociale prevalente, anche se non esclusivo (il testo è il frutto dell'integrazione dello stesso operata con il comunicato apparso in *GU*, 27 ottobre 2003, n. 251).

⁽²⁸⁾ Per questi lavoratori sorge l'ulteriore questione del riconoscimento in capo agli stessi del diritto a versare l'ulteriore contribuzione mancante sino al raggiungimento del livello di contribuzione tipo assicurato con l'applicazione del principio di cui all'art. 1 della l. n. 389/1989. Il comma 3 dell'art. 9 della l. n. 196/1997 (nel testo introdotto dal comma 13 dell'art. 69 della l. n. 388/2000, ma anche precedentemente lo stesso modello era previsto nel secondo periodo del comma 3) riconosceva ai lavoratori che avessero fruito dell'indennità di mobilità la possibilità di versare la differenza contributiva per i periodi in cui avessero percepito una retribuzione inferiore a quella convenzionale ovvero avessero usufruito dell'indennità di disponibilità. A tale possibilità era propedeutica l'emanazione di un decreto ministeriale ove fosse stabilita la misura della retribuzione convenzionale, il decreto era il n. 20425/2001.

La descritta disciplina è stata abrogata dall'art. 85, comma 1, lett. f, del decreto legislativo in commento e pertanto il quesito d'obbligo è se tale possibilità possa ancora essere riconosciuta. Contemporaneamente il legislatore, nel disciplinare il tipo lavoro intermittente, ha previsto esplicitamente l'esperibilità del modello, delineato nel citato comma 3 art. 9, in favore del lavoratore intermittente nei periodi durante i quali

somministrati a imprese alle quali si applica, per la natura delle attività svolte, il medesimo contratto; all'opposto per tutti gli altri lavoratori somministrati avviati al lavoro, pena un eccesso di delega e una violazione dei principi contenuti nella delega, si utilizzerà per l'individuazione dei contributi dovuti il contratto applicato presso le imprese utilizzatrici ⁽²⁹⁾.

Ultima questione atteneva all'individuazione *al ribasso* della contribuzione previdenziale dovuta sull'indennità mensile di disponibilità erogata ai lavoratori somministrati con contratto di lavoro a tempo indeterminato allorquando gli stessi fossero in attesa di assegnazione (articolo 22, comma 3). Anche su questo versante non può che constatarsi da un lato la mancanza di principi o criteri direttivi, dall'altro, facendo riferimento alla disciplina esistente sul tema all'interno della legge n. 196 del 1997, che il modulo operativo era perfettamente identico e si limitava l'obbligo contributivo all'effettivo ammontare dell'indennità erogata, anche qui in deroga alle regole in tema di minimale contributivo.

Su questo aspetto pare pertanto che possa ripetersi quanto detto *retro* con riguardo all'inquadramento nel settore terziario delle imprese di somministrazione, essendosi limitato il legislatore delegato a recepire una disciplina esistente antecedentemente alla legge delega e che non è in contrasto con i principi e criteri direttivi di quest'ultima.

Esaurito l'esame della disposizione che specificamente è chiamata dal legislatore a interferire, nella somministrazione di manodopera, con la materia previdenziale, non resta che verificare se, all'interno della stessa materia, sia possibile individuare altre disposizioni, implicitamente o esplicitamente, rilevanti ai fini qui investigati.

Il primo aspetto in cui ci si imbatte riguarda le *clausole da inserire nel contratto di somministrazione* di manodopera (articolo 21).

lo stesso ha fruito dell'indennità di mobilità (art. 36, u. c.). Si è pertanto davanti a una diversa disciplina di situazioni eguali e non si comprende perché il lavoratore intermittente possa, mentre all'opposto il lavoratore somministrato non possa. La soluzione più consona sembra quella di un'applicazione estensiva della disposizione contenuta nel comma 7 dell'art. 36, estendendone l'efficacia anche nei confronti dei lavoratori somministrati (così anche C. LAGALA, *op. cit.*, 630), con la conseguente applicazione di quanto disposto dal d.m. n. 20425/2001.

⁽²⁹⁾ Si rilevi che lo stesso problema era sorto con la l. n. 196/1997, legge che non prevedeva alcuna specifica disciplina sul tema nel seno dell'art. 9, ma che allo stesso tempo, all'art. 4, garantiva al prestatore di lavoro temporaneo un trattamento non inferiore a quello cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice. A risolvere la questione era intervenuto il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, con la circ. n. 141/1997, che aveva disposto che l'inquadramento nel settore terziario valesse per i versamenti contributivi relativi al personale dipendente delle imprese fornitrici, non destinato ad essere oggetto di fornitura di lavoro temporaneo, nonché per i versamenti contributivi relativi al personale assunto a tempo indeterminato, per essere successivamente oggetto di fornitura temporanea limitatamente ai periodi per i quali a questo spetta l'indennità di mobilità. L'Inps, nella circ. n. 153/1998, facendo riferimento a una precisazione del Ministero, affermava che per i lavoratori interinali, *tout court*, l'obbligo contributivo era da considerarsi assolto facendo riferimento all'inquadramento nel settore terziario delle imprese fornitrici. La posizione assunta dagli organi amministrativi nel vigore della precedente disciplina, in assenza di una specifica disciplina legislativa, appare non omogenea e certamente logicamente e giuridicamente più conforme al sistema previdenziale era quella presa dal Ministero che limitava l'utilizzo della contrattazione del settore terziario. Infine si può osservare che tale agevolazione contributiva in favore delle imprese non inquadrate nel settore terziario si risolve sostanzialmente in un aiuto di Stato che non appare in linea con gli orientamenti comunitari sul tema.

La disposizione afferma che, nel momento in cui si stipula in forma scritta il contratto di somministrazione, si devono prevedere, fra l'altro, le clausole di assunzione da parte del somministratore della obbligazione del versamento dei contributi previdenziali (lettera *h*) e di assunzione da parte dell'utilizzatore:

a) in via fisiologica, dell'obbligo di rimborso al somministratore degli oneri previdenziali, oltre che retributivi, da questi sostenuti (lettera *i*);

b) in via patologica, nell'ipotesi di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore (lettera *k*).

Si osservi che la mancanza delle citate clausole non comporta la nullità del contratto stipulato in forma scritta, dovendosi ritenere che esse integrino il contratto, quali norme imperative poste a tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento in capo agli enti previdenziali chiamati a riscuotere la contribuzione, nonché in capo al lavoratore medesimo.

La lettura delle due clausole, se avulsa dalla legge delega e dal contesto di cui si nutre, lascia trasparire un obbligo principale a carico del somministratore e un obbligo sussidiario, che si attiva a seguito dell'inadempimento di questi, a carico dell'utilizzatore.

Tale ricostruzione del dettato normativo in realtà si pone in contrasto con la legge delega che, come accennato *retro*, fissa la regola della solidarietà, regola che per i lavoratori e gli enti previdenziali è certamente più favorevole della regola della sussidiarietà introdotta con l'articolo 21 in commento.

Pare pertanto più armonico ritenere che la regola della sussidiarietà possa trovare un suo ambito di operatività limitatamente ai rapporti contrattuali che si instaurano fra somministratore e utilizzatore.

La stessa regola recede a favore della regola fissata dal legislatore delegante della solidarietà fra questi soggetti, allorché si abbia il mancato pagamento della contribuzione previdenziale.

In quest'ultima ipotesi l'ente, constatato l'inadempimento, avrà la possibilità di richiedere il pagamento indifferentemente a uno o all'altro degli obbligati solidali, senza necessità di escutere preventivamente il somministratore.

La correttezza di tale assunto la si riscontra se si pongono le citate clausole in relazione con il terzo comma dell'articolo 23, laddove si afferma che l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere i contributi previdenziali. Nonostante il palese errore, i contributi non sono versati ai lavoratori ma agli enti previdenziali, è esplicito che si è davanti a un vincolo solidale fra i due datori di lavoro.

Sempre con riguardo alle modalità di espletamento del rapporto di lavoro e ai suoi effetti sulla previdenza è necessario dedicare qualche breve battuta all'ipotesi di adibizione a mansioni superiori del lavoratore somministrato da parte dell'impresa utilizzatrice e senza che del mutamento ne sia data, nelle forme prescritte dallo stesso testo legislativo, comunicazione al somministratore (articolo 23, comma 6).

Il legislatore delegato, in questa ipotesi, pone a carico esclusivo dell'utilizzatore le differenze retributive scaturenti da tale mutamento della prestazione lavorativa.

Il silenzio sull'aspetto previdenziale porta a ritenere che l'obbligo contributivo scaturente dall'adibizione a mansioni superiori gravi sul somministratore e sull'utilizzatore.

L'ultimo degli aspetti su cui soffermare l'attenzione riguarda la *patologia del fenomeno somministrazione di manodopera* e la ricognizione degli effetti di tale patologia nel sistema previdenziale⁽³⁰⁾.

Il legislatore delegato disciplina una fattispecie di somministrazione irregolare (articolo 27) e una fattispecie di somministrazione fraudolenta (articolo 28).

La somministrazione sarà illecita, anzi "irregolare", sul versante civilistico (articolo 27), nelle ipotesi previste dal citato articolo.

Di somministrazione illecita si tratterà anche e soprattutto quando sia stipulato e adempiuto un simulato contratto di appalto con un soggetto non autorizzato, per dissimulare un reale contratto di somministrazione⁽³¹⁾.

Nell'ambito della somministrazione illecita lo stesso legislatore del decreto legislativo n. 276 del 2003 ritaglia *ex novo* una specifica figura, quella della somministrazione fraudolenta, fatta oggetto di distinta e incisiva sanzione penale.

La somministrazione fraudolenta sorge quando non solo siano integrati gli elementi della somministrazione illecita, ma si riscontri il dolo specifico «di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore»⁽³²⁾.

La distinzione fra somministrazione irregolare e fraudolenta è stata introdotta con l'intendimento originario di differenziare nettamente le sanzioni civili applicabili nei due casi, secondo il modello francese: annullabilità su iniziativa del lavoratore interessato nel primo caso, nullità nel secondo (quando il contratto è stato stipulato per una finalità fraudolenta comune alle parti, *ex* articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.)⁽³³⁾.

Pare che, come osservato da parte della dottrina, il binomio somministrazione irregolare-fraudolenta costituisca un tentativo maldestro di introdurre distinzioni giuridiche incompatibili con il quadro complessivo: ciò vale per l'idea che la somministrazione irregolare possa essere appaiata a una sorta di annullabilità e quella fraudolenta a una sorta di nullità.

Il discorso non regge, il contratto di somministrazione non conforme alle regole è nullo per contrarietà a norma imperativa e dunque quella che è qualificata come mera irregolarità è una *species* del *genus* nullità.

In questo quadro la somministrazione fraudolenta appare come un inutile dopione della disciplina sanzionatoria della somministrazione irregolare.

Se infatti della nozione di frode alla legge si dà un'accezione oggettiva, sfuma

⁽³⁰⁾ È opportuno rammentare che per tutti questi lavoratori vige il modello contributivo con tutte le conseguenze connesse, sotto il profilo della prestazione pensionistica, allorquando si prevede durante il rapporto di lavoro un abbassamento degli oneri di contribuzione obbligatoria.

⁽³¹⁾ M.T. CARINCI, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV, Artt. 20-32*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsosa, Milano, vol. II, 16.

⁽³²⁾ M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, 17.

⁽³³⁾ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 317-318.

l'autonomia concettuale fra le due situazioni, dal momento che sempre e comunque la somministrazione irregolare ha la funzione di eludere la disciplina garantistica⁽³⁴⁾.

L'articolo 27, comma 1, riconosce in capo al lavoratore il potere di agire per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione irregolare.

In questa ipotesi tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, sono idonei a liberare l'utilizzatore, reale datore di lavoro, dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata (articolo 27, comma 2, primo periodo).

La questione giuridica da risolvere, per quel che può rilevare in questa sede, attiene all'esclusività o meno di siffatto potere in capo al lavoratore, ovvero sia alla possibilità che siano altri soggetti, fra i quali si annoverano gli enti previdenziali, a poter far valere tale vizio del contratto di somministrazione.

Pare che si possa accedere a quell'opzione ermeneutica secondo la quale il regime di annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore sia applicabile soltanto nel caso, del tutto residuale, di contratto stipulato correttamente in forma scritta, con tutte le indicazioni di cui all'articolo 21, ultimo comma, da somministratore debitamente autorizzato, ma in violazione di uno dei divieti di cui al comma 5 dell'articolo 20, lettere *b* o *c*.

Si deve invece ritenere di essere davanti a un'inevitabile nullità di tutti i contratti stipulati con un somministratore non debitamente autorizzato; nonché all'inevitabile nullità (originaria o sopravvenuta nel corso dello svolgimento del rapporto) dei contratti con somministratore debitamente autorizzato, ma stipulati o attuati al di fuori dei casi o in difetto delle ragioni di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20⁽³⁵⁾.

Si può ritenere che il potere riconosciuto al solo lavoratore attiene alla disciplina degli obblighi tra le parti; nulla impedisce tuttavia che per altri effetti l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione sia promosso da altri soggetti. Con la conseguenza pertanto che l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione, così come dell'illiceità dell'interposizione sotto forma di (non genuino) appalto, *sub* fornitura, potrà comunque avvenire anche su richiesta degli enti previdenziali, su azioni delle OO.SS. interessate⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ O. MAZZOTTA, *L'appalto di lavoro tra vecchie e nuove norme*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "Lavori flessibili e giurisprudenza", 31 gennaio-2 febbraio 2007, *pa-per*, 24.

⁽³⁵⁾ P. ICHINO, *op. ult. cit.*, 319.

⁽³⁶⁾ F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 429. P. Chieco osserva, parlando della somministrazione irregolare, che ritenere che in presenza di queste violazioni tutto possa continuare come se niente fosse, salvo che il lavoratore promuova l'azione di cui all'art. 27.1, sia insostenibile. Secondo l'autore infatti ci si trova di fronte a un negozio illecito e illegittimo, e perciò palesemente nullo la cui persistente vitalità può occasionalmente darsi nella realtà dei fatti materiali, non ancora plasmata dal diritto e dalle sue scelte, ma non certo all'interno dell'ordinamento giuridico che non può coltivare anomalie capaci di minarne sino a tal punto la razionalità (P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore di terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *op. cit.*, 138-139). Per la ricostruzione del significato da assegnare all'art. 27 si veda anche P. ICHINO, *Prime note sul-*

Chi ha affrontato la questione dal solo versante previdenziale ha ritenuto che dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'Inps, al quale – al pari di tutti i soggetti titolari di diritti – non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto del primo e secondo comma dell'articolo 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'ente previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agire per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore⁽³⁷⁾.

Altro autore, aderendo anch'egli alla tesi qui accolta sempre con riguardo al versante degli enti previdenziali, osserva altresì che il divieto di interposizione continua ad esistere, ed i servizi ispettivi costituiscono l'insostituibile presidio finalizzato al contrasto di questo fenomeno di sfruttamento di lavoro e di evasione fiscale e contributiva, ed è evidente che una fattispecie tanto contraria ai principi e all'interesse generale da configurare gli estremi del reato non possa essere ricondotta a causa di annullabilità, perché si tratta di un'ipotesi di illiceità della causa del contratto, che civilisticamente non può che dare luogo alla nullità del contratto medesimo, nullità che potrà essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e quindi anche dagli enti previdenziali, che vantano autonomi diritti di credito scaturenti dalla nullità del contratto⁽³⁸⁾.

Si osservi però che il Ministero del lavoro, nella circolare del 22 febbraio 2005, n. 7, pare escludere un qualsivoglia potere di annullamento del contratto di somministrazione irregolare, con evidenti effetti dirompenti sul sistema previdenziale, in capo ad altri soggetti diversi dal lavoratore.

In entrambe le ipotesi, azione del lavoratore o degli enti previdenziali, l'effetto, una volta accertata l'irregolarità del contratto, è il venir meno del vincolo di solidarietà fra somministratore e utilizzatore, con il sorgere dell'obbligo di pagamento della contribuzione solo in capo all'utilizzatore, nel rispetto della contrattazione collettiva applicabile a questi, nonché l'applicazione della regola giurisprudenziale, nelle pagine precedenti menzionata, in tema di effetto estintivo dell'obbligo contributivo da parte del finto datore di lavoro.

Il legislatore non prevede quale sia l'effetto scaturente dalla declaratoria di frodolenza del contratto di somministrazione, si può affermare che la comminatoria della nullità con conseguente imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore sia desumibile dal combinato disposto degli articoli 1344 o 1345 e dell'articolo 1418, comma 2, c.c.⁽³⁹⁾.

Effetto di tale soluzione, con riguardo al profilo previdenziale, a parere di chi scrive è quello descritto da ultimo in ipotesi di somministrazione irregolare, ov-

la somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003, in *GC*, 2004, II, 71. Per l'opzione ermeneutica che esclude la possibilità in capo a terzi, in specie gli enti previdenziali, di agire si veda, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2008, I, 152-155.

⁽³⁷⁾ F. BORLA, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, in *IPrev*, 2003, 1507.

⁽³⁸⁾ P. CAPURSO, *I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca dell'interposizione illecita perduta*, in *IPrev*, 2008, 3.

⁽³⁹⁾ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 318.

verosia l'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore, nonché l'utilizzo da parte di questi dei versamenti eventualmente effettuati dal somministratore ai fini del calcolo dell'omissione contributiva dovuta.

Proseguendo nell'analisi del testo legislativo, nei limiti dell'odierna trattazione e con riferimento alla previdenza, la successiva norma in cui ci si imbatte la si ritrova all'interno della disposizione sull'*appalto*.

In ipotesi di appalto genuino, di opere o di servizi, il legislatore introduce un vincolo di solidarietà tra committente imprenditore o datore di lavoro e appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, per il pagamento in favore dei lavoratori dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali dovuti (articolo 29, comma 2)⁽⁴⁰⁾.

Il menzionato secondo comma, pur a prima vista riproducendo la norma dell'articolo 3 della legge n. 1369 del 1960, riduce in modo significativo le tutele per il lavoratore, configurando una sorta di garanzia mediana fra il menzionato articolo 3 e l'articolo 1676 c.c.

Si prevede, infatti, una responsabilità solidale fra appaltante e appaltatore per il debito, relativo al solo trattamento retributivo (non più all'intero trattamento economico e normativo *ex* articolo 3, legge n. 1369 del 1960) dell'appaltatore verso il lavoratore (questi non gode più di un diritto alla parità di trattamento con i dipendenti del committente); la solidarietà però si estende a tutto il debito retributivo e contributivo e non è contenuta nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori al tempo della domanda⁽⁴¹⁾.

Il vincolo di solidarietà in commento, come detto, rappresenta l'utilizzo di un modulo legislativo noto al legislatore e con il quale lo stesso vuole rafforzare l'adempimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, ponendo a carico del soggetto che utilizza lavoratori dipendenti da altro imprenditore il rischio economico di dovere rispondere in prima persona, senza beneficiare nemmeno del beneficio di escussione, delle eventuali omissioni degli imprenditori da lui utilizzati.

Non pare che tale modello, che trovava già cittadinanza nel nostro ordinamento, violi principi costituzionali, dovendosi invece immaginare che proprio tale vincolo di solidarietà assolve al compito di rafforzare la tutela di diritti costituzionali quali quelli prefigurati dagli articoli 36 e 38 Costituzione.

Con riguardo al predetto vincolo di solidarietà fissato dal legislatore delegato può rilevarsi, in via di prima approssimazione, che:

- il vincolo di solidarietà riguarda tutti i membri della catena che possono essere solo il committente e l'appaltatore e ai quali possono aggiungersi, se esistenti, gli eventuali subappaltatori;
- soggetti destinatari della disposizione sono anche gli enti pubblici che stipulano appalti, allorquando i soggetti privati appaltatori non provvedano ad adem-

⁽⁴⁰⁾ Da ultimo sul tema sia consentito rinviare ad A. SGROI, *Obbligazione contributiva e responsabilità solidale*, in *q. Rivista*, 2008, 829.

⁽⁴¹⁾ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 200-201.

riere gli obblighi contributivi posti a loro carico;

- il vincolo di solidarietà non opera allorché i committenti sono persone fisiche che non esercitano un'attività d'impresa o professionale;
- il vincolo di solidarietà attiene sia all'appalto di opere (menzione introdotta dall'articolo 26 del decreto legislativo del 6 ottobre 2004, n. 251), sia all'appalto di servizi;
- il vincolo di solidarietà non ha limiti pecuniari, estendendosi all'importo della contribuzione previdenziale dovuta, ivi comprese le sanzioni civili;
- il vincolo di solidarietà viene meno dopo due anni dalla cessazione dell'appalto (l'estensione del termine da annuale a biennale è stata operata con l'articolo 1, comma 911, della legge 27 dicembre 2006, n. 296), ma si osservi che tale termine opera diversamente se si è davanti a subappaltatori, in questa ipotesi si deve ritenere che il biennio cominci a decorrere dal momento in cui finisce il subappalto.

Delineata sommariamente la disciplina può in questa sede osservarsi ancora che:

- il vincolo di solidarietà attiene a qualsivoglia omissione contributiva posta in essere dall'appaltatore o, se esistente, dal subappaltatore, comprendendosi qualsivoglia forma di contribuzione da versare agli enti esercenti forme di previdenza obbligatoria e, se esistenti, agli enti esercenti forme di previdenza complementare;
- una volta che si accerti l'esistenza del vincolo di solidarietà il committente perde, fra l'altro, il diritto ad eventuali benefici contributivi di cui ha fruito, dovendosi ritenere che l'omissione contributiva da parte dell'appaltatore o del subappaltatore riverberi effetti indiretti anche sulla posizione previdenziale del committente;
- il termine "lavoratori" potrebbe condurre a ritenere che con esso si individuino non solo i lavoratori subordinati ma, altresì, in una prima progressiva approssimazione i lavoratori a progetto e, in una seconda progressiva approssimazione, i lavoratori a nero;
- il termine di decadenza di due anni potrebbe non applicarsi alla contribuzione previdenziale in forza: *a)* della raffazzonata stesura del comma 2 che, erroneamente, parla di diritto, in capo ai lavoratori a vedersi corrisposti i contributi previdenziali, contributi che, come noto, sono dovuti all'ente previdenziale; *b)* di quanto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza del 17 gennaio 2007, n. 996⁽⁴²⁾;
- anche in ipotesi di appalto genuino si deve ritenere applicabile la regola, introdotta esplicitamente solo per le ipotesi di somministrazione irregolare e di appalto nullo, che consente al committente di ridurre la propria esposizione debitoria nei confronti degli enti previdenziali proporzionalmente alle somme pagate dall'appaltatore o dal subappaltatore.

Il comma 3-*bis*, introdotto dall'articolo 6 del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, ripropone, anche sul piano testuale, la disposizione dettata dall'articolo

⁽⁴²⁾ La si veda in *RGL*, 2007, I, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*.

27, comma 2, in tema di somministrazione irregolare, ponendosi entrambe le disposizioni in continuità con l'articolo 1, comma 5, della legge n. 1369 del 1960, nella parte in cui ripropongono il dato dell'effettiva utilizzazione quale discriminante fra modelli contrattuali e, a un tempo, criterio di imputazione soggettiva⁽⁴³⁾. Gli approdi interpretativi delineati in queste pagine si ritiene possano essere estesi anche a questa norma.

Si fissa un vincolo di solidarietà, che viene meno dopo un anno dalla cessazione dell'appalto, fra appaltante e appaltatore con riguardo all'obbligo di pagamento dei contributi previdenziali dovuti.

Un precedente a tale disposizione è possibile rinvenirlo nella legge n. 1369 del 23 ottobre del 1960.

L'articolo 4 riconosceva, per gli appalti leciti di manodopera (articolo 3), il potere ai prestatori di lavoro di esercitare i propri diritti nei confronti dell'appaltante sino a un anno dopo la data di cessazione dell'appalto⁽⁴⁴⁾.

In questa sede è opportuno rammentare che il legislatore, con successiva legislazione, articolo 35 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto una *nuova ipotesi di solidarietà, cumulativa della solidarietà dell'articolo 29, comma 2, legge in commento, fra appaltatore e subappaltatore*.

Disciplina in forza della quale l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore.

Si è in presenza di un vincolo di solidarietà che opera esclusivamente fra appaltatore e subappaltatore e che riguarda tutti i contributi dovuti agli enti previdenziali secondo l'interpretazione data nelle pagine precedenti alla disposizione dettata dall'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Con riguardo poi all'individuazione dei lavoratori tutelati, contrariamente all'ipotesi interpretativa prospettata in relazione all'appalto, il tenore testuale del comma, dove si parla di lavoratori dipendenti, conduce a concludere che la tutela riguardi esclusivamente i lavoratori dipendenti regolari, non potendosi predicare l'ampliamento del beneficio ai co.co.pro. e ai lavoratori in nero utilizzati dal subappaltatore.

La nuova fattispecie di solidarietà non contiene al suo interno una delimitazione temporale, al pari di quanto previsto dall'articolo 29, con la conseguenza che la stessa rimane in vita sino al momento della prescrizione; né, e questa volta al pari di quanto previsto dall'articolo 29, decreto legislativo n. 276 del 2003, prevede

⁽⁴³⁾ O. MAZZOTTA, *L'appalto di lavoro tra vecchie e nuove norme*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "Lavori flessibili e giurisprudenza", 31 gennaio-2 febbraio 2007, *paper*, 14.

⁽⁴⁴⁾ Si osservi che, anche prima dell'entrata in vigore della disposizione in commento, era possibile, nella vigenza della l. n. 1369/1960, ritenere che l'art. 4 non operasse anche nei confronti degli enti previdenziali (si veda in argomento: A. SGROI, *Appalto di opere e servizi, riscossione dei contributi previdenziali e applicazione del termine annuale di decadenza*, in *IPrev*, 2001, 653).

alcuna possibilità di sottrarsi a tale vincolo di solidarietà.

Infine il legislatore nulla dice in ipotesi di subappalto illecito, dovendosi pertanto ritenere che in siffatti casi si possano applicare le regole dettate in tema di somministrazione irregolare, con la conseguenza che il rapporto di lavoro è instaurato *ex tunc* con il vero datore di lavoro, e anche costui, con riguardo al versante previdenziale, potrà beneficiare dei versamenti contributivi effettuati dal falso datore di lavoro.

Nulla invece muta in materia di distacco del lavoratore, gli oneri contributivi rimangono in capo al datore di lavoro distaccante.

Se poi si passano a verificare i predetti istituti con riguardo al grado di tutela che appresta l'ordinamento nei confronti dei lavoratori, si deve pianamente concludere che trovano applicazione tutte le disposizioni in materia dettate per i lavoratori subordinati.

3.1. Il *lavoro intermittente o a chiamata* dà la stura all'esame di quelle che dovrebbero rappresentare le nuove tipologie di rapporti di lavoro introdotti dal legislatore del 2003; rammentandosi che, in forza del comma 45 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 247, l'istituto era stato abrogato⁽⁴⁵⁾ e, sei mesi dopo, lo stesso legislatore (a maggioranza politica mutata), con l'articolo 39, comma 11, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, lo ha reintrodotta, puramente e semplicemente, limitandosi ad affermare che dalla data di entrata in vigore del decreto legge trovano applicazione, fra l'altro, gli articoli da 33 a 40 del decreto legislativo n. 276 del 2003⁽⁴⁶⁾.

Il lavoratore intermittente si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa nei limiti dallo stesso legislatore previsti (articoli 33 e 34), da tale attività lavorativa scaturisce il suo diritto a percepire la retribuzione e l'indennità di disponibilità (articolo 35, lettera e); indennità che, fissata dalla contrattazione collettiva, comunque non può essere inferiore a quella prevista con decreto ministeriale e periodicamente aggiornata e che non matura durante la malattia o altro evento che renda il lavoratore impossibilitato a rispondere alla chiamata.

Sull'indennità di disponibilità, e con riguardo alla contribuzione dovuta sulla stessa, il legislatore ripete il modello da lui delineato precedentemente, allorché ha disciplinato l'indennità di disponibilità per i lavoratori somministrati, prevedendo che la contribuzione dovuta sulla stessa è parametrata sulla misura della medesima indennità di disponibilità, anche in deroga alla regola generale dettata dall'articolo 1 della legge n. 389 del 1989 in materia di minimale contributivo (articolo 36, comma 2).

La disciplina contributiva dell'indennità di disponibilità, in questa sede, ha una sua peculiarità, che non si rinviene nel lavoro somministrato, laddove il legislatore-

⁽⁴⁵⁾ Su tale abrogazione si veda: F.R. GRASSO, *Abrogazione dell'istituto del lavoro intermittente*, in *La nuova disciplina del welfare*, cit., 134.

⁽⁴⁶⁾ Su tale reintroduzione si veda: A. OCCHINO, *Il lavoro a chiamata*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, cit., 384.

re delegato prevede in capo al lavoratore intermittente il potere di versare la differenza contributiva per i periodi in cui abbia percepito una retribuzione inferiore a quella convenzionale o abbia fruito dell'indennità di disponibilità fino a concorrenza della medesima (articolo 36, comma 7) ⁽⁴⁷⁾.

Figura di non facile lettura è quella di lavoro intermittente per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno.

La disposizione pare non consentire strutturalmente al lavoratore di percepire l'indennità di disponibilità ma solo la retribuzione allorquando il datore di lavoro effettua la chiamata (articolo 37, comma 1) ⁽⁴⁸⁾.

Con riguardo a entrambi i tipi di lavoro a chiamata si deve invece ritenere che nulla è mutato allorquando il lavoratore risponde alla chiamata; in tale ipotesi la contribuzione previdenziale dovuta è da ancorarsi alla cd. retribuzione virtuale di cui all'articolo 1 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389.

Se si passa al versante delle prestazioni riconosciute al lavoratore a chiamata lo stesso legislatore, al comma 2 dell'articolo 38, riconosce l'indennità di malattia, l'indennità di maternità e i congedi parentali, oltre che i trattamenti collegati all'infortunio sul lavoro e per le malattie professionali.

Per l'eventuale riconoscimento delle altre prestazioni si deve ricorrere a quanto disposto nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 3 febbraio 2005, n. 4, nonché a quanto disposto nella circolare dell'Inps del 13 marzo 2006, n. 41.

Nella prima delle menzionate circolari, con riguardo agli istituti normativi e previdenziali non espressamente citati dal decreto legislativo, si riconosce l'applicabilità della disciplina del lavoro subordinato per quanto compatibile; conseguendone da quest'ultima affermazione il riconoscimento:

- a) dell'assegno per il nucleo familiare;
- b) dell'indennità di disoccupazione a requisiti ordinari e ridotti, limitatamente ai periodi non lavorati.

Nella seconda delle menzionate circolari, l'Inps:

- nel riconoscere il diritto all'indennità di malattia, tubercolosi e maternità, distingue a seconda che via sia o meno un obbligo contrattuale di risposta alla chiamata con una ricaduta sull'applicazione dell'istituto del riproporzionamento della prestazione, su cui *infra*;
- disconosce il diritto a fruire dell'indennità di mobilità;
- riconosce o meno il diritto alle integrazioni salariali, viste come strumenti di integrazione o sostituzione di una perdita di retribuzione effettiva, distinguendo fra l'ipotesi che il lavoratore abbia risposto alla chiamata prima del verificarsi

⁽⁴⁷⁾ Sul tema e sulla possibilità che l'istituto possa essere applicato anche per i lavoratori somministrati si veda *supra* nota 28.

⁽⁴⁸⁾ C. LAGALA (*op. cit.*, 636) evidenzia l'illogicità della norma e ne propone una lettura corretta in forza della quale si ritiene che l'indennità di disponibilità debba essere erogata dal datore di lavoro nel momento in cui questi non effettui la chiamata del lavoratore nei periodi in cui si è convenuta l'obbligo della prestazione di lavoro. La soluzione interpretativa è condivisibile ma non si può ritenere che la stessa sia direttamente applicabile a un testo normativo che, così come è fatto, esclude il diritto all'indennità di disponibilità, l'unica soluzione appare essere l'intervento legislativo.

della causa per cui sono state richieste le integrazioni salariali e l'ipotesi che la causa di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa si sia verificata prima che il lavoratore sia chiamato o risponda alla chiamata.

Lo stesso articolo 38 del decreto legislativo prevede altresì, con riguardo alle modalità di calcolo del trattamento previdenziale, che esso sia riproporzionato in ragione della prestazione lavorativa effettivamente eseguita, con la conseguenza pertanto che il calcolo, ad esempio, dell'indennità di malattia spettante deve farsi guardando al passato, ovverosia ai giorni di lavoro prestati e tale regola trova applicazione anche nei confronti del lavoratore in disponibilità ⁽⁴⁹⁾.

Su tale profilo non consta che gli enti abbiano affrontato il tema e l'unico dato di riferimento è costituito dall'affermazione rinvenientesi nella circolare n. 4 del 2005 del Ministero in materia di riconoscimento della disoccupazione, dove si afferma che a tal fine si deve tenere conto dei soli periodi non lavorati. Secondo quanto evidenziato da attento autore una formulazione di tal fatta lascia intendere che si possa accedere all'indennità di disoccupazione pur in presenza di un contratto di lavoro intermittente ancora attivo e pur beneficiandosi per i periodi di non lavoro dell'indennità di mobilità ⁽⁵⁰⁾; è lapalissiana l'incongruenza logica a cui si potrebbe arrivare.

La successiva nuova figura, il legislatore parla di speciale contratto di lavoro, è quella del *lavoro ripartito* dove due lavoratori assumono in solido l'adempimento di un'unica e identica obbligazione lavorativa (articolo 41), della quale però ciascuno dei lavoratori obbligati, fisiologicamente, si libera prestando la propria attività lavorativa nel lasso temporale in cui deve rendere la prestazione ⁽⁵¹⁾.

La disciplina del rapporto è affidata alla contrattazione collettiva e, in sua assenza, alla disciplina specifica del decreto delegato e dalla normativa generale del lavoro subordinato in quanto compatibile (articolo 43, comma 2).

Il lavoratore coobbligato non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte ed è riproporzionato, al pari del lavoratore intermittente, in ragione della prestazione effettivamente eseguita.

Diversamente dal lavoro intermittente si trova una disposizione specifica per la materia previdenziale, l'articolo 45.

In questo articolo si fissano le regole per l'erogazione delle prestazioni e per il calcolo della contribuzione dovuta e si procede a tali fini all'assimilazione del

⁽⁴⁹⁾ In tali termini C. LAGALA, *op. cit.*, 638.

⁽⁵⁰⁾ Così C. LAGALA, *op. cit.*, 640.

⁽⁵¹⁾ Il rinvio necessitato è al sistema civile dove si fissa il principio nelle obbligazioni solidali passive che ciascun debitore è tenuto ad adempiere per l'intero e il creditore può quindi esigere l'adempimento totale da parte dell'uno e dell'altro. Tale regola, se si ritiene che il sorgere dell'obbligazione solidale in capo ai lavoratori consenta di far rientrare la stessa obbligazione nell'alveo delle obbligazioni solidali passive, soffre un'eccezione nel caso di lavoro ripartito, in quanto il creditore – datore di lavoro – non può chiedere l'adempimento dell'obbligazione lavorativa indifferentemente a uno dei lavoratori obbligati alla prestazione, ma deve ricevere la prestazione dell'attività lavorativa da tutti i lavoratori che si sono obbligati alla prestazione. Si potrebbe forse ritenere che l'obbligazione di *facere* scaturente dal contratto in esame sia da annoverarsi fra le obbligazioni collettive in cui la prestazione deve essere eseguita congiuntamente, anche se in tempi diversi ma collegati fra loro (i turni di lavoro), da parte di tutti i debitori.

lavoro ripartito a quello a tempo parziale ⁽⁵²⁾.

La contribuzione è pertanto calcolata utilizzando i parametri fissati per il lavoro a tempo parziale con la specifica regolamentazione in punto di individuazione del periodo di riferimento.

La differenza, rispetto al modello delineato nel contratto a tempo parziale, sta nel momento individuativo in cui effettuare il citato calcolo. Questo si effettuerà, non preventivamente, ma dopo l'effettuazione della prestazione lavorativa, il mese successivo, fermo restando la possibilità di un conguaglio a fine anno.

La descrizione sin qui compiuta riguarda un contratto di lavoro ripartito che non patisca fenomeni patologici di sorta, dove ciascuno dei lavoratori adempia alla parte di obbligo posto a suo carico, con la prestazione dell'attività lavorativa nel lasso temporale prefissato.

Può accadere che uno dei lavoratori non possa rendere la propria prestazione. In tale ipotesi, si prescinde volutamente in questa sede dal prendere posizione sull'interpretazione da assegnare a una parte delle disposizioni contenute nell'articolo 41 e che sono oggetto di specifici contributi, il lavoratore chiamato a svolgere l'attività lavorativa avrà a sua volta il diritto al versamento della contribuzione previdenziale per l'attività prestata commisurata secondo lo schema *retro* delineato.

Con riguardo alle prestazioni riconosciute ai lavoratori il comma 2 dell'articolo 44 esplicitamente menziona i trattamenti di malattia, l'infortunio sul lavoro, la malattia professionale e i congedi parentali.

L'Inps, nella circolare n. 41/2006, citata, riconosce:

- il diritto in favore di tutti i lavoratori coobbligati all'assegno per il nucleo familiare, tramite la corresponsione di tante prestazioni quanti sono i lavoratori coobbligati e gli eventuali terzi che li sostituiscono;
- il diritto all'indennità di maternità, di malattia e tubercolosi, prestazioni che sono calcolate sulla base della retribuzione percepita, a decorrere dal 1° gennaio dell'anno, per il lavoro oggetto del contratto fino al momento del verificarsi dell'evento, divisa per il numero di giornate lavorative o retribuibili dall'inizio del rapporto e dopodiché si parametrizza il risultato ottenuto sulla base dell'impegno lavorativo in percentuale attribuibile al lavoratore;
- il diritto all'indennità di mobilità e alle integrazioni salariali.

Le *diverse forme di apprendistato* (articoli 47-50), per ciascuna delle quali il legislatore dedica una specifica disciplina, trovano un momento unificante nella disciplina previdenziale che è uguale per tutti (articolo 53).

Innanzitutto, sotto il versante previdenziale, viene in rilievo la previsione di non computabilità dei lavoratori assunti con le varie forme di contratto di apprendi-

⁽⁵²⁾ La disciplina previdenziale del lavoro a tempo parziale la si ritrova nell'art. 9 del d.lgs. n. 61/2000, articolo che non è stato coinvolto nell'opera di novellazione del rapporto a tempo parziale compiuta dal legislatore con il decreto legislativo in commento. Quest'articolo fissa, al comma 1, i criteri per l'individuazione della retribuzione minima oraria da assumere quale base per il calcolo dei contributi dovuti. Per gli aspetti amministrativi si veda, fra l'altro, la circ. Inps n. 123 del 27 giugno 2000.

Sull'argomento si veda: P. BOZZAO, *Profili previdenziali del lavoro a tempo parziale*, Seminario su "Il decreto legislativo in materia di lavoro a tempo parziale" tenuto il 6 ottobre 2000 presso il Centro per lo studio delle relazioni industriali della Luiss, in *RPPP*, 2001, estratto.

stato, tale regola ha un immediato riflesso per l'individuazione della natura dell'impresa, diversa natura a cui si possono connettere o meno benefici previdenziali.

Nello stesso articolo, al comma 3, il legislatore, in attesa della riforma degli incentivi economici, si limita a tenere ferme le agevolazioni che l'ordinamento riconosce al datore di lavoro ogniqualvolta pone in essere un contratto di apprendistato, limitandosi a condizionare, e qui sta la novità, «l'effettiva verifica della formazione svolta secondo le modalità definite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni»⁽⁵³⁾.

L'affermazione di continuazione della disciplina previgente in tema di agevolazioni, nell'attesa di una nuova disciplina a regime sul tema, però si scontra con le disposizioni in tema di abrogazione contenute nel medesimo testo legislativo, il che non pare un perfetto esempio di uso coerente, sotto il profilo logico-giuridico, del linguaggio⁽⁵⁴⁾.

Di maggior rilievo è invece il successivo spezzone normativo contenuto nel comma 3 dell'articolo 53, disposizione che disciplina l'ipotesi dell'inadempimento dell'obbligo formativo di cui sia esclusivamente (l'uso di tale avverbio è foriero di difficoltà applicative in sede giudiziaria) responsabile il datore di lavoro e che sia tale da impedire il raggiungimento degli obiettivi di ciascun rapporto di apprendistato.

In questa ipotesi, una volta che si sia riscontrato, autonomamente da parte degli organi ispettivi degli enti previdenziali o della direzione provinciale del lavoro o su attivazione di questi da parte dello stesso lavoratore, il venir in essere dei requisiti dianzi delineati, il datore di lavoro è tenuto a versare, si deve ritenere all'Inps, la quota dei contributi agevolati, cioè dei contributi risparmiati dal datore di lavoro in forza della stipula del contratto di apprendistato in riferimento al livello in cui era stato inquadrato il lavoratore apprendista, maggiorati del 100%⁽⁵⁵⁾.

La sanzione irrogata però non esaurisce le reazioni dell'ordinamento per un uso non conforme dei diversi tipi di apprendistato.

Infatti è ipotizzabile che:

- gli enti preposti alla verifica del corretto adempimento degli obblighi posti dal legislatore in sede di stipula del contratto in oggetto possano contestare al datore di lavoro il venir in essere di un rapporto di lavoro di livello diverso a quello per il quale si era provveduto a pagare i contributi previdenziali, con la conseguenza che il datore di lavoro dovrà provvedere a integrare il differenziale contributivo, sin dal momento in cui è sorto il rapporto di lavoro, e a pagare su di esso le corrispondenti sanzioni civili;
- lo stesso lavoratore impugni il proprio inquadramento operato sulla scorta del contratto di apprendistato e conseguentemente ottenga l'inquadramento nel livel-

⁽⁵³⁾ Per i benefici previdenziali in materia di apprendistato si rinvia alla lettura degli artt. 21 e 22 della l. n. 25/1955, e dell'art. 21 della l. n. 56/1987, legge richiamata nell'u.c. dello stesso art. 53.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto si rinvia alla lettura degli artt. 47, comma 3, 53, comma 3, e 85, comma 1, lett. b.

⁽⁵⁵⁾ In questi termini anche M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto d'inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *op. cit.*, 271 ss., in specie 284.

lo superiore, ne conseguirà, sotto l'aspetto previdenziale, il sorgere in capo al datore di lavoro del corrispondente obbligo contributivo e delle sanzioni civili connesse all'inadempimento.

Con riguardo al profilo qui *investigato non appare rilevante, allo stato, la legge delega contenuta nella legge 24 dicembre 2007, n. 247.*

Il comma 30 di tale articolo affida al Governo, al dichiarato fine di garantire l'uniformità della tutela dei lavoratori sul territorio nazionale attraverso il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, il compito di emanare uno o più decreti legislativi riguardanti, anche, l'apprendistato.

Il successivo comma 33, che attiene specificamente alla delega in materia di apprendistato, da esercitare previa intesa con le Regioni e le parti sociali, individua fra i criteri e principi direttivi, con riferimento all'apprendistato professionalizzante, la necessità di creazione di meccanismi che siano in grado di garantire da un verso la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e, da altro verso, l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale della relativa disciplina⁽⁵⁶⁾.

Infine da menzionare, per quel che rileva ai fini dei rapporti intercorrenti fra datori di lavoro e pubblica amministrazione, la circostanza che il legislatore del decreto legge n. 112 del 2008, decreto convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, ha altresì espressamente previsto (articolo 23, comma 5) l'abrogazione:

- dell'articolo 4 della legge n. 25 del 1995, articolo che prevedeva la previa visita medica dell'apprendista da assumere;
- degli articoli 21 e 24, commi 3 e 4, del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1956, n. 1668, articoli che prevedevano, rispettivamente: l'uno un obbligo informativo alla famiglia dell'apprendista o a chi esercita la potestà, l'altro la comunicazione agli istituti previdenziali interessati degli apprendisti che abbiano o non abbiano avuto l'attribuzione della qualifica e all'Ufficio di collocamento degli apprendisti che, compiuti 18 anni ed effettuato un biennio di addestramento pratico, non si siano visti attribuire la qualifica professionale;
- dell'articolo 1 del decreto ministeriale 7 ottobre 1993, che prevedeva l'obbligo a carico dei datori di lavoro di comunicare all'amministrazione competente i dati dell'apprendista e del soggetto che lo avrebbe dovuto seguire nel percorso lavorativo-formativo entro trenta giorni.

Passando al versante delle prestazioni riconosciute ci si può limitare a prendere

⁽⁵⁶⁾ Su tale legge delega e sul precedente Protocollo di Luglio 2007 si vedano: T. TREU, *Il contributo del Protocollo 23 luglio 2007 al welfare italiano (e le sue prospettive)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VESCI (a cura di), *op. cit.*, 1; G.M. MONDA, *Il nuovo apprendistato tra politica legislativa e questioni applicative*, in *Lavoro, competitività, welfare*, cit., 53; G. LOY, *Un apprendistato in cerca d'autore*, in *Previdenza, Mercato del lavoro, Competitività*, *op. cit.*, 287. Quest'ultimo autore, proprio con riguardo all'individuazione dei criteri per la fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni, osserva che la delega non riguarda la fissazione di tali livelli minimi, ma piuttosto l'individuazione di procedure che possano garantire la determinazione di tali livelli (*op. cit.*, 287). Sui livelli essenziali delle prestazioni, senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano: E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economica sociale e territoriale*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2007, 27; V. MOLASCHI, *I rapporti di prestazione nei servizi sociali*, Giappichelli, Torino, 2008, in specie, il cap. IV.

atto che nulla è immutato sul punto:

- riconoscendosi l'assegno per il nucleo familiare e l'indennità per la tubercolosi e per la maternità; ma non per la malattia;
- disconoscendosi il diritto all'indennità di malattia, alla disoccupazione, all'indennità di mobilità e alle integrazioni salariali.

Ulteriore forma di contratto formativo (assegnando al termine un'espressione ampia che consenta di comprendere in esso il contratto in esame) è il *contratto di lavoro di inserimento*; contratto che ha per fine quello di realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di una serie predeterminata di categorie di persone.

Si tratta di un contratto a termine da stipulare a pena di nullità in forma scritta, quale regola generale non può andare al di là di diciotto mesi (articolo 57) e in ogni caso non può avere durata inferiore a nove mesi⁽⁵⁷⁾; a tale tipo contrattuale si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dettate dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (articolo 58, comma 1)⁽⁵⁸⁾.

La nullità del contratto, per mancanza della forma scritta, comporta il sorgere di un contratto a tempo indeterminato ai quali si connettono i *naturali* effetti contributivi (articolo 56).

La disciplina previdenziale, nella specie quella agevolativa, è anch'essa il frutto di un richiamo da parte del legislatore delegato, in attesa della riforma degli incentivi all'occupazione, della legislazione previgente in materia di contratto di formazione e lavoro, ma con esclusione dei contratti di inserimento stipulati con soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni⁽⁵⁹⁾.

Si osservi però che il contratto in questione è validamente posto in essere solo dopo la definizione, con il consenso del lavoratore, di un progetto individuale di inserimento⁽⁶⁰⁾.

Al pari dei lavoratori apprendisti, i lavoratori con contratto di inserimento sono

⁽⁵⁷⁾ Si rinvia in ogni caso alla lettura dell'art. 57 che, al suo interno, prevede un'ipotesi di proroga del contratto e un divieto di rinnovabilità solo con le stesse parti.

⁽⁵⁸⁾ Sul tema si vedano: L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FI*, 2002, V, 36 ss.; M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, ivi, V, 93 ss.; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES*, in *NLCC*, 2002, in specie, S. CIUCCIOVINO, *Sub commento art. 1*, 30-50.

⁽⁵⁹⁾ Sulla concessione dei benefici previdenziali in occasione della stipula di contratti di formazione e lavoro e sulla compatibilità degli stessi con il diritto comunitario si rinvia a quanto detto *retro* alla nota 10. Stante l'indeterminatezza del richiamo pare si debbano applicare, quanto meno, per il riconoscimento dei benefici previdenziali i parametri fissati dagli organi comunitari per la compatibilità degli stessi in ambito comunitario.

⁽⁶⁰⁾ Si aggiunga che alla stipula dei citati piani individuali è propedeutica l'individuazione delle modalità di definizione degli stessi da parte della contrattazione collettiva nazionale o, in mancanza della stessa, in via provvisoria da parte del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (si rinvia in ogni caso per l'esatta e compiuta determinazione del procedimento alla lettura dell'art. 55).

Si deve ritenere sotto il profilo previdenziale che, a regime e sino a quando non saranno posti in essere dagli organi individuati dal legislatore, i requisiti di propedeuticità per la definizione del progetto individuale, alcun contratto di inserimento potrà godere dei benefici contributivi riconosciuti dal successivo u.c. dell'art. 59.

esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti, con ovvii riflessi anche nel campo previdenziale.

Contrariamente al contratto di apprendistato, nulla è detto sugli effetti del mancato adempimento degli obblighi latamente formativi da parte del datore di lavoro con riguardo alla fruizione dei benefici previdenziali, che si rammenti sono quelli dei vecchi contratti di formazione e lavoro, connessi alla stipula dei contratti di inserimento.

Mentre si può escludere l'applicazione della regola speciale introdotta dal secondo periodo del comma 3 dell'articolo 53, regola applicabile ai soli contratti di apprendistato, all'opposto deve ritenersi applicabile la disciplina generale che preclude la fruizione dei benefici previdenziali ogniqualvolta il datore di lavoro non adempia al proprio obbligo.

A tale diniego di concessione si connette il sorgere altresì dell'obbligazione contributiva nella misura in cui sarebbe sorta se si fosse posto in essere un ordinario rapporto di lavoro avente ad oggetto le mansioni concretamente svolte dal lavoratore.

Ancora, al pari che nel contratto di apprendistato, al lavoratore si deve riconoscere il potere di contestare il sottoinquadramento permesso dal legislatore ⁽⁶¹⁾ se, contrariamente alle aspettative legislative e proprie, nel concreto espletarsi del rapporto vi è stato un inadempimento degli obblighi assunti da parte del datore di lavoro.

Tale contestazione, se sortisce l'effetto desiderato, comporterà il sorgere in capo al datore di lavoro del corrispondente obbligo contributivo.

Concettualmente fuori da questo tipo di rapporto di lavoro si pongono i tirocini formativi (articolo 60), anche se collocati nello stesso luogo, e per i quali non sorge obbligo contributivo all'Inps ⁽⁶²⁾.

Anche per il contratto di inserimento la legge 24 dicembre 2007, n. 247, al comma 32 dell'articolo 1, contiene, al pari del contratto di apprendistato una legge delega che, allo stato, non è stata seguita da decreti legislativi.

La legge in questione prevede che sia ridefinita la disciplina del contratto di inserimento nel rispetto dei divieti comunitari di discriminazione per ragioni di sesso e di età, il tutto al dichiarato fine di incrementare i livelli di occupazione stabile e di migliorare, in particolare, il tasso di occupazione stabile delle donne, dei giovani e delle persone ultracinquantenni ⁽⁶³⁾.

Con riguardo poi alle prestazioni riconosciute ai lavoratori stipulanti contratti di inserimento nulla è detto, dovendosi pertanto inferire che nei loro confronti trovi

⁽⁶¹⁾ Si vedano per i rispettivi contratti *formativi* gli artt. 53 e 59, con riguardo alla dottrina si veda: L. ZOPPOLI, P. SARACENI, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2004, n. 15.

⁽⁶²⁾ L'unico obbligo, previsto dall'art. 18, comma 1, lett. e, della l. n. 196/1997 e dall'art. 3 del d.m. 25 marzo 1998, n. 142, riguarda l'assicurazione in favore dei tirocinanti da stipulare mediante specifica convenzione con l'Inail.

⁽⁶³⁾ Su questa delega in tema di contratto di inserimento si veda: M.M. MUTARELLI, *Il contratto di inserimento: prospettive di riforma tra vecchi e nuovi rischi di censure comunitarie*, in *Lavoro, competitività, welfare*, cit., 41.

tuttora applicazione la disciplina precedentemente dettata per i contratti di formazione e lavoro.

L'Inps, nella sua circolare n. 41 del 2006, riconosce a tali lavoratori il diritto all'assegno per il nucleo familiare, il diritto all'indennità di maternità, di malattia e tubercolosi, all'indennità di disoccupazione e alle integrazioni salariali; mentre disconosce il diritto all'indennità di mobilità.

Il *lavoro a progetto* e i *lavori occasionali* rappresentano il punto di passaggio dai rapporti di lavoro subordinato a quelli autonomi, anche se taluni ritengono che la categoria "lavoro occasionale" non possa annoverarsi in nessuna di tali categorie. Il *primo tipo di rapporto* ⁽⁶⁴⁾ – nel quale non si annoverano le prestazioni occasionali (articolo 70) e cioè quei rapporti che non raggiungono, con riferimento al medesimo committente, compensi superiori a 5 mila euro, nel corso di un anno solare – sotto il profilo investigato trova una specifica disciplina solo con riguardo alle prestazioni (articolo 66); all'interno di questa disciplina si afferma esplicitamente l'applicazione nei confronti di tali rapporti di lavoro della disciplina contenuta nel comma 1 dell'articolo 51 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e del decreto ministeriale del 12 gennaio 2001 ⁽⁶⁵⁾.

Il richiamo implicito alla gestione separata istituita per i collaboratori coordinati e continuativi consente di ulteriormente suffragare l'opzione ermeneutica in favore della necessaria iscrizione a tale gestione dei lavoratori chiamati a svolgere l'attività delineata nel precedente articolo 61.

Il legislatore, con riguardo alla tutela previdenziale apprestata nei confronti di questi lavoratori, purché non iscritti ad altre forme di assicurazione obbligatoria e non pensionati, ha previsto:

- l'indennità di degenza ospedaliera, in caso di ricovero ospedaliero, nella misura massima di 180 giorni nell'anno solare, indennità calcolata in percentuale sul massimale contributivo, relativo all'anno in cui ha avuto inizio il ricovero (articolo 59, comma 16, ultimo periodo, legge 27 dicembre 1997, n. 449) e sempre che il richiedente sia affetto da una malattia che richiede ricovero ospedaliero presso una struttura pubblica o privata accreditata dal S.S.N.;
- l'assegno per il nucleo familiare, la cui concessione e misura dipendono dal numero dei componenti il nucleo familiare e dai redditi complessivi da costoro posseduti e limitatamente ai collaboratori coordinati e continuativi o a progetto, ai professionisti senza cassa, ai venditori a domicilio e agli associati in partecipazione, non iscritti presso altre forme pensionistiche obbligatorie;
- il congedo per maternità o paternità per tutte le categorie di lavoratori iscritti alla gestione separata (articolo 64, decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e articolo 59, comma 16, legge n. 449 del 1997).

⁽⁶⁴⁾ Sul versante amministrativo si vedano: la circ. Min. lav. 8 gennaio 2004, n. 1, e la circ. Inps 22 gennaio 2004, n. 9.

⁽⁶⁵⁾ Si rilevi che il richiamo al comma 1 dell'art. 51 non appare congruo, in considerazione della circostanza che lo stesso si è limitato ad apportare una serie di modificazioni al testo del comma 16 dell'art. 59 della l. n. 449/1997. Quest'ultima norma prevede per coloro che non risultano iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie l'elevazione del contributo da versare alla gestione separata istituita con il comma 26 dell'art. 2 della l. n. 335/1995.

Con decreto ministeriale 12 luglio 2007, n. 28057 (ma si veda *ante* il decreto del ministero 4 aprile 2002) si è disciplinato un modello di tutela nei confronti delle lavoratrici madri con contratto a progetto che prevede, fra l'altro:

- il riconoscimento di un'indennità di maternità per i periodi di astensione obbligatoria, nonché per i periodi di divieto anticipato di adibizione al lavoro e per i periodi di interdizione dal lavoro autorizzati (articolo 5, comma 1, decreto ministeriale n. 28057/2007, cit.; si rinvia in ogni caso alla lettura integrale del testo del decreto);
- l'accreditamento della contribuzione figurativa per i periodi di corresponsione dell'indennità di maternità (articolo 6);
- a decorrere dall'1° gennaio 2007, il riconoscimento in favore dei lavoratori a progetto e delle categorie assimilate iscritti alla gestione separata, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie, di un'indennità giornaliera di malattia a carico dell'Inps entro il limite massimo di giorni pari a un sesto della durata complessiva del rapporto di lavoro e comunque non inferiore a venti giorni nell'arco dell'anno solare, con esclusione degli eventi morbosi di durata inferiore a quattro giorni (articolo 1, comma 788, legge 27 dicembre 2006, n. 296) ⁽⁶⁶⁾;
- sempre a decorrere dall'1° gennaio 2007, il riconoscimento in favore dei lavoratori a progetto e delle categorie assimilate iscritti alla gestione separata, non titolari di pensione e non iscritti ad altre forme previdenziali obbligatorie e che abbiano diritto all'indennità di maternità di un trattamento economico per congedo parentale, limitatamente a un periodo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino, la cui misura è pari al 30 per cento del reddito preso a riferimento per la corresponsione dell'indennità di maternità. Lo stesso trattamento è riconosciuto, con pari decorrenza, in ipotesi di adozione o affidamento (articolo 1, comma 788, legge 27 dicembre 2006, n. 296).

Da ultimo, con riguardo ai modelli di tutela previdenziale apprestati

⁽⁶⁶⁾ L'Inps ha disciplinato i due predetti benefici, al quale si deve altresì aggiungere il trattamento economico per congedo parentale in favore di coloro che hanno diritto all'indennità di maternità, rispettivamente con circ. n. 76 del 16 aprile 2007 e n. 137 del 21 dicembre 2007. L'interpretazione data alle due norme dall'Inps, concordemente a quanto ritenuto dallo stesso Ministero del lavoro e della previdenza sociale, evidenzia un diverso ambito di applicazione soggettivo delle medesime. Infatti mentre l'indennità di maternità è riconosciuta, senza distinzioni di sorta alcuna, in favore di tutte le lavoratrici iscritte alla gestione e non iscritte ad altre forme previdenziali obbligatorie; di converso l'indennità di malattia e l'indennità di congedo parentale sono riconosciute esclusivamente in favore dei lavoratori a progetto, dei soggetti impegnati in collaborazioni coordinate e continuative presso la pubblica amministrazione e in favore dei titolari di assegno di ricerca. Questa limitazione delle disposizioni contenute nel comma 788 dell'art. 1 della l. cit. si radica su un'interpretazione dell'espressione "categorie assimilate" connessa alla precedente espressione "lavoratori a progetto", che porta a riempire di significato la prima desumendolo dal significato che si assegna alla seconda. L'interpretazione non pare appagante, potendosi prefigurare altra che conduca ad affermare che per "categorie assimilate" si devono intendere tutte quelle categorie di lavoratori che, al pari dei lavoratori a progetto, sono obbligatoriamente iscritti alla gestione separata. L'interpretazione propugnata condurrebbe ad allineare l'ambito soggettivo di efficacia delle due norme in commento e garantirebbe, per quanto possibile, una tutela assistenziale a tutti i tipi di lavoratori iscritti alla gestione separata, non potendosi immaginare che il legislatore nazionale, in una finanziaria composta da più di mille commi, abbia scientemente introdotto una norma di tal fatta applicabile solo a una porzione della più ampia categoria di lavoratori iscritti alla gestione separata e non iscritti ad altre forme di previdenza obbligatorie.

dall'ordinamento in favore dei lavoratori a progetto si può far menzione dell'istituto di tutela del reddito introdotto con il comma 2 dell'articolo 19 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2. Questo comma prevede, in via sperimentale per il triennio 2009-2011, per le sole ipotesi di fine lavoro, il riconoscimento in favore dei collaboratori coordinati e continuativi di cui al comma 1 dell'articolo 61 del decreto legislativo n. 276 del 2003 (in realtà il legislatore si riferisce ai lavoratori a progetto), iscritti in via esclusiva alla gestione separata e che soddisfino ulteriori requisiti tassativamente indicati (e per la cui individuazione è opportuna la lettura del testo di legge), di una somma liquidata in un'unica soluzione pari al 10% del reddito percepito l'anno precedente. Per il solo anno 2009, ai fini dell'attuazione dell'istituto in via sperimentale di tutela del reddito, si prevede che tale percentuale è elevata al 20% (articolo 61, comma 2-bis).

Lo stesso legislatore del 2003, infine, disciplina le anomalie del contratto a progetto, prevedendo la conversione del contratto nel corrispondente contratto di lavoro subordinato con l'ovvia conseguenza, con riguardo al versante previdenziale, della nascita dell'obbligo contributivo quale lavoratore dipendente e delle corrispondenti sanzioni civili.

Di tale reticolato di tutela non beneficia quell'attività che lo stesso legislatore del 2003 definisce *occasionale*, ovverosia quei rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, a meno che il compenso complessivamente percepito dal lavoratore nel medesimo anno sia superiore a 5 mila euro. Per tali tipi di prestazione si deve ritenere che sorga l'obbligo di versamento della contribuzione nella Gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, solo qualora sia configurabile un rapporto di collaborazione coordinata ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lettera c-bis del TUIR.

Se all'opposto ci si trova davanti a un'attività di lavoro autonomo occasionale, l'obbligo del versamento alla Gestione separata è sorto a far data dal 1° gennaio 2004, in forza dell'articolo 44, comma 2, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326. Nei confronti di tali prestatori di lavoro si riconosce il solo diritto all'assegno per il nucleo familiare (ma si veda il testo integrale della circolare citata).

In connessione, quanto meno topografica, con il lavoro a progetto si pongono le *prestazioni occasionali di tipo accessorio* rese da particolari soggetti ⁽⁶⁷⁾, inten-

⁽⁶⁷⁾ Si veda: M. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali all'indomani della L. n. 30 e del D. Lgs. n. 276/2003*, in *RIDL*, 2004, 273. Si osservi che il legislatore, con la lett. e, comma 12, art. 7-ter della l. 9 aprile 2009, n. 33, di conv. con modif. del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, ha previsto, in via sperimentale e per il solo anno 2009, che i soggetti beneficiari di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito possano svolgere lavoro accessorio in tutti i settori produttivi e nel limite massimo di 3.000 euro per anno solare (art. 70, comma 1-bis, primo periodo, decreto cit.). Qualora i predetti soggetti svolgano prestazioni di tal fatta l'Inps provvede a ridurre la contribuzione figurativa dell'importo di contribuzione versata radicata sulle prestazioni di lavoro accessorio e versato presso la Gestione Separata. Una curiosità lessicale di questo nuovo intervento legislativo di manutenzione del decreto legislativo n. 276 del 2003 è rappresentata dall'uso del vocabolo "casalinghe", allorché si individuano i soggetti che possano svolgere attività lavorative di natura occasionale nell'ambito di attività agricole di carattere stagionale (art. 70, comma 1, lett. f, decreto cit.). Pare sommessamente che l'uso di tale termine non sia stato felice e

dendosi per tali, dopo le modificazioni apportate al testo originario dell'articolo 70, le attività svolte anche a favore di più beneficiari e che non danno luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5 mila euro nel corso di un anno solare.

La figura di rapporto di lavoro, di non facile lettura, prevede per quel che interessa, il pagamento da parte del datore di lavoro (un fariseismo verbale conduce il legislatore a parlare di beneficiari delle prestazioni di lavoro accessorio [articolo 72, comma 1]) della prestazione tramite la consegna al lavoratore di un buono il cui valore nominale è di 10 euro.

Il buono è consegnato dal prestatore d'opera che lo ha ricevuto alla società concessionaria alla riscossione dei buoni, questa ultima:

- eroga l'importo spettante al lavoratore-portatore del titolo;
- provvede all'individuazione del lavoratore-portatore e per conto dello stesso al versamento di quanto dovuto presso la gestione separata Inps, nonché al versamento di quanto dovuto all'Inail;
- trattiene una somma a titolo di rimborso spese.

La prima ed estemporanea osservazione è di tipo economico e riguarda l'estrema esiguità della contribuzione, esiguità che non lascia presagire alcuna forma reale di tutela pensionistica in un modello contributivo quale è l'odierno.

Con decreto ministeriale del 12 marzo 2008, n. 31656, avente a oggetto la sperimentazione per l'anno 2008 delle prestazioni occasionali di tipo accessorio nel settore delle vendemmie, si è stabilito che:

- il valore nominale del buono sia di 10 euro;
- l'ente concessionario sia l'Inps;
- l'obbligo a carico dei datori di lavoro di comunicare, prima dell'inizio dell'attività lavorativa, all'Inail i dati anagrafici e il codice fiscale del lavoratore, nonché il luogo dove si svolge l'attività e la sua durata (articolo 5);
- le prestazioni erogate dall'Inail sono quelle previste dall'articolo 66 del TU e dall'articolo 13 del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38.

Con il precedente decreto ministeriale del 30 settembre 2005, n. 20361 si era previsto:

- che il concessionario, in sede di pagamento delle spettanze al lavoratore, trattenesse, a titolo di rimborso spese, il 5% del valore nominale del buono (articolo 2).

Disposizioni previdenziali si ritrovano ancora all'interno dell'articolo 86, ultimo degli articoli del testo legislativo. Il comma 2 disciplina l'eventuale utilizzo illecito del contratto di associazione in partecipazione, con la conseguenza che, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, il datore di lavoro è tenuto al versamento della contribuzione spettante in favore di un lavoratore subordinato, oltre che delle sanzioni civili.

sarebbe stato più congruo utilizzare l'espressione utilizzata dal legislatore nel d.lgs. 16 settembre 1996, n. 565, che, mutando il nome al Fondo istituito con la l. 5 marzo 1963, n. 389, lo rinomina "Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari". Se si accede a siffatta interpretazione si potrà ritenere che a tale tipo di lavoro possano accedere tutti i soggetti astrattamente iscrivibili al predetto Fondo di previdenza.

Questa disciplina dell'anomalia del rapporto si pone in connessione con la disciplina fisiologica del rapporto medesimo, sempre sotto il versante previdenziale, contenuta nell'articolo 43 della legge 24 novembre 2003, n. 326, di conversione con modificazioni del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269. La disciplina a regime prevede, a decorrere dal primo gennaio 2004, l'iscrizione, di coloro che conferiscono prestazioni lavorative nell'ambito di un'associazione in partecipazione, con esclusione di chi è iscritto in albi professionali, nella gestione separata istituita presso l'Inps. Il comma 10, nell'aggiungere le lettere *b-bis* e *b-ter* al comma 8 dell'articolo 3 del decreto legislativo in materia di attuazione della direttiva n. 92/57/CEE, concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili, prevede, fra l'altro, il rilascio da parte degli enti previdenziali, o in loro sostituzione da parte delle casse edili previa stipula di convenzione di questa con quelli, di un certificato di regolarità contributiva⁽⁶⁸⁾.

Flessibilità del mercato del lavoro e sistema previdenziale. – Riassunto. *L'A. effettua una lettura integrata delle norme che compongono la l. delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003 al fine di individuare i caratteri previdenziali della riforma, sia con riguardo alla ricostruzione degli obblighi di contribuzione posti a carico del datore di lavoro e del lavoratore autonomo, sia con riferimento all'aspetto delle tutele previdenziali individuate dall'ordinamento in favore delle nuove figure di lavoratori. L'A. si interroga su profili di costituzionalità della Riforma del lavoro con riferimento al contenuto della legge delega e dei limiti qui individuati. Una volta osservata l'assenza in seno alla riforma di una specifica e approfondita disciplina previdenziale, salve le eccezioni evidenziate, verificata la volontà del legislatore di mantenere i precedenti livelli di tutela sociale, l'A. si impegna a ricondurre i nuovi tipi contrattuali di volta in volta al modello lavoro autonomo o al modello lavoro subordinato, così da individuare e delineare con precisione la disciplina previdenziale applicabile ad ogni singola fattispecie.*

Labour market flexibility and social security systems (Article in Italian) – Summary. *This paper provides an analysis of the provisions set out in Act No. 30/03 and Legislative Decree No. 276/03, with the aim of pointing out those aspects concerning the social security system. In this connection, the focus is on compulsory contributions paid by the employer and the self-employed worker, and on social protection provided to new categories of workers. The paper also examines the labour law reform and its compliance with Constitution, with special reference to the shortcomings of Act No. 30/03. Attention is also given to the lack of specific and detailed social security provisions, with a few exceptions, and to the intention of the legislator to maintain existing standards in terms of social protection. According to the paper, new employment contracts fall within the category of those provided to employed or self-employed workers, enabling easy identification of social security provisions that apply to each case.*

⁽⁶⁸⁾ I problemi connessi a tale certificazione che possono, in prima battuta ipotizzarsi, attengono ai casi di rateizzazione o condono tramite rateizzazione del debito contributivo. Sul DURC in materia edile si veda: R. STAIANO, *Cassa edile e Durc: regolarità contributiva*, in *Le omissioni contributive nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, 283.

Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele

Vincenzo Ferrante

Sommario: 1. Premessa. – 2. Crisi finanziaria e risposta del sistema produttivo. – 3. Alcune conclusioni sul ruolo della riduzione degli orari come strumento anticongiunturale. – 4. La Cassa integrazione guadagni “in deroga”. – 5. Evoluzione della disciplina dei contratti di solidarietà. – 6. I contratti di solidarietà nel decreto n. 46448 dell'agosto 2009. – 7. I contratti di solidarietà per le imprese escluse dal campo di applicazione della CIGS. – 8. Conclusioni.

1. La recente crisi dei mercati finanziari è sembrata riportare in auge il dibattito che si svolse sul finire degli anni Novanta sui vantaggi occupazionali che potrebbero derivare da una riduzione forzata degli orari di lavoro, sottolineandosi soprattutto, in questo caso, l'importanza di riduzioni transitorie, sorrette da un intervento statale ed accompagnate da contestuali azioni formative ⁽¹⁾.

In verità sia l'amplissimo ricorso alla Cassa integrazione, ordinaria e straordinaria ⁽²⁾, sia la rinnovata disciplina sugli ammortizzatori sociali c.d. “in deroga”, sia il più recente intervento di riforma dei contratti di solidarietà danno la dimostrazione che nell'ordinamento italiano sussistono già numerosi strumenti diretti ad incoraggiare e sostenere finanziariamente la riduzione degli orari.

Il presente saggio, quindi, dopo aver svolto alcune considerazioni generali sul ruolo anticiclico delle politiche dirette alla redistribuzione delle occasioni di lavoro, si propone di ricostruire il quadro complessivo degli interventi previsti nella odierna legislazione a sostegno della disoccupazione temporanea, analizzando in particolare le novità che hanno riguardato la disciplina degli ammortizzatori sociali negli ultimi mesi.

* Professore associato di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

⁽¹⁾ Interventi di questo tipo sono presenti in molti Paesi europei: a riguardo si veda V. GLASSNER, B. GALGOCZI, *Plant level responses to the crisis: can jobs be saved by working less?*, ETUI, Policy Brief, 2009, n. 1; nello stesso senso vedi ora il documento della Direzione generale per l'impiego della Commissione europea, *Employment in Europe 2009*, spec. par. 1. Per un riepilogo delle politiche adottate in questi ultimi mesi nel nuovo e nel vecchio continente, vedi M. ZAGORDO, *Le risposte della Commissione europea alla crisi economica*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2, 489 ss., nonché A. BARBONI, *Stati Uniti – L'impatto sul lavoro delle c.d. misure anticrisi*, ivi, n. 1, 241 ss.

⁽²⁾ L'Inps provvede mensilmente a fornire i dati delle ore di CIG concesse: a titolo di esempio, nel mese di maggio 2009 gli interventi ordinari dell'industria registrano un incremento del +950% rispetto allo stesso mese dell'anno precedente; per altro verso la variazione complessiva delle richieste di CIGO nel periodo gennaio-maggio è stata di +740%, con variazioni fortemente differenziate per settore (metallurgia +3183%, meccanica +2109%; chimica +1305%).

2. L'esperienza storica mostra che l'intervento legislativo diretto alla riduzione della durata della prestazione lavorativa si presenta come uno strumento spesso (se non sempre) collegato alle crisi produttive: in questo senso, già la convenzione ILO n. 1, che fu stipulata immediatamente dopo la fine della prima guerra mondiale (e che fu anticipata espressamente nello stesso trattato di Versailles che pose termine al conflitto), non solo intendeva intervenire su una delle cause che avevano generato il conflitto, correggendo il divario sociale interno a molti Paesi europei che era pronto a riemergere a guerra finita, ma rispondeva altresì innegabilmente alla esigenza di evitare che il ridimensionamento della industria bellica incrementasse oltre misura il numero dei disoccupati ⁽³⁾.

Nello stesso senso, non si deve dimenticare come il regio decreto legge 15 marzo 1923, n. 692, sulla disciplina dell'orario di lavoro, si presentasse, non a caso, come uno dei primi provvedimenti adottati dal Governo fascista per offrire alle masse di giovani ex-combattenti tornati dal fronte una seria possibilità di trovare occupazione, riducendo gli orari contrattuali, al tempo ben superiori rispetto ai limiti ammessi da quel provvedimento ⁽⁴⁾.

Analogamente, allo scoppiare della crisi del 1929, in seno all'ILO si venne a proporre una ulteriore riduzione dell'orario attraverso una pluralità di convenzioni ⁽⁵⁾, che tuttavia non trovarono mai un concreto seguito, anche a motivo del deteriorarsi dei rapporti interni alla Società delle Nazioni, che impedì la predisposizione di una risposta internazionalmente concordata al crollo dei mercati finanziari.

La riduzione della durata della prestazione appariva allora capace di generare un immediato incremento dei posti di lavoro grazie al fatto che al tempo l'organizzazione industriale si articolava ancora in grandi complessi produttivi, che impiegavano masse enormi di lavoratori in compiti semplici ed omogenei che non richiedevano formazione specifica. Peraltro, la possibilità di incrementare l'occupazione attraverso la riduzione dell'orario, produceva vantaggi in via quasi immediata non solo per i disoccupati, ma altresì per i lavoratori già occupati che, conservando immutato il livello salariale, vedevano incrementato il loro tempo libero e lo stesso reddito.

Non si deve dimenticare, a riguardo, che la stessa legislazione statunitense in materia sindacale trae origine dalla intenzione del governo del Presidente F. Delano Roosevelt di limitare la durata della prestazione di lavoro. Prima della "grande

⁽³⁾ Sulla convenzioni ILO in tema di riduzione dell'orario di lavoro si veda, da ultimo, M. LAI, *La normativa internazionale e comunitaria dell'orario di lavoro*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, 249 ss., nonché, G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 80 ss. Significativo della scarso interesse che le fonti internazionali riservano oggi al tema dell'orario è il fatto che in una recente ampia ricerca che mira a mettere a fuoco tutta l'attività dell'ILO manchi ogni richiamo al tema dell'orario: si veda R. BLANPAIN, M. COLUCCI (a cura di), *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro*, Jovene, Napoli, 2007.

⁽⁴⁾ Per una recente panoramica in prospettiva storica delle modifiche della legislazione sul lavoro, si veda S. MUSSO, *Le regole e l'elusione: il governo del mercato del lavoro nell'industrializzazione italiana*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2004.

⁽⁵⁾ Si allude alla convenzione ILO n. 30/1930 sulla durata del lavoro nelle imprese commerciali e negli uffici; alla convenzione n. 31 dell'anno seguente sul lavoro nelle miniere di carbone e alla n. 43/1934, relativa alle vetrerie, nonché alla n. 47, adottata nel corso della XIX sessione nel giugno 1935, che prevedeva la riduzione della durata della prestazione a 40 ore settimanali, e alla convenzione n. 51 adottata nell'anno seguente, sulla riduzione del lavoro nei servizi pubblici.

depressione”, infatti, negli Stati Uniti si registrava, nei riguardi dei sindacati, uno scarso consenso sociale e una valutazione politica sostanzialmente negativa ⁽⁶⁾. La Corte Suprema nel 1908 in una celebre decisione ⁽⁷⁾ aveva ritenuto l’azione sindacale illegittima, in quanto riduceva la circolazione dei beni fra i vari stati dell’Unione e costituiva perciò una restrizione al commercio vietata dalle disposizioni antitrust dello *Sherman Act*.

Nella stessa direzione, con una altra famosa sentenza di pochi anni prima, la stessa Corte Suprema aveva negato legittimità ad una legge dello stato di New York che imponeva una restrizione all’orario dei panificatori, ritenendo che un simile vincolo fosse inammissibile, in quanto si concretava in una restrizione della libertà personale dei singoli ⁽⁸⁾.

Così, quando il presidente Roosevelt ebbe a riproporre, attraverso norme di tipo imperativo che limitavano la durata della giornata lavorativa, lo stesso schema di un intervento eteronomo del legislatore, la Corte Suprema, ancora una volta, confermò la propria giurisprudenza, nel senso della illegittimità di vincoli eteronomi alla autonomia privata. La risposta della Casa Bianca, tuttavia, non si fece attendere e si concretò nella minaccia di una profonda modifica dello statuto della Corte, che avrebbe condotto, fra le altre cose, ad un incremento del numero dei giudici e alla loro nomina a termine (e dunque ad una profonda modifica degli orientamenti della Corte, posto che la nomina avviene ancor oggi a vita) ⁽⁹⁾.

Proprio per evitare di esacerbare il conflitto in merito al potere del legislatore di limitare l’autonomia individuale, una parte importante del programma legislativo associato al *New Deal* passò attraverso la promozione, per via legislativa, della presenza del sindacato nel settore privato, soprattutto attraverso la legislazione federale, che, accanto al precedente e più timido *Norris-La Guardia Act* del 1932, registrò l’emanazione del più importante *National Labor Relations Act* del 1935 (meglio conosciuto come *Wagner Act*).

Attraverso tale legge, ben nota alla dottrina italiana degli anni Sessanta ⁽¹⁰⁾, si svilupparono le condizioni che consentirono al sindacato di potersi insediare nelle grandi imprese, anche grazie ad una procedura diretta alla repressione della

⁽⁶⁾ In questo senso, esplicitamente, G.J. BORJAS, *Labor Economics*, McGraw-Hill, New York, 2008, IV ed. (edizione italiana A. DEL BOCA, D. DEL BOCA, L. CAPPELLARI, A. VENTURINI (a cura di), *Economia del Lavoro*, Brioschi, Milano, 2009).

⁽⁷⁾ *Loewe c. Lawlor* del 1908, meglio noto come *Danbury Hatters’ Case* (in A. COX, D.C. BOK, R.A. GORMAN, M.W. FINKIN, *Labor Law*, Westbury, New York, 1996, XII ed., 30 ss.).

⁽⁸⁾ Lo ricorda G. RICCI, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, cit., 35. A riguardo si deve aggiungere come quella decisione (caso *Lochner* del 1905) vide il parere contrario (c.d. *dissenting opinion*) del celeberrimo giudice H.W. Holmes, che sostenne come la tutela della libertà contrattuale, fondata sulla c.d. *due process clause* di cui al V emendamento della Costituzione federale, non potesse spingersi sino al punto di impedire al legislatore di introdurre limitazioni alla autonomia contrattuale nell’interesse del contraente debole: a riguardo si veda U. MATTEI, *Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, 152.

⁽⁹⁾ La vicenda è riportata da U. MATTEI, *op. cit.*, 203, cui rinvio ancora per ulteriori approfondimenti.

⁽¹⁰⁾ Il *Wagner Act* procedette altresì alla costituzione del *National Labor Relations Board*, un organismo nazionale cui spetta il compito di rendere effettive le previsioni legislative, legittimato a condurre indagini relative alla violazione delle norme in tema di condotta antisindacale e munito del potere di ordinare la fine delle violazioni. Riguardo alla influenza del diritto statunitense sulla elaborazione del nascente diritto sindacale italiano si veda M. GRANDI, *Studi sul diritto del lavoro inglese e nordamericano*, Giuffrè, Milano, 1970; sulla evoluzione del pensiero giuridico post-costituzionale si veda P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana: teorie e vicende dei giuslavoristi dalla liberazione*, Giuffrè, Milano, 2008.

condotta antisindacale del datore che, per concorde opinione, ha ispirato il legislatore italiano dello “statuto”⁽¹¹⁾.

La riduzione di orario praticata nell'ambito delle politiche della “nuova frontiera”, in verità, non interveniva negli anni immediatamente seguenti alla crisi ma in un momento storico nel quale, passati quattro anni dal crollo della borsa, la produzione industriale era ormai in ripresa: sul presupposto che gli orari medi dei lavoratori si fossero autonomamente ridotti in conseguenza del crollo della produzione industriale, la legge mirava a far sì che il nuovo ciclo espansivo dell'economia non portasse beneficio solo ai lavoratori che, seppur ad orario ridotto, erano stati in grado di mantenere una occupazione, ma si indirizzasse altresì verso i disoccupati, creando per costoro nuove opportunità di lavoro in forza del limite imposto alla durata massima dell'orario⁽¹²⁾.

Nello stesso senso ancora, si deve ricordare che le stesse leggi Aubry degli anni Novanta del secolo scorso furono determinate, nell'immediato, da una sorta di *jacquerie*, che era scoppiata nei suburbi parigini, ad iniziativa di giovani disoccupati, e che minacciava di incendiare le periferie dell'intero Paese⁽¹³⁾.

3. In conclusione, se è vero che la riduzione imperativa degli orari è stata utilizzata in passato in modo anticiclico per contrastare la brusca riduzione della produzione industriale, si deve altresì tenere presente che, come dimostrano i casi ora ricordati, una volta scoppiata la crisi economica, la diminuzione dell'orario si manifesta come conseguenza immediata e diretta del contrarsi dei volumi della produzione, di modo che l'intervento di fissazione per legge di meno elevati tetti massimi viene in certo modo a risultare inutile nell'immediatezza dell'emergenza. Piuttosto l'intervento di riduzione per legge può dimostrarsi come mezzo di stimolo nel momento in cui si manifesti una fase di ripresa, che faccia prospettare un incremento degli orari che prima si erano ridotti, secondo il modello della legislazione americana degli anni Trenta che più sopra si è ricordato.

In questo senso, non può escludersi che in un futuro prossimo l'idea di una riduzione obbligatoria degli orari torni a presentarsi al legislatore italiano, anche a fronte dei generosi tetti massimi introdotti dal decreto legislativo n. 66/2003 (e ancor di più dalle successive modifiche di questo), che hanno favorito un prolungamento generalizzato della durata della prestazione media italiana⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ A riguardo ancora fondamentale rimane T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, F. Angeli, Milano, 1974.

⁽¹²⁾ Ancora interessanti rimangono a riguardo le notazioni di W. WOYTINSKY, *Les conséquences sociales de la crise*, International Labour Office, Geneve, 1936, 168 ss.

⁽¹³⁾ Si veda F. FAVENNEC-HERY, *Durata e gestione del tempo di lavoro: nuove equilibri nei rapporti fra le fonti*, in *DL*, 1998, 1, 151 ss.

⁽¹⁴⁾ Nell'ampia letteratura relativa al d.lgs. n. 66, sia consentito qui rinviare solamente al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, ove ulteriori riferimenti alla ampia bibliografia sul tema. Per le ultime modifiche al decreto introdotte dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, rinvio altresì al mio *Nuove modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*, Giappichelli, Torino, 2008, 396 ss. L'effetto della legislazione del 2003 sui principali indicatori economici non è sempre chiaro poiché in quell'anno la Repubblica Italiana ha modificato i criteri di rilevazione sotto vari aspetti: comunque i dati Eurostat (*Hours worked per week of full-time employment – Annual*

Una tale soluzione, tuttavia, apparirà praticabile solo nella misura in cui si riescano a neutralizzare gli effetti che la riduzione del salario produce sul piano pensionistico: ed infatti, per i lavoratori che ancora si avvalgono del sistema della pensione retributiva (cioè per quanti al dicembre 1995 avevano già maturato 18 anni di contribuzione) la riduzione della retribuzione che si venisse a registrare negli ultimi anni di carriera determinerebbe un abbassamento della retribuzione pensionabile (calcolata sulla media salariale riferita agli ultimi anni antecedenti il pensionamento), riducendo così in maniera anche molto sensibile l'importo del trattamento pensionistico. In questo senso, in assenza di specifiche previsioni legislative, è solo l'adozione del metodo contributivo che consente in via generale di superare un tale problema, amalgamando nel complesso delle retribuzioni percepite nell'arco della intera vita lavorativa i più bassi redditi degli ultimi anni⁽¹⁵⁾.

4. Atteso dunque che la riduzione dell'orario appare come una naturale conseguenza della contrazione della produzione industriale, si deve riflettere ora sulle forme che tale fenomeno assume in concreto. Nel nostro ordinamento⁽¹⁶⁾, a fronte del fatto che la durata dell'orario viene ad essere considerata come elemento sul quale si forma la volontà contrattuale (e dunque come aspetto dell'organizzazione del lavoro sottratta al potere direttivo dell'imprenditore) la riduzione dell'orario è stata praticata, già nelle crisi tecnologiche degli anni Ottanta ed ancora nel corso degli ultimi mesi, soprattutto attraverso l'accesso alla Cassa integrazione guadagni⁽¹⁷⁾.

La sospensione dei lavoratori dalla attività produttiva, realizzata attraverso la rotazione dei contingenti di lavoratori assoggettati all'intervento di integrazione salariale, viene infatti a configurarsi come una forma di riduzione incentivata su base annua. A differenza di quanto ora si è detto in via generale sui poteri datoriali, la sospensione del lavoratore in "cassa" viene considerata come manifestazione di uno speciale potere unilaterale del datore di sospendere i lavoratori, ri-

average) mostrano chiaramente una tendenza ad una lieve crescita dopo quell'anno, attestandosi ad una media oltre le 41 ore per i lavoratori a tempo pieno.

⁽¹⁵⁾ Il problema, pure preso in considerazione dall'art. 2, comma 5, l. n. 863/1984, sembra aver avuto un influsso determinante anche nel fallimento dei contratti di solidarietà "offensivi".

⁽¹⁶⁾ A riguardo, si vedano P. ICHINO, *Il tempo della prestazione nel rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 1984, 141 ss. (nonché dello stesso A., *L'orario di lavoro e i riposi*, Giuffrè, Milano, 1987, 63 ss., e *Il contratto di lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 2003, 316 ss.); C. CESTER, M.G. MATTAROLO, *Diligenza ed obbedienza del prestatore di lavoro*, in P. SCHLESINGER, F.D. BUSNELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2007, 385 ss.; A. ALLAMPRESE, *Tempo della prestazione e poteri del datore di lavoro*, in *ADL*, 2007, 341 ss.; V. BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato: critica sulla deoggettivazione del tempo-lavoro*, Cacucci, Bari, 2008; rinvio altresì a V. FERRANTE, *Il tempo di lavoro*, cit., 265 ss.

⁽¹⁷⁾ Sui c.d. ammortizzatori sociali, da ultimo, si vedano G.G. BALANDI, *La tutela sociale nel mercato*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, 53 ss.; D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"*, ivi, 415 ss.; F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, ivi, 597 ss.; M. CINELLI, *Un welfare da ristrutturare: a proposito del protocollo d'intesa 23 luglio 2007*, in *LG*, 2007, 11, 814; M. MAGNANI, *Esigenze e prospettive di riforma degli ammortizzatori sociali*, in *RPPP*, 2001, 6 ss.; A. PANDOLFO, *Per un sistema di misure integrate di sostegno ne mercato del lavoro (ovvero della riforma degli "ammortizzatori sociali")*, in A. PERULLI (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Halley, Matelica (MC), 2007, 105 ss.; M. NAPOLI, *Diritto del lavoro e riformismo sociale*, in *LD*, 2008, 337 ss.

conosciuto implicitamente nelle specifiche disposizioni di legge che regolano la CIG, anche al fine di consentire in tal modo la conservazione del posto di lavoro ad un più elevato numero di soggetti⁽¹⁸⁾. La ammissione alla “cassa”, dunque, ha da sempre costituito lo strumento più semplice per ridurre in via immediata, temporanea ed unilaterale l'orario di lavoro, senza dover raggiungere un accordo con le organizzazioni sindacali o con i singoli lavoratori. Anche allo scoppiare della crisi nella seconda metà del 2008, come dimostrano i dati resi noti dall'Inps nei primi mesi del 2009, la “cassa”, in forma ordinaria o straordinaria, ha trovato amplissimo impiego per consentire alle imprese di non licenziare una parte dei propri dipendenti⁽¹⁹⁾.

La risposta pubblica alla crisi, anzi, si è proprio indirizzata nella direzione di rafforzare l'intervento della cassa attraverso la c.d. concessione “in deroga”, che, dopo qualche oscillazione, ha finalmente trovato stabile disciplina attraverso l'articolo 19, comma 8 e seguenti, legge 28 gennaio 2009, n. 2 (di conversione con modifiche del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185), come peraltro modificato dall'articolo 7-ter della legge 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5⁽²⁰⁾.

Interventi “in deroga”⁽²¹⁾ già in passato erano stati previsti dal legislatore, al fine non solo di prorogare la durata della cassa integrazione oltre il limite massimo (quale è ora previsto dalla legge n. 223/1991), ma anche di reagire a situazione di grave crisi territoriale. All'inizio si trattava soprattutto di interventi puntuali del legislatore che, attraverso specifiche norme *ad hoc*, prorogava di volta in volta la durata massima dell'intervento o ricomprendeva nel campo di applicazione della CIG imprese che altrimenti non avrebbero avuto diritto all'intervento di integrazione salariale. Da ultimo, la concessione “in deroga” tende a presentarsi come

⁽¹⁸⁾ Tanto che: il potere di scelta è validamente esercitato solo se vi è stato il pieno rispetto delle procedure (da ultimo Cass. 3 maggio 2004, n. 8353, nonché Cass. 5 agosto 2005, n. 16537); la sospensione è possibile in assenza di intervento pubblico di integrazione solo a fronte di un accordo collettivo (Cass. 12 settembre 2006, n. 19500; Cass. 24 agosto 2007, n. 18054); il venir meno del provvedimento amministrativo di finanziamento determina il riemergere delle posizioni di interesse legittimo (Cass., sez. un., 11 gennaio 2007, n. 310).

⁽¹⁹⁾ Si deve, per altro verso, tenere conto del fatto che la fissazione delle ferie dei lavoratori resta, ai sensi dell'art. 2109 c.c., assoggettata al potere unilaterale del datore, che è solamente vincolato a tener conto degli “interessi” dei singoli. In questo senso, il primo strumento di reazione al calo delle vendite, in genere, è rappresentato dal collocamento in ferie dei lavoratori.

⁽²⁰⁾ Si prevede, in sintesi, il riconoscimento dell'indennità ordinaria di disoccupazione (o di quella a requisiti ridotti) sino ad un massimo di 90 giorni per i lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali dipendenti da imprese escluse dalla applicazione della CIGS, subordinatamente ad un intervento integrativo pari almeno alla misura del 20% dell'indennità stessa a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva (lett. *a* e *b*) nonché il riconoscimento della indennità ordinaria di disoccupazione agli apprendisti, licenziati o sospesi, con almeno tre mesi di servizio (sempre per una durata massima di 90 gg. e in presenza di un intervento di cofinanziamento del fondo bilaterale). Si tratta di fondi complessivamente pari ad euro 151,5 milioni, che sono stati ripartiti fra le Regioni italiane con d.m. 19 febbraio 2009, n. 45080 (in *GU*, 13 marzo 2009, n. 60).

⁽²¹⁾ Mentre assai ampia è la letteratura sulla riforma degli ammortizzatori sociali, pochi sono gli AA. che si sono occupati di tale particolare tipo di intervento; fra questi, si vedano soprattutto F. LISO, *Brevi note sull'art. 19 del recente d.l. 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, Working Paper Adapt, 2008, n. 68, e M. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Ammortizzatori sociali: istruzioni per l'uso dopo le misure anticrisi*, in *GLav*, 2009, n. 18, 12 ss. Per un quadro della legislazione di settore si veda M. MISCIONE, *Il campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria*, in F. CARINCI (diretta), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, II ed., tomo III, 11 ss.

una sorta di anticipazione della riforma degli ammortizzatori sociali, già prospettata all'inizio degli anni Novanta e mai realizzata, in quanto attraverso di essa si mira a concedere aiuto anche a quanti non hanno alcun diritto di accesso al trattamento di integrazione salariale (come, per es., i dipendenti delle imprese più piccole, specie artigiane, e gli apprendisti).

In senso non dissimile, la legge n. 244/2007 (articolo 2, commi 521 e 522), nello stanziare i fondi annuali destinati al finanziamento dell'intervento della Cassa, anticipava un ulteriore elemento di riforma, prevedendo un coinvolgimento delle singole Regioni che si trovassero a fronteggiare situazioni di crisi, sia sotto l'aspetto della provvista dei mezzi finanziari necessari a prorogare i trattamenti di integrazione salariale, sia per far luogo ad una gestione territorialmente decentrata delle situazioni di disagio occupazionale, al fine di generare sinergie fra politiche attive del lavoro ed interventi di sostegno al reddito, assecondando così il disegno di riforma in senso federalista della organizzazione del mercato del lavoro, attuato ormai più di dieci anni fa⁽²²⁾.

L'intervento più recente prende dunque ad esempio tale ultimo modello ed in certo modo lo aggiorna, in quanto, mentre originariamente si prevedeva la necessità di stipulare un accordo a livello regionale per la gestione della cassa in deroga cui seguiva un provvedimento governativo di ammissione⁽²³⁾, nell'ultima versione, frutto dell'ennesimo rimaneggiamento dell'articolo 19 della legge n. 2/2009 dettato dall'articolo 7-ter della legge n. 33/2009 di conversione del decreto legge 10 febbraio 2009 n. 5, sono direttamente gli uffici regionali a provvedere alle decisioni circa i soggetti cui concedere gli interventi, seppure sulla scorta di una preventiva intesa fra Stato e Regioni che individua le disponibilità finanziarie e le ripartisce fra gli enti territoriali.

La gestione di tali fondi, peraltro, è avvenuta in modo sinora parziale con profonde differenze sul territorio nazionale, sia a motivo delle continue modifiche legislative (tre, dal novembre 2008 all'aprile 2009) che hanno finito per rallentare l'azione degli enti regionali, sia a motivo delle incertezze circa la legittimità stessa dell'intervento, che viene parzialmente finanziato grazie all'utilizzo di fondi comunitari, destinati, invero, alla formazione professionale. Solo all'esito di un laborioso negoziato che ha coinvolto la stessa Commissione europea, si è potuto alla fine sostenere la legittimità della complessiva operazione, finalizzando il contributo regionale ad azioni combinate di politica attiva e di sostegno al reddito⁽²⁴⁾. In questa prospettiva anche lo stesso accordo governativo che avrebbe dovuto-

⁽²²⁾ Qualche accenno a riguardo si rintraccia nei commenti dedicati alle norme di delega legislativa contenute nella l. n. 247/2007, poi lasciate decadere dal nuovo governo successivamente insediatasi: si vedano M. MISCIONE, *La riforma degli ammortizzatori sociali iniziata e delegata*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il collegato lavoro 2008*, Ipsoa, Milano, 2008, 3 ss.; P. LOI, *Gli ammortizzatori sociali*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 212 ss.; G. GENTILE, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare: commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 2008, 512 ss.

⁽²³⁾ Secondo le iniziali previsioni di legge, i fondi potevano essere utilizzati solo a condizione che fossero definite le linee di intervento locali, in base a specifiche intese stipulate in sede istituzionale territoriale entro il 20 maggio 2009 e recepite in accordi in sede governativa entro il 15 giugno 2009; tale previsione è stata infine eliminata dalla l. n. 33 quando oramai la scadenza del termine era prossima.

⁽²⁴⁾ Si veda a riguardo l'Intesa, sancita in seno alla Conferenza permanente Stato-Regioni in data 8 aprile 2009, sulla scorta dei poteri di coordinamento riconosciuti ai sensi dell'art. 8, comma 6, l. 5 giugno 2003, n. 131.

to precedere i provvedimenti di concessione in deroga sembra ora sostituito in via di fatto, nell'incalzare degli eventi, da accordi bilaterali fra le parti sociali a livello regionale, che attribuiscono alle strutture territoriali delle Regioni il potere di concedere l'ammissione in deroga.

5. Un ulteriore strumento di sostegno all'occupazione in conseguenza di una riduzione dell'orario è costituito, nella sua versione "difensiva", dal contratto (sc. collettivo aziendale) di solidarietà (c.d.s.), che è stato recentemente rifinanziato dal decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 (articolo 1, comma 6 e seguenti, ora convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102) e rinnovato nella sua disciplina amministrativa attraverso un intervento ministeriale dell'estate 2009.

Si tratta di un istituto la cui introduzione nell'ordinamento italiano è avvenuta oltre venti anni fa, sulla scorta delle indicazioni nell'accordo di concertazione del 22 gennaio 1983 (c.d. "protocollo Scotti"), grazie all'ancor vigente articolo 1, decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito nella legge 19 dicembre n. 863/1984⁽²⁵⁾. Si trattò di una innovazione fortemente voluta dalle organizzazioni sindacali, che tuttavia ha conseguito risultati concreti del tutto inferiori alle attese generate⁽²⁶⁾, poiché molto limitati sono stati i casi in cui si è riusciti a stipulare contratti con funzione di "difesa" dell'occupazione⁽²⁷⁾, eccezion fatta per il breve periodo in cui tale tipo di intervento godette di un regime di prestazioni previdenziali più favorevole rispetto a quello accordato all'intervento di cassa integrazione⁽²⁸⁾.

⁽²⁵⁾ A riguardo si vedano M. MAGNANI, *Commento sub artt. 1 e 2 della l. 863/1984*, in M. NAPOLI (a cura di), *Misure urgenti a sostegno ed incremento dei livelli occupazionali*, in *NLCC*, 1985, 819 ss.; E. D'AVOSSA, *I contratti di solidarietà*, in E. D'AVOSSA, P. DUI, P.A. VARESI (a cura di), *Contratti di solidarietà, formazione e part-time*, Ipsoa informatica, Milano, 1985; G. ARRIGO, *I contratti di solidarietà*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro degli anni '80*, Esi, Napoli, 1988; M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, in *QDLRI*, 1995, n. 17, 138 ss; ID., *I contratti di solidarietà*, in F. CARINCI (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., 159 ss.; S. RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, F. Angeli, Milano, 1996, 163 ss.; F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. 223/91*, in *DLRI*, 1997, 28 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Crisi di impresa, cassa integrazione guadagni, contratti di solidarietà*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2000, III ed., 767 ss. (nella IV edizione dell'opera tale trattazione è stata omessa); recentemente si sono registrati alcuni interventi a taglio prevalentemente operativo, a conferma del rinnovato interesse per l'istituto: E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, in *DPL*, 2009, 10, 635 ss.; M. LAI, L. RICCIARDI, *I contratti di solidarietà (disciplina legislativa e spunti di riflessione)*, Working Paper Adapt, 2008, n. 74.

⁽²⁶⁾ Si veda, in particolare, per la ricostruzione del dibattito, M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, 819-820, nonché M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 160.

⁽²⁷⁾ Quasi inesistenti sono stati i casi di applicazione nella versione "offensiva" (vigente art. 2, l. n. 863/1984), diretta all'incremento dell'occupazione, se non per le ipotesi in cui si è realizzato un "passaggio" da padre in figlio del posto di lavoro: a riguardo M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 162. Né migliore fortuna sembrano aver avuto i più recenti tentativi (sino al c.d. "lavoro condiviso" di cui all'art. 1, comma 1160, l. n. 296/2006) diretti ad introdurre il lavoro a tempo parziale come mezzo di accompagnamento "morbido" alla pensione: si vedano a riguardo F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. 223/91*, cit., 28; D. GAROFALO, *Intervento sull'orario di lavoro e incentivi alla riduzione*, in *DPL*, 1997, n. 30, 2090; nonché, più sinteticamente, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 746 ss.

⁽²⁸⁾ A riguardo si vedano F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. 223/91*, cit., 28 ss.; M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 141.; S. RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, cit., 172; per un riepilogo della intera situazione, prima dei più recenti interventi, si veda F. LISO, *Il problema della riforma degli ammortizzatori sociali nell'iniziativa del governo*, in AA.VV., *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, 114 ss.

Il meccanismo del contratto di solidarietà è semplice: per reagire ad una situazione temporanea di crisi, i lavoratori accettano, attraverso un accordo aziendale sottoscritto dai s.m.r., per un dato periodo di ridurre la durata della loro prestazione e il datore, da parte sua, rinuncia a procedere alla risoluzione di alcuni rapporti di lavoro, così venendo a redistribuire su tutti i lavoratori l'attività produttiva residua. Ai lavoratori viene riconosciuto un trattamento di integrazione salariale in misura proporzionale alla retribuzione persa, per una durata non superiore a 24 mesi (per la proroga, si veda *infra* § 6). Viene altresì riconosciuta, in aggiunta agli ordinari versamenti contributivi e a valere sui fondi che finanziavano la "cassa", una contribuzione figurativa, così da poter ottenere contributi pari alla intera retribuzione ⁽²⁹⁾.

Inizialmente l'area per la quale era praticabile il contratto di solidarietà veniva a coincidere esattamente con quella di applicazione della CIGS, di modo che l'interesse dell'imprenditore alla stipula di un accordo doveva confrontarsi con i vantaggi che altrimenti gli sarebbero stati assicurati dalla "cassa" straordinaria o ordinaria. In un tale confronto il contratto di solidarietà risultava perdente per vari motivi: in primo luogo, la norma di legge del 1984 non dava indicazioni chiare circa l'efficacia dell'accordo, lasciando quindi spazio ad eventuali contestazioni che provenissero da sigle sindacali o da singoli lavoratori dissenzienti.

Se per questo profilo la giurisprudenza ha finalmente chiarito che il contratto gode di una speciale efficacia generale ⁽³⁰⁾, sino al più recente intervento regolamentare dell'estate 2009 l'accordo di solidarietà si presentava comunque come uno strumento più rigido della "cassa" poiché esso vincolava l'impresa per tutta la durata della sua vigenza (non meno di dodici mesi), impedendo al datore di procedere al licenziamento dei propri dipendenti o di ritornare all'orario pieno, o anche di ridurre ulteriormente l'orario, se non risolvendo l'accordo prima della sua scadenza e procedendo a nuova stipula ⁽³¹⁾.

Per altro verso, non ci si deve nascondere una sostanziale difficoltà anche da parte delle organizzazioni sindacali, che hanno spesso mostrato una sostanziale preferenza per la CIG, forse a motivo del fatto che per lunghi anni (ed ancor oggi) non vi sono stati precisi limiti temporali circa l'utilizzo di quest'ultima ⁽³²⁾, o for-

⁽²⁹⁾ Un vantaggio inaspettato deriva forse dalle previsioni di cui al comma 5 della disposizione (modificato dall'art. 8, comma 2-*bis*, del d.l. n. 86/1988, convertito nella l. n. 160/1988), in forza del quale: «ai fini della determinazione delle quote di accantonamento relative al trattamento di fine rapporto trovano applicazione le disposizioni di cui al comma terzo dell'art. 1 della legge 29 maggio 1982, n. 297. Le quote di accantonamento relative alla retribuzione persa a seguito della riduzione dell'orario di lavoro sono a carico della cassa integrazione guadagni».

⁽³⁰⁾ Si badi che la giurisprudenza, aveva risolto la questione ritenendo che l'accordo di riduzione dell'orario non vincolasse «i lavoratori dissenzienti, a meno che non sia invocabile il disposto dell'art. 1 legge n. 863 del 1984, che costituisce un'ipotesi eccezionale di efficacia generale del contratto aziendale (giustificata dai vantaggi occupazionali previsti) assistita da precise cautele e condizioni e non estensibile oltre i limiti della fattispecie considerata»: così Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *RGL*, 1991, II, 504 (e in quasi tutte le principali riviste).

⁽³¹⁾ Il punto, sottolineato da E. MASSI, *op. cit.*, 639, trovava conferma in giurisprudenza: Pret. Frosinone 11 maggio 1987, in *OGI*, 1988, 224. Il recente d.m. n. 46448/2009 confermando quanto già previsto dalla precedente regolamentazione stabilisce che quando la deroga comporti una maggiore riduzione di orario, è necessaria la sottoscrizione di un nuovo contratto di solidarietà e la conseguente presentazione di nuova domanda. Maggiore flessibilità, però, è stata introdotta per gli altri profili (v. *infra* nel testo).

⁽³²⁾ Così LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 767.

se anche per la difficoltà di organizzare gli interessi collettivi dei lavoratori così da far loro accettare una rinuncia generalizzata ad una parte del proprio reddito.

A fronte di questa iniziale freddezza, attraverso l'articolo 5 del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148 (convertito nella legge 19 luglio 1993, n. 236), si volle dare nuovo slancio al contratto di solidarietà attraverso una nuova serie di vantaggi diretti a premiare i datori, in modo da rendere il ricorso ai contratti di solidarietà più vantaggioso dello stesso trattamento straordinario di integrazione salariale. Si stabilì altresì l'ampliamento delle categorie di impresa beneficiarie, così da creare due ipotesi aggiuntive di contratti di solidarietà con disciplina in parte diversa (c.d. contratti di tipo "B" e "C"), riconoscendo in questi casi al datore un contributo pari ad un quarto del monte retributivo che sarebbe stato altrimenti dovuto in assenza della riduzione dell'orario (ed un eguale contributo venne parimenti previsto per i lavoratori). Inoltre, si assicurò, quanto al tipo originario, l'aumento della misura del trattamento di integrazione concesso ai lavoratori (elevato al 75%); la possibilità di prevedere riduzioni annuali dell'orario e di incrementare l'orario inizialmente fissato; ed infine una robusta riduzione dell'ammontare della contribuzione previdenziale ed assistenziale dovuta dal datore, secondo una misura maggiorata per le imprese operanti nelle aree depresse.

La disciplina, che nelle originali intenzioni del legislatore doveva trovare applicazione solo fino alla data del 31 dicembre 1995, ebbe un successo superiore alle aspettative creando seri problemi in sede amministrativa quanto alla gestione degli interventi, poiché si prevedeva che le domande fossero ammissibili solo in presenza di sufficienti fondi destinati al finanziamento. La norma è stata successivamente modificata dall'articolo 6, comma 3, della legge n. 608/1996 che ne ha anticipato la scadenza, di modo che essa «non trova applicazione per i contratti stipulati successivamente alla data del 14 giugno 1995»⁽³³⁾. Alcune disposizioni del testo del 1993 sono comunque rimaste in vita, in forza del comma 4 della disposizione ora citata, che ha mantenuto, senza limitazione di tempo, per le sole imprese direttamente destinatarie del trattamento di CIG, le incentivazioni in tema di contribuzione, vincolandone tuttavia la concessione alle effettive disponibilità finanziarie del Fondo dell'occupazione⁽³⁴⁾.

Nel riportare alle origini l'istituto, la legge n. 608/1996 solo in apparenza ha posto termine all'utilizzo dei contratti di solidarietà al di fuori dell'area ad essi originariamente riservata, perché l'efficacia dell'articolo 5, comma 5, del decreto legge n. 148/1993 (apparentemente venuta meno alla data del 31 dicembre 1997, in conseguenza dell'articolo 12 della legge n. 451/1994, come autenticamente interpretata dall'articolo 6, comma 5, della legge n. 608), è rimasta tuttavia sospesa

⁽³³⁾ cfr. ancora F. LISO, *La galassia normativa dopo la l. 223/91*, cit., 22.

⁽³⁴⁾ Il Fondo, originariamente costituito dalla stessa l. n. 236 è ora confluito, giusta le previsioni di cui all'art. 18, comma 1, lett. a, d.l. 185/2008 (convertito nella l. n. 2/2009) nel neo-costituito Fondo sociale per occupazione e formazione, istituito nello stato di previsione del Ministero del lavoro, che raccoglie altresì le risorse comunque destinate al finanziamento degli ammortizzatori sociali concessi in deroga alla normativa vigente e quelle destinate in via ordinaria dal CIPE alla formazione. La disposizione di cui al testo era finalizzata a sancire, secondo quanto sostenuto da F. LISO, *ult. op. cit.*, 26, la validità del contratto indipendentemente dalla effettiva concessione dei benefici erogati dal Fondo; nello stesso senso, in giurisprudenza, si è affermato che: «il datore continua a essere tenuto all'obbligazione originaria (orario pieno), con conseguente diritto dei lavoratori al risarcimento del danno in caso d'inadempimento» (così Cass. 28 novembre 2007, n. 24706, in *GD*, 2008, 4, 77, s.m.).

in conseguenza di una serie ininterrotta di proroghe che hanno consentito la sopravvivenza del contratto di solidarietà di tipo “B” e “C” al di fuori dei confini delineati dall’articolo 1 della legge n. 863/1984 ⁽³⁵⁾.

In conclusione, le ipotesi di contratto di solidarietà “difensivo” sono attualmente tre e si differenziano, innanzi tutto per l’importo dei benefici riconosciuti: la prima (contratto di solidarietà di tipo “A”), rivolta alle imprese che rientrano nel campo di applicazione della CIGS e normata dall’articolo 1 della legge n. 863/1984; la seconda (tipo “B”) regolata dall’articolo 5, comma 5, decreto legge 20 maggio 1993, n. 148 (convertito nella legge 19 luglio 1993, n. 236), che si estende a tutte le imprese che applicano la disciplina in tema di licenziamenti collettivi; la terza (c.d. tipo “C”), prevista dal comma 8 della disposizione prima cit. e rivolta alle imprese artigiane, anche con meno di 15 dipendenti, che possano avere accesso ai finanziamenti degli enti “bilaterali”, istituiti da alcuni contratti collettivi di categoria e/o da accordi territoriali.

Resta confermato, tuttavia, al termine di questa complessa vicenda, come, malgrado i tentativi del legislatore, si sia registrato sino ad ora uno scarso uso dei contratti di solidarietà, che sono stati preferiti al ricorso alla “cassa” soprattutto da quelle imprese (piccole o comunque escluse dal campo di applicazione delle leggi sulla CIG) per le quali non era previsto l’intervento di integrazione salariale ordinaria o straordinaria. È possibile tuttavia che, specialmente per i contratti di tipo “C”, il concorrente sviluppo della “bilateralità” ⁽³⁶⁾, ora rilanciato attraverso il finanziamento degli interventi in deroga (su cui si veda *supra* § 2), finisca per favorire una ripresa nell’utilizzo dei contratti di solidarietà. Ed infatti la norma di cui alla legge n. 2/2009 nel promuovere il sostegno ai casi di sospensione della attività non sembra differenziare fra ipotesi nelle quali la sospensione avvenga, per così dire, “a zero ore” e quelle nelle quali si realizzi un contratto di solidarietà, di modo che gli accordi che si vengano a sottoscrivere, ad es. nelle imprese artigiane, potrebbero essere indifferentemente qualificati in un modo o nell’altro ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Da ultimo attraverso l’art. 1, comma 531, l. 244/2007, nonché, secondo indicazioni ministeriali contenute nella nota n. 8781 del 15 giugno 2009 nell’art. 19, d.l. n. 185/2008, convertito nella l. n. 2/2009: a riguardo si veda M. MARRUCCI, *Contratti di solidarietà: così le istruzioni del Ministero*, in *GLav*, 2009, n. 26.

⁽³⁶⁾ A riguardo, limitando le citazioni solo alle opere più importanti, si vedano A. VALLEBONA, *Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1043 ss.; G. MARTINENGO, *Gli enti bilaterali dopo il d.lgs. 276/2003*, in *LD*, 2006, 2-3, 245 ss.; M. NAPOLI, *Riflessioni sul ruolo degli enti bilaterali nel decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, in *Jus*, 2005, 309 ss. (e, dello stesso A., *Gli enti bilaterali nella prospettiva della riforma del mercato del lavoro*, in *Jus*, 2003); S. LEONARDI, *Gli enti bilaterali tra autonomia e sostegno normativo*, in *DLRI*, 2004, 443 ss.; G. PROIA, *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2004, 49 ss.; si vedano altresì gli scritti di Mariucci, Martinengo, Zilio Grandi, Cester, Del Punta, Scarponi, Torelli e Romagnoli, raccolti nel n. 2 del 2003 di *LD*; adde M.G. GRECO, *Gli enti bilaterali dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *RGL*, 2009, I, 71 ss.; in precedenza, si veda già L. BELLARDI, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva. Il settore edile (1945-1988)*, F. Angeli, Milano, 1989; per una particolare applicazione si veda altresì M. CORTI, *L’edificazione del sistema italiano di formazione continua dei lavoratori*, in *RGL*, 2007, I, 163 ss.

⁽³⁷⁾ Tanto che comune è il fondo che finanzia i due interventi: a riguardo, l’art. 1.6 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, ora convertito nella l. 3 agosto 2009, n. 102, prevede un decreto del Ministro del lavoro e dell’economia per stabilire modalità di raccordo fra c.d.s. e ammortizzatori sociali in deroga «come disciplinati ai sensi dell’Accordo tra Stato e regioni del 12 febbraio 2009».

6. A fronte delle scarse e non sempre ordinate previsioni di legge (articolo 1 del decreto legge n. 726/1984, convertito nella legge n. 863/1984, articolo 13, legge n. 223/1991; articolo 5, legge n. 236/1993 e articolo 6, legge n. 608/1996), riesce facile ricostruire la disciplina del contratto di solidarietà grazie alla normativa regolamentare emanata dal Ministero del lavoro, ed in particolare grazie al decreto del 10 luglio 2009, n. 46448⁽³⁸⁾. Tale ultima recentissima disciplina viene a sostituire integralmente il precedente decreto ministeriale 20 agosto 2002, n. 31445, modificandone considerevolmente l'approccio, così da rendere più agevole per le imprese l'ammissione ai trattamenti di integrazione salariale in caso di stipula di un contratto di solidarietà.

Il completamento delle disposizioni di legge attraverso un atto ministeriale non deve, in verità, sorprendere poiché esso mira a regolare, in buona sostanza, le condizioni di accesso ad un finanziamento a carico di fondi pubblici: le previsioni che vengono inserite dalla normativa secondaria ad integrazione delle disposizioni legislative non vengono propriamente a comprimere una posizione soggettiva riconosciuta per legge o per disposizione costituzionale, ma piuttosto a regolare i criteri di attribuzione dei benefici, così rispettando il principio della prevalenza della legge sul regolamento.

In questa prospettiva, resta semmai aperta la questione della sussistenza di un generale potere delle parti sindacali di disporre della durata delle prestazioni individuali dei lavoratori, attraverso un contratto collettivo che rimanga poi privo dei finanziamenti. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a riguardo hanno ritenuto, in via generale, insussistente una efficacia *erga omnes* del contratto aziendale, legittimando quindi il contratto di solidarietà come ipotesi speciale e legislativamente prevista, nella quale l'efficacia nei confronti di tutti i dipendenti dell'impresa discende dal provvedimento amministrativo di concessione della integrazione salariale, del quale l'accordo costituisce presupposto⁽³⁹⁾.

La soluzione ora riferita, seppure elaborata in anni non recenti, sembra ancora convincente, non solo alla luce di quanto si è prima detto in relazione agli interessi superindividuali tutelati dalle politiche di redistribuzione delle occasioni di lavoro, ma anche perché un eventuale accordo collettivo, che disponesse con efficacia limitata ai soli stipulanti una riduzione della prestazione al di fuori dei presupposti di cui alla legge n. 863/1984, dovrebbe comunque confrontarsi con la disciplina del lavoro a tempo parziale, che non ammette, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 61/2000, il licenziamento dei lavoratori che rifiu-

⁽³⁸⁾ Intitolato alla *Semplificazione delle modalità di accesso al trattamento di integrazione salariale in favore dei lavoratori dipendenti di aziende le quali abbiano sottoscritto contratti collettivi aziendali denominati «contratti di solidarietà»*, in *GU*, 3 agosto 2009, n. 178

⁽³⁹⁾ Così M. MAGNANI, *Commento sub artt. 1 e 2*, cit., 825; M. NAPOLI, *Potere sindacale e diritti individuali nella gestione dei processi di riorganizzazione dell'impresa*, in *PD*, 1983, 27; T. TREU, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà*, in *DL*, 1985, I, 25; P. TOSI, *Contratto collettivo e rappresentanza sindacale*, *ivi*, 1985, I, 365 ss. in giurisprudenza si veda la già ricordata Cass. n. 1403/1990, secondo la cui massima «Il contratto collettivo aziendale che abbia stabilito una riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione, ancorché stipulato da un sindacato maggiormente rappresentativo, non è efficace nei confronti dei lavoratori dissenzienti e che non vi abbiano aderito né individualmente, né tramite la rappresentanza sindacale di cui fanno parte». In senso in parte diverso, Cass., sez. un., 15 giugno 1994, n. 5790, in *RIDL*, 1995, II, 218 ha ritenuto, in sede di regolamento di giurisdizione, che l'accordo collettivo costituisca presupposto (una «causa integrabile») per la concessione della integrazione salariale: a riguardo M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 172.

tino di trasformare il proprio rapporto di lavoro da full a part-time. In questo senso, al dissenso del singolo dall'accordo collettivo, che si concretasse in un rifiuto a vedere ridotta la durata della propria prestazione, non sembrerebbe poter corrispondere un provvedimento espulsivo da parte dell'imprenditore, che rimarrebbe dunque obbligato nei confronti del dissenziente alla durata originariamente pattuita⁽⁴⁰⁾.

Il numero delle imprese che possono avere accesso ai contratti di solidarietà di questo tipo coincide con quello delle imprese ammesse alla CIGS essendo peraltro possibile la stipula anche nelle aziende appaltatrici di servizi di mense e di servizi di pulizia, che abbiano occupato mediamente più di quindici lavoratori nel semestre precedente la data di presentazione dell'istanza del trattamento di integrazione salariale. Anche le imprese editrici di giornali quotidiani e agenzie di stampa a diffusione nazionale, nonché editrici e/o stampatrici di giornali periodici, possono stipulare contratti di solidarietà senza che rilevi il numero dei dipendenti. Sono però escluse dall'applicazione del contratto di solidarietà le imprese che abbiano presentato istanza per essere ammesse ad una delle procedure concorsuali di cui all'articolo 3 della legge n. 223/1991, ovvero siano state assoggettate ad una delle suddette procedure. Infine, in conformità alle disposizioni relative alla CIG, il contratto di solidarietà non si applica nei casi di fine lavoro e fine fase lavorativa nei cantieri edili né per rapporti di lavoro a tempo determinato, instaurati al fine di soddisfare le esigenze di attività produttive soggette a fenomeni di natura stagionale.

Quanto ai soggetti che possono beneficiare dell'intervento di integrazione salariale, la normativa secondaria precisa che, conformemente a quanto previsto per la CIGS, non possono accedere al contratto di solidarietà i dirigenti, gli apprendisti e i lavoratori a domicilio. Secondo la normativa regolamentare (articolo 3, decreto n. 46448/2009, e già articolo 3, decreto n. 31445/2002) in caso di rapporto di lavoro a part-time è ammissibile una ulteriore riduzione di orario attraverso il contratto di solidarietà, «qualora sia dimostrato il carattere strutturale del part-time nella preesistente organizzazione del lavoro»: in verità la disciplina di cui all'articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 61/2000, impone comunque nel contratto individuale l'indicazione del momento di inizio e di fine della prestazione, di modo che non sembra che possa sussistere incertezza circa la durata standard della prestazione dei *part-timers*.

Semmai si tratta di valutare se, e in che misura, a fronte di prestazioni supplementari o straordinarie eseguite in via sistematica, sia possibile sottoscrivere un contratto di solidarietà nel quale i lavoratori rinunzino al solo prolungamento della prestazione, ottenendo una integrazione salariale a fronte di tale riduzione.

La profonda modifica registratasi nell'ordinamento quanto alla disciplina della durata della prestazione lavorativa sembrerebbe consigliare qui una lettura in senso evolutivo: ed infatti, se è pur vero che l'orario normale di lavoro viene fis-

⁽⁴⁰⁾ In questo senso, seppure con riferimento alla disciplina previgente e con motivazione non del tutto chiara, si veda Cass. 6 luglio 2005, n. 14215, in *RIDL*, 2006, II, 412, con nota critica di L. VALENTE. Piuttosto si deve segnalare come il decreto ora citato può forse tornare utile al fine di individuare quali siano i soggetti cui spetta, ai sensi dell'art. 1, l. n. 836/1984, la stipula del contratto di solidarietà, là dove legittima anche le sole r.s.a. (o la r.s.u.) alla stipula di un accordo che disciplini "condizioni e modalità" della riduzione di orario.

sato in 40 ore settimanali (articolo 3, comma 1, decreto legislativo n. 66/2003), il venir meno delle disposizioni di cui agli abrogati articoli 5 e 5-bis del regio decreto legge n. 692/1923 in tema di orario straordinario fa sì che spetti ai contratti collettivi di regolamentare le modalità di esecuzione del lavoro straordinario (articolo 5, comma 2, decreto legislativo n. 66/2003). In questo caso non parrebbe illogico ipotizzare la legittimità di contratti di solidarietà che incidano solo sul lavoro straordinario nei settori per i quali la fonte collettiva imponga un prolungamento obbligatorio mensile o annuale; sennonché una tale interpretazione deve tener conto della soglia massima di 40 ore prevista per l'intervento di integrazione salariale a carico della cassa dall'articolo 2, legge n. 164/1975, che pare doversi applicare in via analogica ai contratti di solidarietà. A motivo di siffatto limite, dunque, non sembra possibile limitare l'intervento di integrazione solo alla riduzione delle ore aggiuntive rispetto alle soglie ordinarie, seppur previste in via obbligatoria dal contratto individuale o collettivo.

La riduzione dell'orario di lavoro, realizzata attraverso il contratto di solidarietà, è stabilita nelle forme di riduzione dell'orario giornaliero, settimanale o mensile. In precedenza si prevedeva anche una forma di contratto di solidarietà con riduzione annuale: si trattava però di una facoltà che finiva per duplicare l'ipotesi della CIG "a zero ore", di modo che opportunamente il legislatore del decreto legge n. 510 (convertito nella legge n. 608/1996) ha eliminato tale possibilità all'articolo 6, comma 2.

Ci si può chiedere se, una volta stipulato il contratto di solidarietà, l'orario possa essere incrementato, a fronte, ad es., di una anticipata ripresa produttiva.

A riguardo, l'articolo 5, comma 10, della legge n. 236/1993 prevede che, per soddisfare temporanee esigenze di maggior lavoro, le parti collettive possano modificare in aumento l'orario «nei limiti del normale orario contrattuale». Il decreto n. 46448/2009, confermando una previsione già contenuta nella precedente normativa regolamentare del 20 agosto 2002 prima citata, ammette una minore riduzione dell'orario rispetto a quanto previsto inizialmente ove tale possibilità sia prevista dal contratto di solidarietà stesso, imponendo altresì che, quando vi sia un incremento orario, l'azienda comunichi l'avvenuta variazione al competente ufficio del Ministero del lavoro.

Peraltro l'articolo 4, comma 5 del decreto n. 46448/2009, modificando quanto previsto dal precedente regolamento del 2002, va oltre, ammettendo anche prestazioni di lavoro straordinario quando l'impresa dia prova «di sopravvenute straordinarie esigenze collegate all'attività produttiva». Si tratta, a ben vedere, di una liberalizzazione pressoché completa, poiché riesce difficile pensare che una impresa possa far ricorso (ovviamente a titolo oneroso) a prestazioni straordinarie, al di fuori dei presupposti di cui alla formula ora riferita. Il richiamo a situazioni oggettive, in questi casi, appare del tutto inidoneo a limitare seriamente le manifestazioni del potere del datore di lavoro, posto che è lo stesso costo della prestazione richiesta al lavoratore a dissuadere l'impresa dal costruire *a posteriori* giustificazioni fittizie.

La durata massima del contratto di solidarietà è fissata, sin dalla legge n. 863/1984, in 24 mesi; un nuovo contratto di solidarietà può essere stipulato, per le medesime unità aziendali coinvolte dal contratto precedente, decorsi dodici mesi dalla scadenza del primo.

Si riteneva che restasse valido anche per i contratti di solidarietà il limite di cui all'articolo 1, comma 9, della legge n. 223/1991, in forza del quale «per ciascuna unità produttiva i trattamenti straordinari di integrazione salariale non possono avere una durata complessiva superiore a trentasei mesi nell'arco di un quinquennio, indipendentemente dalle cause per le quali sono stati concessi». La normativa regolamentare dell'agosto 2002 prevedeva altresì che tale limite potesse essere superato nelle singole unità produttive, qualora il ricorso al contratto di solidarietà avesse la finalità di strumento alternativo alla procedura per la dichiarazione di mobilità di cui alla legge n. 223/1991 e il rinnovo del contratto fosse finalizzato al mantenimento in azienda di almeno il 50% delle eccedenze dichiarate. Il regolamento anzidetto prevedeva poi una durata minima di dodici mesi (articolo 4, comma 4), introducendo un elemento di rigidità che invero non sembra previsto dalla disposizione di cui all'articolo 1, comma 2, legge n. 863/1984. La sopravvenuta disciplina del 2009 giunge, invece, a conclusioni del tutto diverse quanto alla durata massima del contratto di solidarietà: richiamato infatti il disposto di cui all'articolo 7 del decreto legge n. 536/1987 (convertito nella legge n. 48 del 1988), l'articolo 6 del decreto n. 46448/2009 stabilisce che il contratto di solidarietà può essere prorogato, oltre gli iniziali 24 mesi, per una ulteriore durata di 24 mesi, che diventano 36 per le imprese del Mezzogiorno (!). Il riferimento a tale antica disposizione, che poteva senz'altro ritenersi superata alla luce del sopraggiungere dei limiti quinquennali di cui alla legge n. 223/1991, consente ora ai contratti di solidarietà di rivaleggiare, quanto a convenienza, con il ricorso alla CIG, specie ove si tenga conto della contestuale abrogazione del divieto di lavoro straordinario e dell'incremento percentuale del trattamento riconosciuto ai lavoratori. Per altro verso ancora, si deve segnalare come il decreto del 2009 faccia venir meno anche il limite di durata minima annuale.

La precedente regolazione ministeriale si soffermava lungamente sulle "causali" che possono dar luogo al contratto di solidarietà, così integrando le previsioni legislative, che si limitano (utilizzando il linguaggio della contrattazione collettiva ben prima che fosse promulgata la legge n. 223/1991) a richiedere solamente che il contratto sia stipulato per evitare riduzioni di personale o dichiarazioni di esuberanza. L'articolo 4 del decreto del 2002, richiedeva infatti che l'esubero di personale che determinava il contratto di solidarietà, dovesse essere quantificato e motivato nel contratto stesso. Le cause del manifestarsi dell'eccedenza erano individuate tenendo conto degli indicatori economico finanziari, complessivamente considerati e riguardanti il biennio precedente (risultato di impresa, fatturato, risultato operativo indebitamento), dai quali doveva emergere un andamento a carattere negativo ovvero involutivo.

Si prevedeva altresì che il contratto di solidarietà fosse considerato idoneo a perseguire il suo scopo solo quando la percentuale di riduzione di orario concordata tra le parti fosse stata tale che il totale del numero delle ore, non lavorate dalla complessiva platea degli interessati al contratto stesso, risultasse superiore nella misura del 30%, ovvero inferiore nella stessa misura percentuale, al numero delle ore che sarebbero state effettuate dai lavoratori dichiarati in esubero. Nello stesso senso il successivo decreto ministeriale 16 settembre 2003, aveva a riguardo precisato che, in via generale, non era ammessa la possibilità di stipulare accordi di solidarietà «laddove venga previsto che il numero dei lavoratori interessati alla

riduzione oraria risulti essere uguale o inferiore al numero dei lavoratori ritenuti esuberanti». Lo stesso regolamento del 2002 aggiungeva poi che: «in linea di principio, al fine di mantenere una reale tenuta produttiva dell'azienda, non possono essere ritenuti idonei i contratti di solidarietà che prevedano una riduzione oraria superiore al 50% qualora tale riduzione interessi più della metà dell'organico».

Si trattava di una disciplina non poco complessa, anche dopo l'intervento del decreto del Presidente della Repubblica n. 218/2000, che, emanato in attuazione della delega di cui all'allegato 1, numeri 90 e 91, della legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. "Bassanini-bis"), aveva operato una semplificazione nella procedura di concessione, eliminando il ruolo della istanza amministrativa regionale e concentrando la decisione al livello ministeriale.

La più recente disciplina elimina i vincoli precedenti proponendosi, come si legge nelle premesse del decreto n. 46448, di sostituire i parametri «di congruità» precedenti con un indice «di più agevole applicazione, consistente nel rapporto tra ore non lavorate e ore che sarebbero state lavorate dai soggetti coinvolti nel contratto di solidarietà». In questo senso, l'art. 4, comma 3 del decreto del 2009 stabilisce che: «il contratto di solidarietà è considerato idoneo a perseguire il suo scopo quando la percentuale di riduzione di orario concordata tra le parti, parametrata su base settimanale, non superi il 60% dell'orario di lavoro contrattuale dei lavoratori coinvolti nel contratto di solidarietà».

La sostituzione di previsioni così articolate, come quelle più sopra riportate, con una formula matematica deve ritenersi del tutto legittima, in quanto essa presuppone in via di legge la sussistenza di uno stato di crisi, affidando la verifica del beneficio derivante dalla stipula di un accordo di solidarietà, al solo rispetto di un criterio, non illogico, di riduzione percentuale.

Una volta che il contratto di solidarietà sia stato ammesso al finanziamento, ai lavoratori interessati viene riconosciuto un trattamento pari al 60% dell'importo perso a seguito della riduzione di orario a valere sulla contabilità separata della Cassa integrazione guadagni. L'articolo 1, comma 6, decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 (ora convertito nella legge 3 agosto 2009, n. 102), prevede che «in via sperimentale per gli anni 2009 e 2010» l'ammontare del trattamento di integrazione salariale sia aumentato nella misura del 20% del trattamento perso a seguito della riduzione di orario, parificando per questo aspetto "cassa" e "contratti" ⁽⁴¹⁾.

Si noti peraltro che, a differenza che per la CIG, l'articolo 13, comma 1, legge n. 223/1991 stabilisce che non si tiene conto di alcun massimale, di modo che la percentuale riconosciuta al lavoratore viene ad essere calcolata sulla media della retribuzione dei sei mesi precedenti l'ammissione al finanziamento (articolo 1, comma 2, legge n. 863/1984). L'articolo 5 del decreto del 2009 più volte citato, peraltro, prevede un più facile ricorso al pagamento diretto da parte dell'Inps.

⁽⁴¹⁾ Anche in questo caso l'intervento sembra limitato alle disponibilità finanziarie: infatti, la norma ora cit. prevede che tali incrementi siano riconosciuti «nel limite massimo di 40 milioni di euro per l'anno 2009 e di 80 milioni di euro per l'anno 2010», ponendo l'onere finanziario relativo a carico del Fondo sociale per l'occupazione e formazione di cui all'articolo 18, comma 1, lett. a, della l. 28 gennaio 2009, n. 2.

C'è da chiedersi se debbano ridursi anche gli elementi retributivi previsti dai contratti collettivi aziendali o dagli stessi accordi individuali e non direttamente collegati alla durata della prestazione (per es. superminimi): si deve ritenere che la stessa disposizione che prevede il contratto di solidarietà autorizzi implicitamente una riduzione di questi in proporzione all'orario, introducendo così una eccezione ai principi generali del diritto civile, che non ammettono riduzioni unilaterali della prestazione promessa, pur in presenza di una parziale inesecuzione della controprestazione.

All'impresa viene riconosciuta altresì «una riduzione dell'ammontare della contribuzione previdenziale ed assistenziale per i lavoratori interessati alla riduzione pari al 25% (elevata al 30% per le imprese operanti nelle aree depresse), quando la contrazione dell'orario di lavoro sia superiore al 20%. Il beneficio cresce per una riduzione al 35% dei contributi dovuti (ovvero al 40% per le aree depresse) nel caso in cui la riduzione dell'orario di lavoro disposta contrattualmente sia superiore al 30%. Il riconoscimento di tale ultimo vantaggio è tuttavia collegato, a differenza del beneficio attribuito ai lavoratori, alle concrete disponibilità finanziarie presenti nel Fondo per l'occupazione, di modo che, una volta che queste si siano esaurite, il provvedimento amministrativo di ammissione alla integrazione salariale varrà solo a beneficiare i lavoratori, ma non le imprese.

Da parte della dottrina si è correttamente stigmatizzata in passato l'assenza di criteri che consentano una valutazione comparativa fra le diverse domande⁽⁴²⁾, tuttavia né il legislatore né l'autorità amministrativa sembrano aver tenuto conto di tali indicazioni, tanto che anche nella recente evoluzione del sistema degli incentivi alla occupazione non è infrequente l'ipotesi nella quale l'accesso ai trattamenti sia sostanzialmente regolato sulla base della priorità temporale della domanda. Quanto ai contratti di solidarietà, i criteri per la concessione dei benefici sono stati stabiliti con decreto ministeriale 8 febbraio 1996⁽⁴³⁾ che, invero confusamente, sembra dare precedenza agli accordi che dovessero intervenire a livello di gruppo industriale (lettera *a*), richiamando tuttavia anche l'ordine cronologico di inoltro delle domande (lettera *b*).

7. Come si è detto il decreto legge n. 510/1996, convertito nella legge n. 608/1996 ha previsto accanto alla figura del contratto di solidarietà di cui alla legge n. 863 una nuova distinta figura di contratto, destinato alle imprese non rientranti nel campo di applicazione della CIGS che, una volta avviata la procedura di cui all'articolo 24, legge n. 223/1991, per il licenziamento collettivo del personale, accettino di stipulare contratti di solidarietà, «al fine di evitare o ridurre le eccedenze di personale».

Il trattamento che viene riconosciuto per un periodo massimo di due anni consiste in un contributo pari alla metà del monte retributivo perduto a seguito della riduzione di orario, da dividersi in parti uguali tra l'impresa e i lavoratori interessati (cui spetterà quindi una percentuale pari al 25% dei salari non percepiti). La norma stabilisce, dunque, un trattamento di gran lunga inferiore rispetto a quello ordinariamente previsto per le imprese rientranti nel campo di applicazione della

⁽⁴²⁾ M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, 166-167.

⁽⁴³⁾ In *GU*, 20 marzo 1996, n. 67.

CIGS, sebbene preveda le stesse garanzie sul piano pensionistico, riconoscendo in sostanza una contribuzione figurativa per le quote di retribuzione perduta («Ai soli fini pensionistici si terrà conto, per il periodo della riduzione, dell'intera retribuzione di riferimento»). La norma precisa tuttavia che il contributo, riconosciuto a valere sulle disponibilità del Fondo per l'occupazione (ora Fondo sociale per l'occupazione e la formazione), non ha natura di retribuzione ai fini degli istituti contrattuali e di legge.

Il comma 8 dello stesso articolo 5 estende le disposizioni ora richiamate anche alle imprese artigiane non rientranti nel campo di applicazione del trattamento straordinario di integrazione salariale, anche ove occupino meno di sedici dipendenti «a condizione che i lavoratori con orario ridotto da esse dipendenti percepiscano, a carico di fondi bilaterali istituiti da contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, una prestazione di entità non inferiore alla metà della quota del contributo pubblico destinata ai lavoratori».

Attraverso l'intervento dei fondi bilaterali, dunque, la quota di trattamento riconosciuta ai lavoratori viene ad ascendere ad una percentuale del 37,5 % (25% più la metà della stessa percentuale), consentendo quindi ai lavoratori un trattamento più favorevole. Tale disposizione anticipa, come sopra già si è ricordato, una misura successivamente introdotta⁽⁴⁴⁾ ed altresì i più recenti interventi “in deroga”, che intravedono nel cofinanziamento di pubblico e privato la via maestra per l'ampliamento degli interventi di welfare⁽⁴⁵⁾.

In ragione delle recenti modifiche apportate all'articolo 5, comma 5, dall'articolo 19, decreto legge n. 185/2008, convertito nella legge n. 2/2009, il contratto di solidarietà può essere stipulato, oltre che nel corso di una procedura di licenziamento collettivo, anche «al fine di evitare licenziamenti plurimi individuali per giustificato motivo oggettivo». L'introduzione di questo inciso non intende in alcun modo riesumare una vecchia questione circa il campo di applicazione della disciplina sui licenziamenti collettivi, ma più semplicemente mira ad una estensione “a tutto campo” della applicazione della misura, e dunque anche ad imprese con meno di 16 dipendenti⁽⁴⁶⁾, così di fatto creando una prima forma di ammortizzatore universale, seppure cofinanziato.

Tali disposizioni, peraltro, trovano applicazione anche a tutte le imprese alberghiere, nonché alle aziende termali pubbliche e private operanti nelle località turistiche che presentano gravi crisi occupazionali (tali imprese sono individuate sulla scorta di un elenco analitico approvato con provvedimento del Ministero del lavoro).

⁽⁴⁴⁾ Si vedano i commi da 7 a 12 dell'art. 13, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella l. n. 80/2005, ora abrogati dall'art. 19, d.l. n. 185, che disponevano una sorta di indennità a requisiti ridotti per i dipendenti delle imprese artigiane.

⁽⁴⁵⁾ Si deve peraltro ricordare che uno dei criteri, sulla scorta dei quali esercitare la delega legislativa per il riordino degli ammortizzatori sociali, di cui all'art. 1, comma 29, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, consisteva nella «valorizzazione del ruolo degli enti bilaterali, anche al fine dell'individuazione di eventuali prestazioni aggiuntive rispetto a quelle assicurate dal sistema generale» (lett. f).

⁽⁴⁶⁾ Non sembra corretta l'ipotesi che attraverso l'inciso si sia voluto solo semplificare l'iter di concessione della integrazione salariale, consentendo alle imprese, seppur con più di 15 dipendenti, di non aprire la procedura di mobilità di cui all'art. 24, l. n. 223/1991: la nozione di licenziamento collettivo, infatti, è di diretta derivazione comunitaria e non può essere modificata solo con riguardo ad un certo istituto.

La procedura per la concessione dei contratti di solidarietà ora in esame è differente rispetto a quella prima richiamata, poiché si prevede che l'impresa interessata presenti istanza, corredata dell'accordo sindacale, secondo le indicazioni di cui alla circolare n. 20 del 25 maggio 2004 (che altresì regola i controlli amministrativi cui devono essere sottoposte le imprese che abbiano ricevuto il beneficio) e che l'ammissione sia disposta, a livello ministeriale, entro 45 giorni dalla presentazione dell'istanza, con decreto poi trasmesso alla Dpl competente per territorio, nonché alla Direzione centrale prestazioni a sostegno del reddito dell'Inps ed alla sede provinciale dello stesso Istituto territorialmente competente.

8. Al termine della panoramica sin qui tracciata, c'è da chiedersi se sussista qualche differenza rispetto al passato, che possa far prevedere nei mesi a venire un più largo ricorso alla riduzione di orario incentivata. Già si è detto, a riguardo, dello scarso interesse delle parti collettive per i contratti di solidarietà, richiamando, fra i tanti motivi di tanta tiepidezza, le condizioni di miglior favore in generale riconosciute in caso di integrazione salariale straordinaria.

In verità, il confronto con gli altri strumenti di sostegno al reddito non è del tutto completo, poiché nel valutare lo scarso *appeal* dei contratti di solidarietà si dovrebbe anche tener conto del largo ricorso ai pre-pensionamenti, introdotti dalla stessa legge n. 1115/1968 che provvede ad un più ampio intervento di risistemazione della CIG. Si può dire, anzi, che lo stesso sistema previdenziale delineato dalla riforma del 1969 prefigurasse già allora in via stabile il ricorso a forme anticipate di pensionamento come strumento, seppur improprio, di politica anticongiunturale. Infatti, l'introduzione della pensione di anzianità prevista da quel provvedimento (che tanti problemi avrebbe poi provocato sino alle più recenti riforme) era collegata soprattutto alla necessità di reagire alla crisi produttiva della fine degli anni Sessanta, cui si accompagnava l'esigenza di far fronte alla disoccupazione giovanile (peraltro con alto grado di istruzione). La strada dei pre-pensionamenti è stata poi a lungo battuta nelle crisi successive, trasformandosi spesso in una comoda via per rendere esuberante una certa fascia dei lavoratori.

La crisi attuale, tuttavia, non deriva dalle innovazioni tecnologiche, e dunque non riguarda solo la parte della popolazione attiva meno incline a recuperare il *digital divide*; al contrario, essa colpisce trasversalmente tutte le classi di età e i settori, radicandosi profondamente nelle difficoltà del sistema bancario statunitense, cresciuto a dismisura grazie ad una politica di finanziamento dei consumi familiari (prestato senza le dovute garanzie), che ha irradiato i suoi effetti su tutti i settori dell'economia. Del resto, l'attenzione, anche proveniente dalle istituzioni comunitarie, verso l'ammontare complessivo della spesa pensionistica e il progressivo innalzamento dell'età di accesso alla pensione rendono in questo momento poco praticabile la via dell'accesso anticipato alla pensione.

In un quadro di maggiore attenzione al rispetto dei tetti della spesa pubblica, quindi, i contratti di solidarietà potrebbero costituire uno strumento importante di tutela del posto di lavoro, consentendo, grazie alla semplificazione della procedura amministrativa più sopra illustrata, anche il superamento dei limiti massimi consentiti alla "cassa" (a parità, peraltro, di integrazione, grazie all'incremento temporaneo previsto per i contratti di solidarietà).

Il ricorso su vasta scala ai contratti di solidarietà, tuttavia, richiede un genuino spirito di solidarietà aziendale, e dipende in misura non secondaria dalla capacità delle rappresentanze sindacali di organizzare positivamente il consenso dei lavoratori.

Per un altro verso, tuttavia, non si deve dimenticare che il finanziamento dei "contratti" di tipo "B" e "C" avviene attingendo agli stessi fondi stanziati per gli ammortizzatori in deroga, sui quali, in definitiva, vengono a concorrere sia le imprese che hanno normalmente accesso alla CIGS (per le proroghe oltre i limiti altrimenti ammessi dalla normativa), sia quelle da quel settore escluse (per gli interventi, appunto, di diverso tipo).

A riguardo, spetterà dunque alle singole Regioni, sulla base dei poteri loro riconosciuti nella gestione dei fondi, il compito di indirizzare i finanziamenti verso le direzioni che esse riterranno di volta in volta più opportune: la speranza è che si sappia a riguardo dare concretamente corpo, senza duplicazioni o inutili differenziazioni, alla gestione delle politiche del lavoro su base territoriale, così da attuare correttamente la riforma dei servizi all'impiego, in conformità al dettato della legge di riforma costituzionale n. 3/2001.

Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele – Riassunto. *L'A. esamina le politiche di riduzione incentivata dell'orario come strumento di sostegno alla occupazione nei momenti di crisi industriale o finanziaria, soffermandosi in particolare sulla disciplina relativa ai contratti di solidarietà, recentemente modificata, e sui c.d. ammortizzatori sociali in deroga. Rilevando come sino ad oggi il ricorso agli accordi di riduzione sia stato scarso, nonostante i numerosi interventi di riforma fra cui quello recentissimo dell'estate 2009, l'A. si interroga sul possibile futuro sviluppo di tali accordi nella prospettiva di un maggiore controllo sui costi del sistema assistenziale.*

Recent evolutions in temporary unemployment allowance regulation: between stimulating shorter hours and widening the numbers of recipients (Article in Italian) – Summary. *The essay focuses on cutting working hours policies as a mean of protecting employment in case of industrial or financial crisis, particularly analysing the agreement for voluntary temporary reduction and the new forms of partial unemployment allowance. After so many failures, the author underlines that the increasingly strict control on public expenditure could promote collective agreements of such kind in the future.*

Gli ammortizzatori sociali per il lavoro non standard: il nuovo quadro legale

Silvia Spattini

Sommario: 1. Le criticità del sistema degli ammortizzatori sociali e l'emergenza della crisi. – 2. La legislazione anti-crisi ad ampliamento delle tutele. – 2.1. L'estensione degli ammortizzatori in deroga. – 2.2. L'indennità di disoccupazione per sospensione. – 2.3. L'indennità di disoccupazione per apprendisti. – 2.4. *Una tantum* per i lavoratori a progetto – 3. L'ampliamento della copertura delle tutele dalla prospettiva delle tipologie contrattuali dei lavoratori. – 3.1. Situazioni temporanee di riduzione dell'orario di lavoro o sospensione dell'attività lavorativa. – 3.2. Sospensione dal lavoro per crisi strutturale. – 3.3. Licenziamento del lavoratore per eccedenza di personale. – 3.4. Disoccupazione dei lavoratori somministrati. – 4. Sperimentazione di una ipotesi di riforma.

1. Una delle principali criticità del sistema italiano di ammortizzatori sociali ⁽¹⁾ è rappresentata dalla non universalità di alcuni strumenti di sostegno del reddito quali, in particolare, le integrazioni salariali nei confronti di lavoratori sospesi o in riduzione di orario di lavoro nell'ambito della cassa integrazioni guadagni ordinaria o straordinaria.

D'altra parte, questa criticità non è originaria, ma piuttosto sopravvenuta a causa del mutamento del modello di produzione e organizzazione del lavoro, non più incentrato, come al momento dell'introduzione di quelle tutele ⁽²⁾, sul settore industriale e sul lavoro a tempo indeterminato e a tempo pieno. L'economia ha visto ridursi il settore industriale a favore del terziario. L'organizzazione e la gestione del lavoro hanno prodotto nuove forme di lavoro e nuove tipologie contrattuali. Le tutele, per contro, non sono state aggiornate a tali cambiamenti, rimanendo ancorate ai paradigmi delle origini, lasciando inevitabilmente privi di tutele tutti i lavoratori non rientranti, per settore di appartenenza o tipologia contrattuale, in quei modelli ⁽³⁾.

* Ricercatore Fondazione Marco Biagi.

⁽¹⁾ Sull'inefficienza ed inefficienza, così come sulla necessità di un riordino e di una razionalizzazione del sistema degli ammortizzatori sociali, cfr. F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Scritti in Onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, nonché M. TIRABOSCHI, *Il quadro degli ammortizzatori sociali: spunti per un progetto di riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 1105 ss.

⁽²⁾ È infatti del 1945 (decreto luogotenenziale 9 novembre 1945, n. 788) la norma di istituzione della cassa integrazioni guadagni e della relativa interazione salariale.

⁽³⁾ Cfr. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2009, XIII ss.

Con la crisi economica e l'ineludibile ricorso agli strumenti di sostegno al reddito ha ripreso vigore il dibattito circa la necessaria riforma degli ammortizzatori sociali volta a superare le disfunzioni e iniquità dell'attuale sistema e a prevedere strumenti universali e inclusivi.

Alcuni osservatori auspicavano che proprio la situazione eccezionale e l'esigenza di ampliare, in tempi brevi, la copertura degli ammortizzatori sociali nell'interesse generale avrebbero favorito la creazione del necessario consenso per la riforma. D'altra parte, proprio l'urgenza di una risposta tempestiva alla crisi sconsigliavano di procedere nella direzione di una riforma organica della materia, che avrebbe richiesto, anche in un clima di consenso e condivisione, tempi troppo lunghi. L'Esecutivo ha infatti compiuto la scelta di intervenire sul sistema nella direzione di valorizzare gli strumenti esistenti e di ampliare il loro campo di applicazione e la loro funzione con l'obiettivo di estendere la copertura delle tutele nei confronti di tutte le categorie di lavoratori, in particolare dei c.d. lavoratori non standard ⁽⁴⁾ normalmente esclusi dagli ammortizzatori sociali a regime.

2. Informata a questo obiettivo prioritario, la legislazione anti-crisi ⁽⁵⁾ ha, da un lato, agito mediante l'estensione degli ammortizzatori in deroga ⁽⁶⁾, così da garantire a tutti i lavoratori tutele effettive senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di datore di lavoro o contratto di lavoro. Occorre, tuttavia, sottolineare, come tale strumento non sia automatico, ma soggetto alle limitazioni delle risorse finanziarie destinate annualmente allo scopo e alle procedure di autorizzazione.

Dall'altro lato, è stata estesa la funzione di una misura esistente, quale l'indennità di disoccupazione, a tutela della disoccupazione parziale, utilizzandola quindi come trattamento di integrazione del reddito in caso di sospensione del rapporto di lavoro, analogamente alla cassa integrazione guadagni ⁽⁷⁾. Anche l'accesso a questa tipologia di sostegno al reddito non è immediata, infatti il meccanismo si basa sul cofinanziamento del sistema della bilateralità, per cui l'accesso al trattamento è subordinato alla prestazione aggiuntiva a carico di un ente bilaterale, nonché alle risorse pubbliche e private (degli enti bilaterali, appunto) destinate al finanziamento della specifica misura.

2.1. Nell'ottica di realizzare di fatto una copertura universale dei trattamenti di sostegno del reddito, innanzitutto, il comma 8 dell'articolo 19 del decreto legge

⁽⁴⁾ Si considera lavoratori non standard coloro che sono impiegati sulla base di tipologie contratti diverse dal contratto subordinato a tempo indeterminato.

⁽⁵⁾ D.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, in l. 28 gennaio 2009, n. 2; d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, in l. 9 aprile 2009, n. 33; d.l. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, in l. 3 agosto 2009, n. 102; da ultimo la Legge Finanziaria 2010. Per un commento dettagliato di ogni misura, cfr. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, cit., mentre per la documentazione di supporto, si vedano M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, Bollettino speciale Adapt, 30 settembre 2009, n. 10, in www.adapt.it, e, con particolare riferimento agli accordi regionali in materia di ammortizzatori sociali, A.L. MELILLO, G. PALMERINI, *Accordi tra Regioni e parti sociali. Schede di sintesi*, in A.L. MELILLO (a cura di), *Ammortizzatori in tempo di crisi*, Dossier Adapt, 28 ottobre 2009, n. 19.

⁽⁶⁾ Art. 19, comma 8, d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Cfr. *infra*, § 2.1.

⁽⁷⁾ Art. 19, comma 1, d.l. 29 novembre 2008, n. 185. Cfr. *infra*, § 2.2.

29 novembre 2008, n. 185, stabilisce l'ampliamento del campo di applicazione degli ammortizzatori sociali in deroga, indicando come destinatari tutte le tipologie di lavoratori subordinati e specificando, a titolo esemplificativo, la applicazione nei confronti di apprendisti e lavoratori in somministrazione. Inoltre, rilevante è l'impostazione per cui la deroga non opera soltanto con riferimento a tutte le forme di lavoro subordinato, ma anche per tutti i datori di lavoro, rientrandovi perciò anche datori non imprenditori, come per esempio gli studi professionali.

Altrettanto rilevante, nel tentativo di costruzione di un meccanismo inclusivo, la modifica dell'articolo 2, comma 36 della legge 22 dicembre 2008, n. 203 (Legge Finanziaria 2009) ad opera dell'articolo 7-ter, comma 4, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con modificazioni dalla legge 9 aprile 2009, n. 33), nella direzione di prevedere la concessione in deroga, accanto alla mobilità e alla disoccupazione speciale, non soltanto, come in passato, della cassa integrazione guadagni straordinaria, ma anche della cassa integrazione ordinaria.

Con riferimento alla loro durata, è prevista a norma della Finanziaria 2009 una prima concessione nel limite dei 12 mesi, prorogabili per ulteriori 12 (ai sensi dell'articolo 19, comma 9, del decreto legge n. 185/2008).

In caso di sospensione dell'attività produttiva da parte del datore di lavoro in difficoltà, l'ammissione a trattamenti di cassa integrazione guadagni in deroga è subordinata all'esaurimento, per i lavoratori che ne abbiamo diritto, alla indennità di disoccupazione per sospensione, come disciplinata dall'articolo 19, comma 1, lettere *a*, *b* e *c* del decreto legge n. 185/2008. Non dovesse sussistere l'intervento integrativo dell'ente bilaterale, necessario per l'accesso all'indennità, il periodo di godimento del beneficio si considera esaurito e i lavoratori sospesi hanno la possibilità di accedere direttamente ai trattamenti in deroga⁽⁸⁾.

La legislazione anti-crisi è intervenuta, inoltre, sui requisiti di accesso agli ammortizzatori sociali in deroga, con il proposito di renderli omogenei ai criteri di eleggibilità a misure simili di integrazione o sostituzione del reddito. L'articolo 7-ter, comma 6, del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, ha perciò stabilito che possono essere destinatari di cassa integrazione guadagni straordinaria e mobilità in deroga i lavoratori che, rispettivamente, hanno una anzianità di servizio di 90 giorni⁽⁹⁾ e 12 mesi. Nel computo dell'anzianità, tuttavia, vengono calcolati anche eventuali mensilità accreditate dal datore di lavoro alla gestione separata dell'INPS per soggetti dipendenti e interessati dal trattamento che, in precedenza, in qualità di collaboratori, abbiano conseguito per quelle mensilità un reddito di almeno 5.000 euro in regime di monocommittenza.

2.2. Nel realizzare le sue finalità, la normativa anti-crisi ha, inoltre, introdotto istituti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro co-finanziati dagli enti bilaterali, destinati, chiaramente, a lavoratori esclusi da trattamenti di integrazione salariale. Come anticipato, si tratta, in sostanza, dell'estensione della funzione dell'indennità ordinaria di disoccupazione con requisiti normali e con

⁽⁸⁾ Art. 19, comma 1-bis, d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art. 7-ter, comma 9, lett. *b*, d.l. n. 5/2009 e d.i. 19 maggio 2009, art. 6, comma 3.

⁽⁹⁾ Art. 8, comma 3, d.l. n. 86/1988.

requisiti ridotti a tutela della disoccupazione parziale, prevedendone l'erogazione in caso di sospensione dal lavoro per crisi aziendale o occupazionale⁽¹⁰⁾ di lavoratori dipendenti da datori di lavoro esclusi dal campo di applicazione delle casse integrazioni guadagni⁽¹¹⁾. Nel dettaglio, quindi, questo strumento è destinato a lavoratori sospesi da datori di lavoro non destinatarie per settore o dimensione di cassa integrazione guadagni ordinaria, cassa integrazione guadagni straordinaria (tranne imprese artigiane che sospendono causa sospensione o contrazione dell'attività della impresa esercitante influsso gestionale prevalente *ex* articolo 12, comma 1, legge n. 223/1991), cassa integrazione guadagni edilizia e agricoltura.

Tra i requisiti oggettivi per l'accesso alla indennità, insieme all'integrazione nella misura del 20% dell'indennità stessa a carico di un ente bilaterale o di un fondo interprofessionale per la formazione continua, è necessaria la sottoscrizione di un apposito accordo sindacale, analogamente a quanto accade nella fase di consultazione sindacale precedente alla richiesta di cassa integrazione guadagni.

Per quanto concerne i requisiti soggettivi per l'accesso al beneficio, il lavoratore sospeso, dipendente di un datore di lavoro rientrante nel campo di applicazione della misura, deve essere in possesso dei normali requisiti contributivi e assicurativi richiesti per accedere alla indennità di disoccupazione: almeno 2 anni di anzianità assicurativa presso l'Inps e almeno 52 contributi settimanali nel biennio precedente, per l'indennità con requisiti normali, ovvero almeno due anni di anzianità assicurativa all'Inps con almeno un contributo settimanale prima nel biennio precedente la domanda e almeno 78 giornate lavorate nell'anno solare precedente, per l'indennità con requisiti ridotti. A tali criteri, si unisce l'obbligo di rilasciare all'Inps la dichiarazione di immediata disponibilità a un percorso formativo e di riqualificazione professionale, come disciplinata dall'articolo 19, comma 10, del decreto legge n. 185/2008⁽¹²⁾.

Il beneficio può essere goduto per una durata massima di 90 giornate nell'arco dell'anno, per un importo che corrisponde all'importo della normale indennità (rispettivamente per l'indennità a requisiti normali o ridotti, 60% o 35% della retribuzione), aumentata del 20% a carico dell'ente bilaterale.

⁽¹⁰⁾ Secondo la definizione dell'art. 3, d.l. 19 maggio 2009, si ha crisi aziendale o occupazionale in caso di: eventi transitori e temporanei dovuti a situazioni di mercato o eventi naturali che comportino mancanza di lavoro, di commesse o di ordini; crisi di mercato, comprovata dall'andamento negativo ovvero involutivo degli indicatori economico finanziari aziendali complessivamente considerati; mancanza di lavoro, di commesse o di ordini; mancanza di materie prime non dipendente da inadempienze contrattuali della azienda o da inerzia del datore di lavoro; sospensioni o contrazioni della attività lavorativa in funzione di scelte economiche, produttive o organizzative dell'impresa che esercita l'influsso gestionale prevalente; eventi improvvisi e imprevedibili quali incendio, calamità naturali, condizioni meteorologiche incerte; ritardati pagamenti oltre 150 giorni in caso di appalti o forniture verso la Pubblica Amministrazione.

⁽¹¹⁾ Art. 19, comma 1, lett. *a* e *b*, d.l. n. 185/2008.

⁽¹²⁾ Per un approfondimento sulla funzione della dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale, nonché la sua differenziazione dalla dichiarazione di immediata disponibilità *ex* art. 2, d.lgs. n. 181/2000, si veda M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, cit., 141-143.

Con l'obiettivo di equiparare tale misura alle integrazioni salariali in deroga, per gli anni 2009-2010, è stata stabilita una ulteriore integrazione a carico dell'Inps a concorrenza dell'80% della retribuzione ⁽¹³⁾.

2.3. Anche per gli apprendisti, esclusi dalle integrazioni salariali nell'ambito delle casse integrazioni guadagni e dalla indennità di mobilità, è stato previsto dall'articolo 19, comma 1, lettera *c*, del decreto legge n. 185/2008, in via sperimentale, per gli anni 2009-2011, l'utilizzo dell'indennità di disoccupazione come strumento di tutela contro il rischio della disoccupazione totale e parziale. Essa è infatti applicabile non soltanto in caso di sospensione dal lavoro per crisi aziendale o occupazionale (come per le misure descritte nei paragrafi precedenti), ma anche in caso di licenziamento da qualsiasi datore di lavoro, a condizione che l'apprendista possa vantare almeno 3 mesi di servizio in azienda e sottoscriva la dichiarazione di immediata disponibilità (*ex* comma 10, articolo 19, decreto legge n. 185/2008) a un percorso formativo e di riqualificazione professionale, nel caso di sospensione dal lavoro, ovvero di disponibilità ad accettare una offerta formativa o una congrua offerta di lavoro, in caso di licenziamento.

Questi requisiti si uniscono quindi agli stessi requisiti richiesti per le altre tipologie di indennità di disoccupazione per sospensione ovvero l'integrazione nella misura del 20% dell'indennità di disoccupazione a carico di un ente bilaterale o di un fondo interprofessionale per la formazione continua e la sottoscrizione di un apposito accordo sindacale.

L'indennità spettante, usufruita per le giornate di sospensione nel limite di 90 nell'arco dell'intero periodo di apprendistato, è corrispondente all'indennità di disoccupazione con requisiti normali (60% della retribuzione di riferimento), maggiorata dell'integrazione a carico dell'ente bilaterale (20% dell'indennità ovvero il 12% della retribuzione di riferimento). Anche in questo caso, per il biennio 2009-2010 ⁽¹⁴⁾, è previsto, inoltre, che l'importo totale del beneficio sia equivalente ai trattamenti di cui al comma 8 dell'articolo 19 del decreto legge n. 185/2008 ovvero ai trattamenti di cassa integrazione e mobilità. L'ente previdenziale a valere sul Fondo per l'occupazione, perciò, integra ulteriormente il beneficio a concorrenza dell'80% della retribuzione.

2.4. L'obiettivo di estendere la copertura delle tutele a tutti i lavoratori potenzialmente toccati dalla crisi ha portato il legislatore a intervenire con l'istituzione di una forma di sostegno al reddito destinata a lavoratori a progetto in monocommittenza, per loro natura tendenzialmente caratterizzati da dipendenza economica nei confronti dei loro committenti unici.

Tuttavia, anche in questa circostanza, è stata ribadita che i collaboratori coordinati e continuativi, anche nella modalità a progetto, sono lavoratori autonomi, escludendo coerentemente l'estensione di misure tipiche del lavoro subordinato, come l'indennità di disoccupazione. Si è preferito, invece, un diverso e mag-

⁽¹³⁾ Art. 19, comma 1-*ter*, d.l. n. 185/2008.

⁽¹⁴⁾ Art. 19, comma 1-*ter*, d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art. 7-*ter*, comma 9, lett. *c*, d.l. n. 5/2009.

giormente adeguato intervento, consistente nella *una tantum* erogata in unica soluzione, disciplinata dall'articolo 19, comma 2, del decreto legge n. 185/2008.

Nell'intento di ampliare ulteriormente la platea di collaboratori potenzialmente destinatari della misura e di aumentarne l'ammontare, la norma citata è stata modificata dalla Legge Finanziaria 2010. L'importo del beneficio è stato innalzato dal 20 al 30% del reddito percepito l'anno precedente, nel limite di 4.000 euro; mentre sono stati ridefiniti i requisiti, che ora richiedono che i collaboratori operino in regime di monocommittenza; abbiano conseguito l'anno precedente un reddito lordo non superiore a 20.000 euro e non inferiore a 5.000 euro; con riguardo all'anno di riferimento sia accreditato, presso la predetta Gestione separata dell'Inps un numero di mensilità non inferiore a uno; risultino senza contratto di lavoro da almeno due mesi; risultino accreditate nell'anno precedente almeno tre mensilità presso la predetta Gestione.

3. La combinazione degli strumenti a sostegno del reddito previgenti e introdotti nell'ordinamento dalla recente legislazione anti-crisi, da quelli a regime (cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e mobilità), a quelli in deroga (cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e mobilità in deroga), incluse le nuove misure di tutela del reddito, basate sull'indennità di disoccupazione e disciplinate dall'articolo 19 del decreto legge n. 185/2008, hanno consentito, nell'emergenza della crisi, di tutelare contro il rischio della perdita del reddito tutte le diverse categorie di lavoratori, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, dall'inquadramento, dal settore di appartenenza del datore di lavoro.

Per comprendere più affondo tale affermazione, pare utile adottare un diverso punto di osservazione degli strumenti di sostegno del reddito ovvero quello della tipologia del contratto di lavoro, unitamente al settore di appartenenza del datore di lavoro. Analizzando quindi nel dettaglio ogni categoria di lavoratore combinata al settore economico del datore di lavoro, è possibile effettivamente verificare la copertura universale dell'insieme degli strumenti a tutela del reddito, anche nei confronti dei lavori non standard.

3.1. Con riferimento a situazioni temporanee di riduzione dell'orario di lavoro o sospensione dell'attività lavorativa per crisi aziendale o occupazionale, è noto che operai, impiegati e quadri, titolari di un contratto di lavoro a tempo indeterminato o determinato, anche part-time; di un contratto di inserimento ovvero anche di un contratto in *job-sharing*, così come i soci e dipendenti di cooperative, che siano impiegati in imprese industriali, in imprese industriali e artigiane del settore edile e lapideo, in società cooperative di produzione e lavoro esercenti attività industriale hanno diritto alle integrazioni salariali nell'ambito della cassa integrazione guadagni ordinaria.

Le stesse categorie di lavoratori, impiegati in imprese appartenenza a settori diversi da quelli precedentemente indicati, quali imprese artigiane non edili, imprese del terziario, credito, assicurazioni, ecc. non possono accedere alla cassa integrazione guadagni ordinaria, perché i relativi datori di lavoro sono esclusi dal campo di applicazione. Hanno invece diritto, ricorrendone i requisiti, all'indennità di di-

soccupazione per sospensione dal lavoro ⁽¹⁵⁾ oppure alla cassa integrazione guadagni ordinaria in deroga.

Con riferimento a lavoratori non standard, la categoria dei lavoratori a domicilio non rientra tra le categorie a cui è riconosciuta l'integrazione salariale in caso di cassa integrazione guadagni ordinaria. Conseguentemente, sulla base delle novità legislative adottate a seguito della crisi, per questi lavoratori, dipendenti di aziende rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria, è previsto, a norma dell'articolo 19, comma 8, del decreto legge n. 185/2008, il diritto alla cassa integrazione guadagni ordinaria in deroga. Nel caso in cui detti lavoratori siano dipendenti di datori esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria posso accedere all'indennità di disoccupazione per sospensione dal lavoro ⁽¹⁶⁾ e, subordinatamente, alla cassa integrazione guadagni ordinaria in deroga ⁽¹⁷⁾.

Anche i lavoratori assunti con contratto di apprendistato sono esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria, per cui nel loro caso, indipendentemente dal settore di appartenenza del loro datore di lavoro, non possono godere delle relative integrazioni salariali, mentre è riconosciuta loro l'indennità per apprendisti, introdotta dall'articolo 19, comma 1, lettera c, del decreto legge n. 185/2008 ⁽¹⁸⁾ e subordinatamente la cassa integrazione guadagni ordinaria in deroga.

Infine, anche i lavoratori somministrati non possono ottenere trattamenti di integrazione salariale in caso di cassa integrazione guadagni ordinaria dell'impresa utilizzatrice. Tuttavia, indipendente dal settore di attività, possono accedere all'indennità di disoccupazione per sospensione dal lavoro ⁽¹⁹⁾ oppure alla cassa integrazione guadagni ordinaria in deroga.

3.2. In caso di sospensione della attività lavorativa dovuta a crisi aziendale o settoriale, ristrutturazione, riorganizzazione e riconversione o in caso di fallimento, operai, impiegati e quadri, titolari di un contratto di lavoro a tempo indeterminato o determinato, anche part-time; di un contratto di inserimento ovvero anche di un contratto in *job-sharing*, così come i soci e dipendenti di cooperative, con una anzianità di servizio di almeno 90 giornate, possono accedere ai trattamenti di integrazione salariale straordinaria nell'ambito della cassa integrazione guadagni straordinaria, nel caso in cui siano impiegati in una azienda appartenente a una delle tipologie rientranti nel relativo campo di applicazione ovvero imprese industriali (comprese edili) con più di 15 dipendenti, società cooperative di produzione e lavoro esercenti attività industriale con più di 15 dipendenti, imprese commerciale con più di 50 dipendenti, imprese di vigilanza con più di 15 dipendenti, agenzie di viaggio con più di 50 dipendenti, editrici di giornali e agenzie di stampa; oppure ancora in imprese artigiane (comprese edili) con più di 15 dipendenti,

⁽¹⁵⁾ Cfr. *supra*, § 2.2.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *supra*, § 2.2.

⁽¹⁷⁾ Come anche ulteriormente specificato dalla Risposta ad interpellato del Ministero del lavoro n. 52 del 2009.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *supra*, § 2.3.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *supra*, § 2.2.

imprese appaltatrici servizi di mensa con più di 15 dipendenti, impresa di pulizie con più di 15 dipendenti, in caso di crisi dell'appaltante.

Le stesse categorie di lavoratori impiegati, invece, in tipologie di aziende come quelle di cui sopra, ma che non raggiungono i limiti dimensioni indicati oppure impiegati da altri datori di lavoro rimangono escluse dal trattamento di integrazione salariale straordinaria, potendo invece accedere all'indennità di disoccupazione per sospensione dal lavoro oppure, in via subordinata, alla cassa interazione guadagni straordinaria in deroga.

I lavoratori a domicilio, assunti da imprese con diritto alla cassa integrazione guadagni straordinaria, posso accedere in caso di sospensione alla cassa in deroga, mentre se dipendono da altre tipologie di datori di lavoro hanno diritto all'indennità di disoccupazione per sospensione dal lavoro di cui all'articolo 19, comma 1, lettere *a* e *b*, del decreto legge n. 185/2008 oppure, subordinatamente, alla cassa interazione guadagni straordinaria in deroga⁽²⁰⁾.

Per quanto riguarda gli apprendisti, anche in questa ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro, valgono le riflessioni compiute in precedenza. In quanto esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, indipendentemente dal settore di appartenenza del loro datore di lavoro e dalla dimensione dell'impresa, non possono usufruire dei relativi trattamenti di integrazione salariale, mentre è concessa loro l'indennità per apprendisti, introdotta dall'articolo 19, comma 1, lettera *c*, del decreto legge n. 185/2008⁽²¹⁾, e in via subordinata la cassa integrazione guadagni straordinaria in deroga.

Analogamente, le ulteriori categorie di lavoratori non standard, in particolare i lavoratori in somministrazione, che non rientrano nel campo di applicazione dei trattamenti di integrazione salariale straordinaria hanno diritto, in caso di sospensione, all'indennità di disoccupazione per sospensione dal lavoro di cui all'articolo 19, comma 1, lettera *a* e *b*, del decreto legge n. 185/2008⁽²²⁾, oppure alla cassa integrazione guadagni straordinaria in deroga.

3.3. Nel caso di licenziamenti per riduzione del personale o cessazione di attività, nell'ambito delle aziende rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, è possibile ricorrere alla procedura di mobilità per cui a operai, impiegati e quadri, titolari di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche part-time o in *job-sharing*, viene erogata una indennità di mobilità, nel caso in cui possano dimostrare 12 mesi di anzianità di servizio con almeno 6 mesi di lavoro effettivo (compresi ferie, festività malattia, infortunio, maternità).

Le stesse tipologie di lavoratori, ma dipendenti di datori di lavoro non rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria, possono usufruire, in caso di licenziamento, di una indennità di mobilità nell'ambito di una richiesta in deroga dei trattamenti.

Nel caso in cui, invece, i lavoratori con contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche part-time o in *job-sharing*, dipendenti di aziende rientranti nel campo di

⁽²⁰⁾ Cfr. *supra*, § 2.2.

⁽²¹⁾ Cfr. *supra*, § 2.3.

⁽²²⁾ Cfr. *supra*, § 2.2.

applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria non soddisfino i requisiti per l'ottenimento della indennità di mobilità, hanno diritto alla c.d. indennità "di licenziamento" di cui all'articolo 19, comma 10-*bis*, del decreto legge n. 185/2008, una prestazione equivalente all'indennità di mobilità, ma appunto destinata ai lavoratori esclusi da essa.

Altre categorie di lavoratori, quali lavoratori a tempo determinato, con contratto di inserimento, lavoratori a domicilio e lavoratori in somministrazione, indipendentemente dalla tipologia del loro datore di lavoro, ma che vantino 12 mesi di anzianità di servizio con almeno 6 mesi di lavoro effettivo, possono accedere alla richiesta in deroga del trattamento di indennità di mobilità. Al contrario, se non sono in possesso dei requisiti prescritti, possono invece beneficiare indennità "di licenziamento" di cui all'articolo 19, comma 10-*bis*, del decreto legge n. 185/2008.

Infine gli apprendisti, anch'essi esclusi dall'ambito di applicazione della indennità di mobilità, potranno accedere alle indennità per apprendisti, di cui all'articolo 19, comma 1, lettera *c*, del decreto legge n. 185/2008⁽²³⁾, e in subordine, esaurito il diritto, all'indennità di mobilità in deroga.

3.4. Nell'ambito della tutela del reddito in caso di disoccupazione totale, non sono previste esclusioni all'accesso all'indennità di disoccupazione con riferimento alla tipologia di contratto di lavoro subordinato sulla base del quale il lavoratore disoccupato era precedentemente impiegato. Questa circostanza non è tuttavia garanzia del diritto all'indennità di disoccupazione, subordinato a diversi requisiti, in particolare assicurativi. Infatti, accanto alla indennità di disoccupazione a requisiti normali, per la quale sono richiesti almeno 2 anni di anzianità assicurativa presso l'Inps e almeno 52 contributi settimanali nel biennio precedente, esiste anche l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti. Essa, evidentemente, prevede criteri di eleggibilità di più facile assolvimento, consistenti in almeno due anni di anzianità assicurativa all'Inps con almeno un contributo settimanale prima nel biennio precedente la domanda e almeno 78 giornate lavorate nell'anno solare precedente, per l'indennità con requisiti ridotti.

Tuttavia, in particolare i lavoratori in somministrazione possono avere difficoltà a soddisfare anche questi requisiti minimi, in quanto maggiormente soggetti a discontinuità lavorativa. Per questa ragione, l'accordo tra Governo e parti sociali del 13 maggio 2009⁽²⁴⁾, ha previsto un trattamento di sostegno al reddito nel caso di disoccupazione di lavoratori somministrati che non posseggono i requisiti per l'accesso alla indennità ordinaria di disoccupazione normale. Tale trattamento è riconosciuto a lavoratori in somministrazione che abbiano maturato almeno 78 giornate di calendario in somministrazione (anche svolti presso diverse agenzie di somministrazione) a partire dal 1° gennaio 2008 e almeno 45 giornate di calendario di disoccupazione. Ai lavoratori che soddisfano questi requisiti è rico-

⁽²³⁾ Cfr. *supra*, § 2.3.

⁽²⁴⁾ Per un approfondimento sul tema di questa tipologia di trattamento co-finanziato di sostegno del reddito, cfr. G. FALASCA, *Agenzie per il lavoro: decollano gli ammortizzatori sociali "bilaterali"*, in *GLav*, 2009, n. 21, 16 ss., e *Lavoratori somministrati disoccupati: così l'indennità «una tantum»*, in *GLav*, 2009, n. 35, 27-28.

nosciuta una somma di 1.300 euro, finanziata dal Fondo di rotazione e dagli enti bilaterali del settore.

4. Pur non rinunciando all'idea della necessità di un riordino della materia e benché non esista ancora uno strumento universale di tutela del reddito in caso di sospensione o cessazione del rapporto di lavoro per crisi aziendali, a bene vedere, nella congiuntura negativa, ogni lavoratore, sulla base della tipologia contrattuale con la quale è impiegato e del settore di appartenenza del datore di lavoro, può essere destinatario di un trattamento di sostegno al reddito, garantito, oltre che dal sistema a regime, dalle deroghe e dal canale della bilateralità. Certamente, l'effettività dell'impianto è subordinata, come sempre, all'efficienza del sistema e degli operatori che concretamente devono gestire i trattamenti.

Proprio le misure basate sul sistema degli enti bilaterali, compresa la c.d. *una tantum* erogata a favore dei lavoratori somministrati e finanziata congiuntamente dallo Stato e dagli enti bilaterali di settore (Ebitemp, Formatemp e Ebiref), sembrano anticipare e voler sperimentare l'idea di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali esplicitata, successivamente, nel Libro Bianco sul futuro del modello sociale ⁽²⁵⁾, dove si prospetta un nuovo assetto universalistico nell'ambito del quale la tutela e la sicurezza del reddito è basata su due pilastri: uno pubblico e uno privato.

Il pilastro pubblico dovrebbe occuparsi del supporto al reddito in caso di disoccupazione totale, essere, quindi, modellato sulla attuale indennità di disoccupazione, prevedere un trattamento decrescente nel tempo e in particolare essere destinato a tutti i lavori subordinati.

Il pilastro privato si ipotizza basato sugli enti bilaterali, fiscalmente incentivato e caratterizzato anche dall'affidamento della gestione dei fondi alimentati da contribuzioni obbligatorie dei lavoratori e degli imprenditori e oggi dedicati alla cassa integrazione. Questo canale sarebbe quindi competente per l'erogazione di trattamenti di integrazione del reddito in caso di sospensione o riduzione dell'orario e di eventuali prestazioni integrative al sistema pubblico obbligatorio nel caso di cessazione del rapporto di lavoro.

Difficile dire attualmente se sarà possibile creare il consenso sociale necessario per una riforma degli ammortizzatori sociali nella direzione delineata dal Governo, tuttavia, la facoltà offerta agli enti bilaterali e quindi alle parti sociali dalla legislazione anti-crisi di contribuire al sostegno del reddito dei lavoratori sospesi non coperti dalla cassa integrazioni guadagni dovrebbe essere colta come il punto di partenza per progettare e sviluppare il welfare negoziale, indicato da molte parti sociali come loro obiettivo prioritario.

Contemporaneamente, le attuali misure cofinanziate dal sistema della bilateralità rappresentano, in questo momento, una concreta possibilità di estendere le tutele ai lavoratori non standard, esclusi dai trattamenti di sostegno al reddito, nonché una importante sperimentazione del disegno riformatore.

⁽²⁵⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul futuro del modello sociale. La vita buona nella società attiva*, 6 maggio 2009.

Gli ammortizzatori sociali per il lavoro non standard: il nuovo quadro legale – Riassunto.

Una delle principali criticità imputata al sistema italiano di ammortizzatori sociali è rappresentata notoriamente dalla sua iniquità connaturata alla non universalità di alcuni strumenti di sostegno del reddito. Per fronteggiare la congiuntura economica negativa, la legislazione anti-crisi è intervenuta sul sistema degli ammortizzatori nella direzione di valorizzare gli strumenti esistenti e di ampliare il loro campo di applicazione e la loro funzione con l'obiettivo di estendere la copertura delle tutele nei confronti di tutte le categorie di lavoratori, in particolare dei c.d. lavoratori non standard normalmente esclusi dagli ammortizzatori sociali a regime. Dopo avere ricordato brevemente le novità in tema di ammortizzatori, prendendo come punto di riferimento la categoria del lavoratore combinata al settore di attività del datore di lavoro, si procede alla verifica della effettiva copertura delle tutele del reddito attraverso le diverse tipologie di trattamenti (a regime e in deroga).

Safety net measures for non-standard employment: the new legal framework (Article in Italian) – Summary.

The paper states that major criticism against the Italian model of safety net measures involves the lack of a general provision aimed at regulating income support. In this connection, in order to recover from the economic downturn, anti-crisis legislation sets out a number of measures implementing and strengthening existing rules, with the aim of providing more protection to all categories of workers, and non-standard workers more specifically. While recalling major innovations dealing with safety net measures, considering both the category of the worker and the employer's activity, the paper assesses the effectiveness of income support by examining the levels of remuneration (provided on an ordinary or special basis).

Il nuovo apprendistato: bilancio e prospettive

Il monitoraggio dell'apprendistato: risultati e problemi aperti

Pier Antonio Varesi

Sommario: 1. Le finalità della riforma. – 2. I risultati. – 3. I limiti principali. – 4. Verso un modello cooperativo di regolazione dell'apprendistato. – 5. I punti di una possibile intesa.

1. La lettura del Rapporto ci costringe a confrontarci con il disegno complessivo della riforma, sia con le innovazioni un po' grezze ed un po' timide della legge n. 196/1997, sia con quelle più esplicite ed organiche del decreto legislativo n. 276/2003.

Un disegno che il legislatore italiano ha elaborato anche a seguito di sollecitazioni esterne (si pensi al documento dell'Unione europea del 1997 sulla necessità di promuovere la diffusione dell'apprendistato ed alla legge francese del 1994 sull'apprendistato "alto", che ha rappresentato senza dubbio un importante punto di riferimento); esso però è il frutto di elaborazioni autonome e principalmente della volontà di abbandonare lo schema di politica del lavoro giovanile perseguito dal nostro Paese nei 25 anni precedenti, schema basato essenzialmente sulla concessione di sgravi contributivi. Si ricorderà infatti che, a partire dal 1972, vennero abbandonate le attività formative extra-aziendali connesse all'apprendistato e che il contratto di formazione e lavoro, specie nelle versioni adottate a partire dal 1983, risultò, come ha riconosciuto la Corte costituzionale, un istituto a prevalente finalità occupazionale (C. Cost. 25 maggio 1987, n. 191). La novità della riforma è dunque rinvenibile nel tentativo di dotare il Paese di un istituto capace di facilitare la transizione dal sistema formativo all'occupazione, non solo mediante incentivi ma soprattutto coniugando percorsi di formazione con l'attività lavorativa. Si noti che i nuovi provvedimenti sono volti a sostenere la transizione di (quasi) tutti i giovani: da quelli più "deboli" (in obbligo formativo/DDIF), a quelli che necessitano solo di colmare le lacune di un apprendimento esclusivamente teorico, a quelli, infine, che aspirano ad una formazione "alta", pur lavorando.

Ne è emerso un "nuovo apprendistato" ricco di sfaccettature: con un altissimo valore *sul piano sociale* (si pensi al sostegno ai giovani in DDIF), assai interessante *sul piano economico* (mi riferisco alla promozione della competitività delle imprese mediante la presenza di manodopera adeguatamente qualificata), con grandi potenzialità di innovazione anche *sul fronte del sistema formativo* (esso

* *Professore ordinario di diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza.*

offre infatti una preziosa opportunità per ripensare l'offerta formativa – quella della formazione professionale, della scuola e dell'università – in relazione ai fabbisogni espressi dal sistema delle imprese, in quanto obbliga le istituzioni formative e le imprese a dialogare).

2. Il Rapporto, a poco più di dieci anni dall'avvio della riforma ed a poco più di cinque dal decreto legislativo n. 276/2003, illustra che ne è di questo cammino, sollecita alcune riflessioni e stimola ad indicare proposte. Mi soffermerò in primo luogo sugli esiti.

Dalla lettura del rapporto si possono intravedere primi segnali di consolidamento del “nuovo apprendistato” relativi ad almeno tre elementi.

– Lo sviluppo quantitativo dell'istituto.

Il Rapporto di monitoraggio segnala che nel 2008 il numero di giovani che hanno lavorato con questo tipo di contratto è stato di poco superiore alle 640.000 unità, con un incremento, nel decennio 1998-2008, di circa l'87%: nel periodo considerato, infatti, gli apprendisti sono passati da 340.000 a 640.000. Il dato va però valutato con prudenza. Si deve tenere conto, infatti, che nel frattempo, a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia europea del 7 marzo 2002, è venuto meno il contratto di formazione e lavoro (che nel solo anno 1998 favorì l'ingresso nel mercato del lavoro di circa 250.000 giovani). Ne risulta che il volume medio annuo dei giovani sostenuti complessivamente dai contratti di lavoro con finalità formative è rimasto sostanzialmente inalterato nel decennio, assestandosi stabilmente nel tempo attorno alle seicentomila unità. Si noti, inoltre, che questo dato (circa 600.000 giovani all'anno occupati con contratti di lavoro con finalità formative) rivela semmai un lieve affievolimento del peso degli occupati con contratti che abbinano formazione e lavoro sul totale degli occupati alle dipendenze, scesi dal 4% circa al 3,65% in ragione del consistente aumento dell'occupazione dipendente intervenuto nel frattempo (da circa 14.500.000 a circa 17.500.000) ⁽¹⁾. In sintesi: la diffusione raggiunta dal “nuovo apprendistato” va valutata in modo positivo principalmente perché ci ha consentito di colmare la lacuna derivante dalla forzata “eutanasia” del contratto di formazione e lavoro, più che per l'autonoma capacità di espansione.

– Il graduale affermarsi del decreto legislativo n. 276/2003.

Da registrare anche il pur lento affermarsi della disciplina più recente: nel 2008 si ha, per la prima volta, il sorpasso degli apprendisti occupati con contratto disciplinato dal decreto legislativo n. 276/2003 rispetto agli apprendisti con contratto disciplinato dalla legge n. 196/1997. È il segnale che le debolezze del nuovo quadro normativo stanno per essere superate e che l'istituto ricomincia ad essere considerato appetibile dai datori di lavoro anche nella versione offerta dal decreto legislativo n. 276/2003.

– La continuità di attenzione espressa da tutti i soggetti istituzionali e sociali coinvolti.

È bene infine segnalare che le difficoltà di implementazione della riforma non hanno interrotto il faticoso cammino nella definizione della disciplina: la riforma

⁽¹⁾ Cfr. ISTAT, *Indagini trimestrali sulle forze di lavoro*.

dell'apprendistato ha richiesto sino ad ora dieci leggi statali ⁽²⁾, una quindicina di leggi regionali, decine e decine di contratti collettivi, sei sentenze della Corte costituzionale ⁽³⁾. Un'impressionante mobilitazione che, pur non trovando conforto nei risultati, testimonia dell'interesse per il tema, evidentemente considerato meritevole di attenzione. A far da contrappeso a questo elemento positivo vi è l'exasperante lentezza con cui le Regioni, salvo poche eccezioni, hanno disciplinato i profili formativi dell'apprendistato ed il rischio (assai fondato) che alcuni Consigli regionali chiudano nel 2010 il quinquennio di legislatura senza aver approvato la legge relativa.

3. Se l'obiettivo dichiarato della riforma è da rinvenirsi nella valorizzazione delle finalità formative dell'istituto, il principale limite che emerge dal consuntivo in esame è dato dalla gravissima debolezza dell'offerta formativa. Dal Rapporto apprendiamo infatti che, dopo un decennio di tentativi, nel 2007 solo il 20,7% degli apprendisti ha usufruito di un percorso di formazione offerto dalle Regioni.

Non essendo stati approntati sistemi di monitoraggio dell'offerta di formazione realizzata direttamente dalle imprese, non è possibile valutare la consistenza di questo secondo tipo di formazione. Per altro è ragionevole ritenere che alla maggior parte del restante 80% di apprendisti sia stato offerto unicamente l'addestramento mediante affiancamento. Infatti, nel tuttora vitalissimo regime disciplinato dalla legge n. 196/1997, sul datore di lavoro non destinatario dell'offerta formativa pubblica non grava altro onere che quello dell'addestramento "on the job".

Questo quadro, già poco esaltante, necessita inoltre di un'analisi differenziata in relazione ai tre tipi di apprendistato previsti dal decreto legislativo n. 276/2003.

L'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, in mancanza della prescritta intesa sui profili formativi tra Regioni, Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Ministero della istruzione, università e ricerca, non ha avuto fino ad ora concreta attuazione. È da ritenere pertanto che i circa 50.000 giovani apprendisti di minore età (tra i 16 ed i 18 anni) censiti dall'Inps per gli anni 2007 e 2008 siano stati assunti nel rispetto dell'articolo 16 della legge n. 196/1997 e siano tenuti alla frequenza dei percorsi aggiuntivi (consistenti in ulteriori 120 ore annue, per un totale di 240 ore annue) previsti dall'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 12 luglio 2000, n. 257. Purtroppo, va segnalato che, negli anni 2006 e 2007, solo il 20% degli apprendisti minorenni ha

⁽²⁾ Nell'infinita sequenza di provvedimenti legislativi ricordo l'art. 16 della l. 24 giugno 1997, n. 196, l'art. 2, comma 1 del d.l. n. 214/1999 convertito in l. n. 263/1999, l'art. 68, l. n. 144/1999, l'art. 5 del d.P.R. n. 257/2000, gli artt. 47-53 del d.lgs. n. 276/2003, l'art. 13, comma 13-bis del d. l. n. 35/2005 convertito in l. n. 80/2005, l'art. 1, commi 30 e 33 della l. n. 247/2007 ed il recente art. 23 del d.l. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008.

Per quanto riguarda la protezione degli apprendisti in caso di malattia o disoccupazione v., rispettivamente, il comma 773, ultimo periodo, dell'art. 1 della l. n. 296/2006 e l'art. 19 del d.l. n. 185/2008 convertito in l. n. 2/2009 ed in particolare il comma 1 lett. c.

Le agevolazioni contributive concesse ai datori di lavoro che assumono apprendisti sono state ridisciplinate dal comma 773 della l. n. 296/2006.

⁽³⁾ Tra le pronunce delle Corti costituzionali v. in particolare le seguenti sentenze: C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, C. Cost. 13 gennaio 2005, n. 51, C. Cost. 7 dicembre 2006, n. 406, C. Cost. 19 dicembre 2006, n. 425, C. Cost. 2 febbraio 2007, n. 21; C. Cost. 6 febbraio 2007, n. 24.

potuto usufruire dell'offerta formativa da parte delle Regioni e sono state solo sei le Regioni che hanno predisposto percorsi completi di 240 ore annue. L'istituto manifesta dunque evidenti difficoltà ad assicurare formazione anche all'area socialmente più debole, deludendo chi attendeva dall'apprendistato un apporto significativo alla realizzazione del "diritto dovere di istruzione e formazione".

L'apprendistato "alto" è stato al centro di sperimentazioni, in parte promosse autonomamente a livello territoriale (v. Trento) ed in parte sostenute dal Ministero del lavoro. Nel complesso tali esperienze risultano piuttosto limitate sul piano quantitativo (sono stati coinvolti circa mille apprendisti) ⁽⁴⁾ e ben lontane dall'ambizioso modello francese a cui si ispirava l'articolo 50 del decreto legislativo n. 276/2003 (basti pensare che lo Stato francese prevede per il 2010 ben 100.000 giovani in apprendistato "alto"). Inoltre, con un evidente "ridimensionamento" degli obiettivi, siamo passati dall'apprendistato per la laurea all'apprendistato per il master, con tutto quello che ciò significa in termini di rinuncia a strutturare corposi percorsi universitari, alternativi a quelli tradizionali, al fine di aprire l'Università ad una fascia più ampia di popolazione giovanile.

L'apprendistato professionalizzante, quello su cui si è concentrata l'attenzione degli utenti, delle parti sociali e del legislatore regionale, è risultato fortemente penalizzato, oltre che dai citati ritardi delle Regioni ⁽⁵⁾, dall'inestricabile intreccio tra competenze dello Stato (in parte rinviate alla contrattazione collettiva) e competenze delle Regioni. Ne sono derivati sia aspri conflitti (con conseguenti interventi della Corte costituzionale, chiamata più volte a dirimere le controversie riguardanti sia il decreto legislativo n. 276/2003, sia le leggi regionali attuative) ⁽⁶⁾, sia difficoltà nella identificazione del ruolo delle parti sociali.

Anche il più recente intervento (articolo 23 del d.l. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008), volto a definire un nuovo canale di formazione affidato alle parti sociali e parallelo al sistema formativo regionale, pur aggiungendo l'elemento, in sé positivo, della concorrenza tra canali, ha ulteriormente acuito il conflitto tra Stato e Regioni. Ne è prova la questione di legittimità costituzionale sollevata da alcune Regioni in merito alla norma sopra citata. La soluzione "muscolare" non mi sembra quella preferibile e, soprattutto, non mi sembra quella suggerita dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 50 e n. 51 del 2005. Ricordo, infatti, che la disciplina della formazione professionale degli apprendisti, secondo questa pronuncia, va ricondotta all'intreccio di competenze tra materie diverse; ciò determina una "concorrenza di competenze" che non consente la risoluzione dei problemi sollevati "sulla base di rigidi criteri interpretativi". Ne consegue che, «se è vero che la formazione all'interno delle aziende inerisce al rapporto contrattuale, sicché la sua disciplina rientra nella materia ordinamento civile, e che spetta invece alle Regioni ed alle Province autonome disciplinare quella pubblica», non è meno vero che nella disciplina della formazione in apprendistato "né l'una né l'altra appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro e da altri aspetti dell'istituto. Occorre perciò tenere conto di tali interferenze».

⁽⁴⁾ MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, ISFOL, *Apprendistato: un sistema plurale, X Rapporto di monitoraggio apprendistato*, cit., 9.

⁽⁵⁾ Solo nel 2005 le Regioni hanno cominciato ad approvare leggi in materia. Al 31 dicembre 2008 alcune Regioni non avevano ancora completato la disciplina dei profili formativi dell'apprendistato.

⁽⁶⁾ Si veda nota 3.

Nel caso, come quello in esame, in cui l'intervento legislativo dello Stato viene ad incidere su «plurime competenze tra loro inestricabilmente correlate» la soluzione ravvisata dalla Corte è quella di prevedere strumenti idonei a garantire una «leale collaborazione» con le Regioni. La dottrina più avvertita ha colto in queste parole il tentativo della Corte di individuare strumenti di flessibilizzazione del riparto di competenze, aiutando Stato e Regioni (con un'attività quasi di tipo consulenziale) a passare da un modello di regionalismo "duale e conflittuale" ad uno di tipo cooperativo ⁽⁷⁾. Visto che la riforma del Titolo V della Costituzione ha già innescato moltissimi conflitti, l'appello della Corte costituzionale non andrebbe disatteso, accentuando ulteriormente la tendenza in atto.

4. Le difficoltà sopra indicate non sono in grado di oscurare le (potenziali) virtù dell'apprendistato: alle aziende offre il vantaggio di poter coniugare una puntuale formazione dei giovani rispetto alle professionalità richieste con notevoli elementi di flessibilità (recesso libero al termine del rapporto) e di convenienza (consistenti sgravi contributivi e salario di ingresso); al giovane lavoratore può rendere disponibile un percorso (almeno) di qualificazione unito alla retribuzione (pur di ingresso) ed alle relative coperture previdenziali (riguardanti il versante pensionistico, la tutela in caso di malattia ed ora, seppur temporaneamente, anche la protezione in caso di sospensione dal lavoro o di disoccupazione) ⁽⁸⁾.

Vi sono insomma buone ragioni per non rassegnarsi al declino dell'istituto e per tentare di superare l'attuale condizione di stallo.

A questo fine, il primo nodo da affrontare è l'intricata ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni. In proposito è ragionevole ritenere che, a Costituzione invariata, il defatigante conflitto istituzionale possa essere superato solo mediante il raggiungimento di un'intesa tra tutti i soggetti interessati e fatta propria dalla Conferenza Stato-Regioni (in modo da impegnare formalmente tutte le istituzioni coinvolte). Nella definizione dell'intesa dovrebbero essere coinvolte anche le parti sociali, per il ruolo relevantissimo che la contrattazione collettiva ha avuto in passato e dovrebbe avere in futuro e per superare, con il più ampio consenso, le difficoltà insorte nel rapporto con le Regioni. Servirebbe dunque un classico accordo di concertazione, secondo il modello ampiamente sperimentato nei decenni precedenti (si vedano gli accordi dal 1993 in avanti) con un'unica novità: la partecipazione delle Regioni.

5. Riterrei importante fondare l'accordo su tre punti fondamentali:

- la formazione;
- la modulazione degli sgravi contributivi;
- la ripartizione dei costi.

La formazione in apprendistato professionalizzante: andare oltre l'addestramento.

Occorre verificare se è condivisa l'idea che l'apprendistato non è solo un contratto di lavoro (incentivato) ma anche un canale di formazione che rientra a pieno titolo nel nostro sistema formativo (affermazione per altro già presente nella c.d.

⁽⁷⁾ F. CARINCI, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *ADL*, 2006, 1518.

⁽⁸⁾ Cfr. le norme citate alla nota 2.

riforma Moratti). Ciò ha delle conseguenze per tutti i contratti di apprendistato ma assume rilievo specifico nel caso del contratto di apprendistato professionalizzante. Questa impostazione comporta infatti l'inidoneità (nell'assolvimento degli obblighi formativi) del mero addestramento mediante affiancamento ad opera di personale esperto. Ne consegue che la formazione deve essere effettivamente erogata e deve trattarsi di formazione "formale" (nell'accezione europea del termine) e cioè realizzata sulla base di un progetto (che identifica obiettivi formativi, contenuti, tempi di realizzazione, forme di tutorato), con esiti verificabili e certificabili ed erogata da figure professionali competenti.

In proposito è opportuno chiarire che "formazione formale" non corrisponde a formazione "esterna all'azienda" (contrapposta a formazione "interna"), né a formazione erogata necessariamente dalla Pubblica Amministrazione (contrapposta a formazione in capo al datore di lavoro). Può ben essere considerata idonea all'assolvimento dell'obbligo anche la formazione svolta in azienda su iniziativa del datore di lavoro e con oneri a carico dello stesso datore. Ciò che conta è che, qualunque sia il soggetto erogatore o il luogo di svolgimento, si tratti di un processo di "formazione formale", cioè corrispondente ai requisiti sopra indicati, e non il semplice addestramento per affiancamento (che ci riporterebbe indietro nel tempo, a modelli di trasmissione delle competenze addirittura più grezzi di quelli previsti dalla legge del 1955).

È su questa base che può svilupparsi una competizione virtuosa tra la "formazione esclusivamente aziendale" programmata dall'impresa (*ex* articolo 49, comma 5-ter) e quella offerta dalle Regioni (*ex* articolo 49, comma 5).

La modulazione degli sgravi fiscali.

Gli sgravi contributivi connessi al contratto di apprendistato rappresentano il principale incentivo offerto ai datori di lavoro. Per valorizzarne le finalità formative potrebbe essere utile modulare tali incentivi in rapporto al numero di ore di formazione formale svolte e documentate (con la fissazione di uno sgravio minimo e di un tetto massimo di benefici).

I vantaggi economici sarebbero dunque rapportati alla consistenza del percorso formativo, premiando l'impegno formativo dell'impresa.

La ripartizione dei costi.

L'inefficacia dei modelli normativi fino ad ora sperimentati deriva anche dalla sottovalutazione degli aspetti economici ed organizzativi riguardanti l'offerta pubblica di formazione.

Molte sono le ragioni che hanno concorso a determinare questo risultato negativo: certamente i ritardi delle Regioni nel legiferare in materia ed i conflitti istituzionali segnalati in precedenza hanno inciso in misura significativa; tra le cause va però richiamata anche la insufficiente ampiezza dell'offerta formativa predisposta dalla pubblica amministrazione. Occorre invece aiutare le imprese, soprattutto quelle di piccole dimensioni, ad assolvere agli obblighi formativi potenziando l'offerta della Pubblica Amministrazione. Sarà poi il datore di lavoro a scegliere se erogare direttamente la formazione formale (a fronte del riconoscimento della "capacità formativa" dell'azienda) o avvalersi delle opportunità messe a sua disposizione dalla pubblica amministrazione. È necessario dunque potenziare l'offerta formativa delle Regioni e delle Province, incrementando consistentemente le risorse finanziarie a sostegno dei cataloghi di proposte formative.

Un incremento delle risorse statali va dunque previsto; la questione deve però essere affrontata anche pensando ad una equilibrata ripartizione degli oneri tra tutti i soggetti interessati.

Oltre a risorse aggiuntive delle Regioni, possono essere chiamate in causa anche le parti sociali che potrebbero destinare una parte dei contributi confluiti nei Fondi interprofessionali, a sostegno di attività formative per apprendisti. Qualora necessario, si potrebbe pensare anche ad un ritocco del contributo versato dalle imprese a sostegno della formazione professionale (attualmente pari allo 0,30% delle retribuzioni), per far fronte alle nuove esigenze. Ricordo per altro che l'innalzamento di tale contributo è stato a suo tempo previsto dall'accordo di concertazione del 1998 e poi lasciato cadere nel vuoto.

Non va infine sottovalutato che nei Paesi europei in cui la formazione in apprendistato è più corposa (fino ad arrivare a punte tra le 600 e le 800 ore annue) la retribuzione degli apprendisti parte da livelli più bassi di quelli fissati in Italia. Anche gli apprendisti possono dunque concorrere, in misura definita dalla contrattazione collettiva, alla equilibrata ripartizione dei costi.

Se si intendono promuovere percorsi formativi con i caratteri dell'effettività e della consistenza, sarebbe dunque opportuno superare il vincolo, posto dall'articolo 53 del decreto legislativo n. 276/2003, dell'inquadramento dell'apprendista in una posizione «non inferiore, per più di due livelli, alla categoria spettante in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori che svolgano mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è finalizzato il contratto». È una disposizione che si ispira alla vecchia disciplina del contratto di formazione e lavoro e che sembra dare per scontata l'assenza di formazione formale (e così purtroppo è attualmente nella gran parte di casi). Essa non potrebbe più trovare giustificazione in un nuovo contesto di apprendistato rivitalizzato e capace di assicurare ai lavoratori percorsi formativi di qualità e di durata adeguata.

Il monitoraggio dell'apprendistato: risultati e problemi aperti – Riassunto. *L'A. ripercorre i dati principali del X Rapporto Isfol, proponendo un'analisi differenziata in relazione ai tre tipi di apprendistato previsti dal d.lgs. n. 276/2003. Da questo studio emerge un "nuovo apprendistato" di cui l'A. evidenzia il valore sul piano sociale, economico e formativo, sebbene tali potenzialità rimangano per gran parte sulla carta, con forti disomogeneità fra le tre tipologie di apprendistato. Per superare gli ostacoli che hanno portato a tali lacune, l'A. propone un accordo di concertazione che coinvolga la partecipazione delle Regioni e si fondi su tre punti fondamentali: la formazione, la modulazione degli sgravi contributivi e la ripartizione dei costi. L'analisi si conclude con l'esortazione alla corretta applicazione della normativa sull'apprendistato, un istituto da rilanciare come occasione per promuovere percorsi formativi di qualità.*

Monitoring apprenticeship: Outcomes and unresolved issues (Article in Italian) – Summary. *The paper examines major outcomes of the tenth Monitoring Report by Isfol, proposing an analysis of the differences between three apprenticeship programs laid down by Legislative Decree No. 276/2003. The study points out the implementation of a "new apprenticeship", highlighting its value in social, educational, and formative terms, even though, due to the above-mentioned differences, these potentials are not fully implemented at a practical level. The paper also puts forward a concertation agreement involving the Regions, focusing on three main points: education, contribution relief, and the allocation of costs. In conclusion, the paper urges social actors to*

implement apprenticeship regulations properly, with the aim of promoting advanced vocational education and training.

L'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione

Giuseppe Bertagna

Sommario: 1. Premessa. – 2. Minorità dell'apprendistato per il diritto dovere. – 3. Le cause, con implicite proposte di soluzioni. – 3.1. Dal pregiudizio accademistico al paradigma delle separazioni e delle gerarchizzazioni. – 3.2. Il pregiudizio del lavoro senza sapere. – 3.3. Il pregiudizio dell'univocità formativa. – 3.4. La nostalgia della normalizzazione.

1. Del X Rapporto Isfol di monitoraggio sull'istituto dell'apprendistato ⁽¹⁾, lascio stare i commenti sull'apprendistato alto (del resto con numeri, purtroppo, da prefisso telefonico) e su quello professionalizzante (tra i 18 e i 29 anni, che ha avuto un vero boom, continuazione del vecchio apprendistato Treu).

Mi concentro, invece, su quello introdotto per l'espletamento del diritto dovere di istruzione e di formazione (Legge Biagi, n. 30/2003, e Legge Moratti, n. 53/2003) che dovrebbe interessare i minori fino a 18 anni. E diventare, da un lato, un vero e proprio asse formativo concorrenziale agli altri assi ora esistenti di natura "scolastica" (licei, istituti tecnici, istituti professionali); dall'altro, diventare anche metodologicamente paradigmatico per la possibilità di apprendimenti più efficaci e completi di quelli tradizionalmente privilegiati nei percorsi "scolastici" (per esempio, paradigmatico per le modalità di apprendimento da promuovere nei percorsi di istruzione e formazione professionale di cui parla l'articolo 117 della Costituzione, affidati dalla legge n. 53/2003 alla responsabilità delle Regioni).

Partirei, allora, da alcuni dati di fatto sui quali richiamerei successivamente l'attenzione per spiegare «perché sono così come sono» e, nondimeno, «perché e come potrebbero stare molto diversamente» se solo si fosse assunta con determinazione e si fosse riconosciuta come emergenza nazionale una vera, e non semplicemente opportunistica, "cultura riformistica".

2. Quando si scopre che un apprendista su quattro (il 22,4% contro il 10,2% del 2002) ha più di 25 anni.

Quando si scopre che questi apprendisti adulti, per ben oltre la metà (54,6%), non sono riusciti ad andare al di là della licenza media; e quindi significa che sono

* *Professore ordinario di Pedagogia generale e sociale, Università degli Studi di Bergamo, e Direttore della Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro, Adapt – Università degli Studi di Bergamo.*

⁽¹⁾ ISFOL, *Apprendistato: un sistema plurale. X Rapporto di monitoraggio*, Roma, 2009.

apprendisti adulti non perché, nel frattempo, fino a quest'età, abbiano continuato la loro formazione, ma solo perché sono stati espulsi come "indegni" e "inadeguati" dalla scuola attuale dopo i 15 anni.

Quando si scopre, in compenso, che, nell'ultimo decennio, certo per le convenienze del vecchio apprendistato professionalizzante, gli apprendisti, in generale, sono cresciuti dell'87% e rappresentano il 17% degli occupati tra i 15 e i 29 anni, ma, allo stesso tempo, che quelli sotto i 18 anni sono solo il 6,5% del totale (contro il 13,1% del 2002), mentre, in teoria, i giovani potenzialmente interessati all'apprendistato per l'espletamento del diritto dovere di istruzione e formazione potrebbero essere almeno 150 mila (facendo schizzare verso l'alto la striminzita percentuale del 6,5%).

Quando si scopre che l'80% delle imprese che chiedono orafi, esperti di pietre dure, di porcellane artistiche; oltre il 73% di quelle che chiedono doratori; il 70% di quelle che cercano calzolai, il 64% restauratori ⁽²⁾, il 63% corniciai e, a seguire, con percentuali sempre sopra il 50%, le aziende che vorrebbero reclutare falegnami, valigiai, meccanici di automobili, sarti e modellisti, muratori qualificati, carpentieri, idraulici, piastrellisti, imbianchini (o come dicono in Svizzera: pittori), cuochi non solo non trovano "manodopera" sul mercato, ma non riescono a reclutare apprendisti giovani, dai 15 anni avanti.

Quando si scopre, visti questi dati di forte domanda del mercato, che lavorano nell'artigianato solo il 34,1% degli apprendisti totali (dai 15 ai 29 anni) contro il 54,2% per esempio del 1998, per cui risulta confermato che il nostro sistema di orientamento e *placement* pare essere stato programmaticamente impostato, negli ultimi dieci anni, più per esaltare che per diminuire il *mismatch* tra domanda ed offerta reale di lavoro.

Quando si scopre, infine, che il 13,6% degli studenti, in media, è bocciato nei cinque anni della secondaria, ma con una percentuale doppia nei primi due anni; e che una percentuale che supera il 40% è rimandato, con debiti, a settembre, sempre in ciascuno dei due primi anni delle scuole secondarie resi obbligatori dalla Legge Fioroni; e, dunque, si deve concludere che le giovani generazioni sarebbero composte, tra i 14 e i 16-17 anni, per oltre il 70% da incapaci e lazzaroni, o, forse sarebbe meglio dire, da inadatti ai modi con cui la scuola, oggi, pretende di istruire e formare le nuove generazioni.

Quando si scoprono tutte queste cose insieme, insomma, è abbastanza naturale convenire su due verità.

La prima: pochi giovani scelgono l'apprendistato; questo istituto non ha *appeal* né formativo, né di immagine sociale, per loro; in compenso, pochi giovani trovano il loro bingodi di cognitiva compiutezza nella scuola attuale; la maggior parte, spinta da una coazione sociale e familiare a frequentarla anche quando sa-

⁽²⁾ Quanti restauratori, operatori che svolgono attività complementari al restauro o altre attività di conservazione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici si troveranno, in futuro, se queste professioni (decreti n. 86 e n. 87 del 26 maggio 2009) saranno esercitabili soltanto dopo un percorso universitario a ciclo unico di 300 crediti formativi, con un esame finale avente valore di esame di stato e di abilitazione alla professione? E chi farà questo percorso dopo 13 anni delle nostre scuole pre-universitarie attuali, tutte per lo più verbose ed avvocatistiche, siamo sicuri che sarà davvero in grado di restaurare e conservare degnamente qualcosa, senza produrre più danni che vantaggi?

rebbe palesemente inadatta a sollecitarli a qualsiasi apprendimento formale sistematico, matura, invece, soltanto tre gravi svalutazioni:

- a) quella di sé (dimenticando che se uno non stima se stesso almeno pari a quanto stima gli altri danneggia tutti);
- b) quella della scuola (dimenticando che quella scuola che oggi non li stimola affatto all'apprendimento non è l'unica scuola possibile e che sarebbe, invece, bene promuoverla, cambiando in maniera non cosmetica l'attuale);
- c) quella del lavoro (dimenticando che il lavoro non è soltanto fatica, sudore, alienazione, estraniamento, lontananza dall'idea e dall'iperuranio ma è anche, e allo stesso tempo, compiacimento dell'opera, realizzazione ed autenticazione di sé e delle proprie capacità, occasione di coesione relazionale e sociale, rimando necessario a teorie e a modalità tecniche di traduzione delle stesse in stati del mondo e in azioni, incarnazione dell'universale nel particolare, superamento di ogni frattura e ricerca dell'unità del soggetto e dell'oggetto).

Comprensibile, perciò, che, in questo contesto, si sia creata la cosiddetta "generazione di italiani né né": un milione e 900 mila giovani che vivono in casa, ma non lavorano; che vanno a scuola, ma, pur non combinando nulla, si guardano bene dal realizzarsi in un lavoro come weberiana "vocazione"; che sono studenti anche a trent'anni senza diventare mai davvero lavoratori, perché ondeggiano tra un vebleniano "consumo vistoso" delle eredità di famiglia, mestieri precari di sopravvivenza che non richiedono professionalità specialistiche e forti investimenti di personalità in settori sempre altri rispetto al lavoro.

La seconda verità. L'educazione permanente, per un verso, e l'istruzione e la formazione continua e ricorrente degli adulti, per l'altro verso, da noi, non decollano, sono molto in crisi, ci collocano in fondo alle statistiche internazionali, nonostante tutti gli sforzi condotti in quest'ultimo decennio per qualificarle e per irrobustirle. Non decollano, però, proprio perché, l'educazione, l'istruzione e la formazione iniziali, quelle da assicurare a ciascuno entro i 18 anni, le più preziose e strategiche per il futuro personale di ciascuno e sociale di tutti, non offrono le gambe in mentalità, educazione, conoscenze, metodi e pratiche didattiche ad un'educazione permanente e ad un'istruzione/formazione continue e ricorrenti che siano poi ritenute, per sempre, un ordinario dovere e un rivendicato diritto di ciascuno. E lo siano, per ciascuno, non solo in quanto lavoratore occupato che, quando fosse licenziato, dovrebbe rendersi occupabile per questioni di sopravvivenza e di elementare cittadinanza (l'enfaticizzata *employability*), ma in quanto persona umana: in quanto, cioè, non ci sarebbe umanità piena di ciascuno, affermazione migliore di sé, solidarietà ottimale verso gli altri, eticità, intelligenza, creatività personali ecc. senza l'abitudine ad apprendimenti costanti e criticamente autoriflessivi lungo tutto l'arco della vita.

Che sarebbe, poi, come dire: non si può chiedere dopo, quando si è adulti, ciò che non è stato insegnato e promosso bene prima, ovvero quando si è giovani e ci si prepara ad entrare nell'adulthood con l'accompagnamento di un solido tirocinio formativo.

Non occorrono altri dati, dunque, per riconoscere che proprio la condizione dell'apprendistato in diritto dovere è la cartina di tornasole di una patologia pedagogica e culturale prima ancora che sociale ed economica che pesa come un

macigno sulla qualità complessiva presente e futura del sistema di istruzione e di formazione esistente nel nostro Paese.

3. Per un approfondimento documentato del quadro prima schizzato in breve e, in particolare, per un'indagine sulle cause che l'hanno determinato e che continuano a riprodurlo, nonché per un'indicazione argomentata degli interventi che sarebbe possibile e, a mio parere, opportuno introdurre per trasformarlo in uno scenario più positivo e apprezzabile, rimando alla bibliografia finale.

In questa sede, mi limito, invece, ad alcuni appunti e a qualche giudizio, a partire dalla domanda: perché una sottovalutazione così palese e ottusa del possibile ruolo formativo strategico che potrebbe essere assegnato all'apprendistato in diritto dovere?

3.1. Lo si chiama pregiudizio gentiliano. Sarebbe ora, per verità, di confessare che di gentiliano, questo pregiudizio ha molto poco. Gentile, infatti, era troppo intelligente e colto non solo per inventarlo, ma per dividerlo. Troppo da intellettualità epigonale, tipica di menti estenuate che non riescono a nascondere sotto argomenti persuasivi ben più corposi, ancorché spesso inconfessati, interessi personali, di lignaggio, di ceto e di classe, non certo tipica di menti alte e spaziose che, per principio, volano oltre la contingenza. Come la mente di Gentile.

In verità, bisognerebbe chiamarlo con il suo nome: pregiudizio dell'accademismo classicistico moderno, quello costruitosi nel Settecento e poi coltivato nei secoli successivi da tutti gli elitisti di destra e di sinistra (naturalmente anche gentiliani, Gramsci compreso): chi sa non lavora: fa lavorare gli altri; chi studia, non si sporca le mani; chi lavora è solo perché sarebbe un fallito dello studio; la teoria sarebbe incompatibile con la pratica, la scuola con l'impresa, la comunità scientifica con la comunità di pratica, le discipline scientifiche con quelle umanistiche e tutte e due queste con le discipline tecnico-operative, la cultura generale con quella professionale, le competenze di base con quelle specialistiche e così via fratturando in modo antinomico.

Queste non erano certo le idee di un Galileo o di un Leonardo. E nemmeno, a dire il vero, di un Kant. Bisogna prendere atto, tuttavia, che questo paradigma della separazione è diventato, per i più, "opinione comune" e pervasiva "logica istituzionale". Basta leggere i programmi politici dei partiti, i bollettini sindacali, i servizi giornalistici sulla scuola e sul lavoro o i saggi dei cosiddetti "esperti" di politica formativa, insomma ogni diagnosi e proposta avanzata dal *mainstream* della nostra cultura dominante, per accorgersi che, quasi sempre, l'istruzione (scolastica) sarebbe altra cosa dalla formazione (professionale), fino all'incompatibilità; la scuola dall'impresa e dall'extrascuola; l'obbligo di istruzione (chiamato ancora nonostante tutto, pervicacemente, "scolastico") dall'obbligo di formazione (chiamato per separarlo dal precedente "formativo"); la scuola di base obbligatoria da quella secondaria e superiore non obbligatoria; la formazione dei docenti della scuola obbligatoria da quella per i docenti delle scuole non obbligatorie, e via dividendo.

Il paradigma della separazione è naturalmente accompagnato da quello gemello e complementare della gerarchizzazione. Abbiamo così i *frames of Mind* che vogliono lo studio "nobile", il lavoro "ignobile"; la cultura generale umanizzante ed

educativa, quella professionale meccanica ed addestrativa; le competenze di base generali e trasversali separate, più importanti e prestigiose di quelle specialistiche; le discipline obbligatorie dei piani di studio, quelle imposte ai ragazzi, “migliori” e formativamente più “efficaci” di quelle opzionali o facoltative scelte dagli studenti e degli apprendimenti non formali, informali e occasionali; ecc.

Di conseguenza, le scuole sarebbero valevoli in maniera inversamente proporzionale alla intensità e alla quantità di lavoro, di professionalità, di competenze specialistiche, di discipline tecniche, di operatività, di discipline opzionali e facoltative ecc. che contengono.

Non a caso, tuttora, gli “ottimi” della scuola media sono per lo più indirizzati dai docenti e dalle famiglie ai licei, i “distinti e i buoni” agli istituti tecnici, i “sufficienti” agli istituti professionali di stato, i “sufficienti regalati per età a pluribocciati” alla formazione professionale delle Regioni e i “senza titolo” senz’altro all’apprendistato, visto come nient’altro che come meritata caduta nel girone plebeo o purgatoriale del lavoro.

3.2. La dominanza che appare invincibile e insuperabile dei paradigmi della separazione e della gerarchizzazione ha portato ad una considerazione paradossale sul lavoro e, quindi, sull’apprendistato che è, per forza di cose, fondato sull’apprendimento in situazione di un lavoro.

È stato Aristotele a ricordare per primo una cosa che oggi ci appare perfino ovvia: si può insegnare solo ciò che si sa. Se non si hanno in testa concetti, sapere, cioè, è impossibile trasmettere i primi e il secondo.

Ora, se la scuola è il luogo della trasmissione dei concetti e del sapere ben posseduti da qualcuno e se la scuola è luogo alternativo a quello di lavoro significa che il lavoro sarebbe tutto sommato un’esperienza senza concetti e senza sapere. A maggior ragione senza concetti e sapere espliciti, formalizzati, ma, nondimeno, perfino taciti e informali, alla Polany (anche se, a ben vedere, che concetto o sapere potrà mai essere un concetto e un sapere che non “si sanno” riflessivamente e che non riescono progressivamente a giustificarsi, ma restano in sonno?).

Sarebbe interessante una sonda meno affrettata su questi busillis epistemologici. Ma mi accontento di giungere subito alla conclusione: nessun lavoro, di qualsiasi natura, se ritenuto senza concetti e senza sapere perché questi andrebbero cercati e trovati altrove, si potrà mai trasmettere e insegnare.

Sì, è vero, Marx aveva notato (I libro del *Capitale*) che “mestiere” (nell’apprendistato si tratta sempre di confrontarsi con un “mestiere”), fa coppia con “mistero”. E nel fiorentino del XIII secolo era normale riferire che Tizio o Caio esercitavano questo o quell’altro “mistero”. Per distinguersi dalle antiche *guilds*, le corporazioni mercantili inglesi costituite alle soglie dell’età moderna, si erano, del resto, autonominate *mysteries*. E un antichissimo proverbio recita che imparare un “mestiere” significa rubarlo a chi lo esercita, come i ladri di notte, tanto è impossibile insegnarlo alla luce del giorno.

Con queste espressioni, tuttavia, nessuno ha mai voluto affermare il lavoro come regno dell’ineffabile, dove funzionano al massimo i neuroni specchio dell’imitazione (che hanno anche i mammiferi superiori) ma non la corteccia dell’intenzionalità (che nessun animale possiede). Semmai si sottolineava la maggiore complessità della trasmissione di qualsiasi lavoro rispetto alla trasmis-

sione delle declinazioni di latino o di un teorema di matematica. E si richiamava il principio pedagogico per il quale se è difficile insegnare qualsiasi concetto disciplinare e qualsiasi sapere restando soltanto nel cognitivo, perché comunque entrerebbe sempre in campo, da ben considerare, l'emotivo, il relazionale, il motorio, l'espressivo, l'etico, perfino il religioso, sarebbe stato semplicemente impossibile insegnare qualsiasi lavoro senza valorizzare questo continuo rimando all'intero ologrammatico reciprocamente richiamantesi delle capacità personali, da un lato, e dei contenuti sui cui esse si devono esercitare, dall'altro lato. Consapevolezze, invece, oggi, purtroppo, perdute. Anzi, spesso beffardamente irrise e guardate con quel sussiego di compatimento che non temono di esibire quegli intellettuali "scolastici" (o "accademici") saintsimoniani che si collocano sempre al di sopra del cielo e che guardano con benevolenza filantropica dall'alto la feccia di Romolo che si sporca le mani. Basta rileggere, ad esempio, i giudizi sarcastici che i più grandi, sedicenti "intellettuali italiani" hanno riservato al primo documento ministeriale (Indicazioni nazionali per i piani di studio personalizzati del 2004) che conteneva il rimando esplicito alla logica pedagogica dell'ologramma. Da qui la convinzione che tutto quanto serve per l'apprendimento di un lavoro si può e si deve fare a scuola, maneggiando parole, forme, algoritmi, discipline separate, ore separate, tempistiche, ecc. La programmazione scientifica del lavoro (in questo caso pedagogico). Per definizione trasmissibile. L'ingegner Taylor (1911) che, stando nel suo ufficio, segmenta concettualmente le operazioni manuali del lavoro in maniera tale che si possano trasmettere ad altri suoi colleghi ingegneri. Mentre, al contrario, quanto residua da queste operazioni intellettuali formalizzate, il lavoro da svolgere effettivamente, quello che è richiesto agli "operai", non sarebbe più questione "intellettuale", ma, per dirla alla Aristotele, "animale" o "meccano-robotica". Riguarderebbe, insomma, al massimo, l'imitazione, la ripetizione, l'addestramento, il modellamento, la forgiatura, la costrizione, il riflesso stimolo risposta, ma non certo la formazione come *Bildung*, l'educazione come *ex ducere* e come affinamento intellettuale, culturale, estetico e morale, l'istruzione come riflessione critica.

Questa mentalità è diventata talmente pervasiva da essere penetrata, freudiana sindrome di Stoccolma, perfino negli stessi percorsi formativi in apprendistato.

È ormai scontato per tutti, infatti, distinguere in questi percorsi, la parte formativa (di solito esterna all'azienda o comunque al lavoro reale) da quella in azienda (interna, nella produzione reale). Insomma "la scuola" dall'impresa e dal "lavoro". E tendere ad improntare la parte formativa sul modello trasmissivo-scolasticistico, per nobilitarla, lasciando quella specificamente operativa alla condizione espiatoria dell'arendtiano *animal laborans*.

Anche qui, dunque, l'ispirazione intellettuale da una parte e la traspirazione del sudore dall'altra, la parte alta e la parte bassa, la *scholé* come letizia e la comeniana *taberna* come *tristitia*, la mente e la mano, la libertà e la necessità, il finalismo e il meccanicismo.

Del resto, se il lavoro, in sé, in quanto tale, non si può trasmettere con l'insegnamento, ma soltanto avvicinare con la consuetudine e con la ripetizione oppure ingiungere con la forza del potere e della necessità biologica (chi non lavora non mangia) oppure farlo sopportare per scelta etica doloristica (un'altra forma di necessità, non certo di libertà) a che pro pretendere l'impossibile e mira-

re a considerarlo una “scuola” nella quale si possa e si debba crescere come persone in sapere (teoretico), sapienza (etica) e grazia (estetica)?

3.3. Michael Walzer ha teorizzato le sfere di giustizia. Un papà giusto, in famiglia, esercita la giustizia e la riempie di contenuti in maniera molto diversa da un magistrato giusto. Lo stesso vale per un politico, un amministrativo, un giovane, un vecchio, ecc. Eppure sempre di giustizia si tratta. E non salta in mente a nessuno di scandalizzarsi per queste differenziazioni. Lo aveva già fatto ben intendere la Bibbia, con il libro di Giona, portando come al solito il problema al suo confine paradossale (come può dirsi giusto un Dio, si domanda Giona, che perdona i niniviti dopo tutto quello che hanno combinato e tutti i tremendi castighi che aveva comminato a chi non lo avesse ascoltato?). Ingiustizia, anzi, sarebbe non riconoscere e promuovere queste diversità.

Amartya Sen ricorda sempre che la purezza e la compattezza identitaria di ciascuno non esiste. Tutti noi siamo, infatti, allo stesso tempo e negli stessi luoghi, figli, padri, nonni, italiani, europei, romani o bergamaschi, amici, fedeli di una religione, iscritti ad un partito politico, associati ad un gruppo, lavoratori, cittadini, paesani, amanti del mare invece che della montagna e così via. Dove stiamo noi? Non certo in una soltanto di queste qualificazioni. Le assorbiamo tutte, pur non dissipandoci in nessuna di esse.

In fondo, Walzer e Sen e, insieme a loro, tanti altri ripropongono, oggi, nei campi che studiano, l'ermeneutica assicurata dal paradigma metafisico aristotelico dell'analogia.

Nella scuola e nella cosiddetta nostra “cultura dominante”, però, neanche tanto paradossalmente visto quanto abbiamo già detto, questo fondamentale principio sembra non valere. Vige, al contrario, quello opposto dell'univocità. Mai andati via da Parmenide. E se, per caso, fosse stato fatto qualche passo nella direzione di Aristotele (cfr. il punto 4), bisogna al più presto «ritornare al venerando e terribile Parmenide» di cui parla Platone.

Prendiamo, ad esempio, la parola d'ordine attuale del “merito” che unifica destra, centro e sinistra, mass media e studiosi, famiglie e docenti, imprese e sindacati. Merito di qua e merito di là, di su e di giù, in cielo in terra e in ogni luogo. C'è, però, un solo modo di intenderlo. La cornice concettuale che lo accompagna lo dimostra *ad abundantiam*.

“Meritevole”, infatti, è chi prende 10 a scuola (va sui giornali!); e prende 10 a scuola o 30 in università chi interpreta al meglio quel pregiudizio accademistico a cui si faceva prima riferimento, condito da un po' non di “classicità”, ma di “classicismo”, e affogato in quella propensione verbosa, retorica e avvocatessa che ha sempre fatto la fortuna delle (insipienti) classi dirigenti italiane, di solito sopravvissute proprio perché il 90% della popolazione attiva non era come loro. Nell'interpretazione del merito, avrebbe stravinto, in conclusione, il sud, l'intellettualismo da Magna Grecia, ricordano storici equanimi. Non certo il nord di Galileo, Volta, Cattaneo e di quella sfilza di nomi che da Brioschi, passando per Pirelli, Vincenzo Stefano ed Ernesto Breda, Rubattino, Piaggio, Bombini, Florio, Perrone, Forlanini e tantissimi altri noti e molto meno noti, giunge a Natta, e che ha fatto grandi e avanzate il lavoro, la tecnologia e la società del nostro Paese.

Non c'è, in altre parole, da noi, l'idea comune che il merito si debba e si possa declinare in maniera diversa, in luoghi diversi, in culture diverse, in tempi diversi, in competenze diverse, con fini e significati affatto diversi. E che tutte queste diversità siano parimenti meritevoli e, quindi, premiabili. E che demerito sarebbe il non riconoscerle e gerarchizzandole al loro interno.

Stessa cosa, purtroppo, per concetti come "uguaglianza educativa" (scambiata con e imposta come "uniformità" di metodi, di contenuti e di risultati, soprattutto grazie alla cultura astenica del marxismo sessantottino e, soprattutto, grazie ai suoi epigoni dissimulati, tuttora dominanti nei mass media e nelle università); e poi concetti come "eccellenza educativa", "giustizia educativa", "cultura educativa", "dignità educativa" e così via.

In queste condizioni ideologiche, pensare che la "cultura classica" debba essere riconosciuta diversa, ma non necessariamente più meritevole, eccellente, giusta, dignitosa, formativa di quella "tecnico-professionale" o di quella "artistico-manuale"; oppure che "la scuola", come ambiente di apprendimento, debba essere riconosciuta diversa, ma non per questo necessariamente migliore, più efficace, prestigiosa del "lavoro" e dell'"ambiente di lavoro" pare impresa, direbbe Galileo, «non meno impossibile che vana».

Tutti ricorderanno i dibattiti che, nel 1905, furono provocati dalle conclusioni della Commissione Reale istituita dall'allora Ministro della pubblica istruzione on. Bianchi per riformare la scuola italiana. Prevedeva, udite, udite, dopo la scuola elementare quadriennale, appena riformata dalla Legge Orlando (1904), un corso altrettanto quadriennale unico, senza latino, che si fosse sostituito al ginnasio e alle scuole tecniche inferiori previsti dalla Casati, e che desse poi la possibilità di proseguire gli studi nei tre differenti indirizzi: scuola normale, istituto tecnico, liceo, a sua volta articolato in moderno e classico.

In questi dibattiti primo novecenteschi intensi e di elevato profilo, c'erano Gentile, Salvemini, Lombardo Radice, Credaro e tanti altri. Il cuore della questione, tuttavia, Lombardo Radice lo formulò, pochi anni dopo, in questo modo.

Abbiamo dinanzi due strategie per la formazione delle generazioni della nuova Italia, disse. La prima è quella della "popolarizzazione di una cultura". Si trattava di portare al popolo, per filantropia o per diritto democratico, una cultura non sua, la cultura alta, quella con la C maiuscola, comunque quella storicamente patrimonio delle classi dirigenti dal rinascimento in avanti, condensatasi nel modello classico-generalista, poi purtroppo degenerata spesso nell'accademismo a cui si accennava. Quella che era considerata l'unica vera cultura, a cui tutti dovevano guardare con invidia.

La seconda strategia consisteva, invece, nello sforzo di avvalorare programmaticamente sul piano ordinamentale, pedagogico, metodologico e didattico "la popolarità di più culture". Implicava partire dalla convinzione che anche il popolo, non solo la classe dirigente, avesse una sua cultura non solo generale (orizzonti di senso, criteri di giudizio, concezioni sulle cose, il mondo, la vita, la società, un *ethos* comune, ecc.), ma anche specifica (che si esprimeva soprattutto nelle pratiche di lavoro e nei diversi domini professionali, differenziati anche a livello territoriale). La "scuola" sarebbe stata, a questo punto, "popolare" se e solo se fosse stata capace di mettere al centro e all'inizio (anche didattico) dei propri processi di insegnamento/apprendimento la "cultura" e il "lavoro" del popolo, e avesse

considerato se, perché, a quali condizioni e con quali strumenti di analisi critica e di organizzazione concettuale e scientifica l'una e l'altro si sarebbero poi potuti mostrare comparabili con altre culture esistenti, a partire da quella classico-generalista, e contribuire all'eccellenza formativa di ciascuno.

Mia nonna era nota e invidiata perché i suoi polli non avevano mai l'influenza aviaria. Qual era il suo segreto? Io lo sapevo, perché ne ero partecipe. Mi mandava per cortecchia di frassino, all'inizio di ogni estate. La tagliuzzavo finemente. Poi lei metteva tutto in una botte tagliata, piena di acqua. Rigorosamente in casa. Rigorosamente coperta. In ambiente per quanto possibile allora, aseptico. Dopo due mesi c'era una poltiglia che la naturale curiosità di noi bambini portava ad esplorare. Un tocco di dita, la prova del sapore sulla lingua. Per tre settimane bocca legata e un retrogusto schifoso che non voleva andarsene con nulla. Quest'acqua, centellinata e filtrata, serviva, dall'autunno, per dar da bere ai polli. Che non si ammalavano mai. Perché? Magia taumaturgica? Rispetto apotropico della tradizione degli antenati? Nessuno lo sapeva. Ma i polli non si ammalavano veramente. Scuola fondata sulla popolarità delle culture avrebbe significato mettere a punto percorsi formativi durante i quali si fosse potuto scoprire il perché chimico, biologico, fisiologico, anatomico, ma non di meno storico (ma è vero che è sempre stata così) e anche il significato letterario di questo "mistero pratico". Come di tantissimi altri "misteri pratici" diffusissimi in ogni lavoro e quotidianità del popolo, spesso sedimentati nei proverbi («*chi òl le bele galete, per san Zé bisogna che glia metè*»: perché bisogna mettere a coltura i bachi da seta il 12 aprile, san Zeno, e non prima o dopo? Perché se «*il prim de april bota la ignò, resta soto la cantinò*»? Serve statistica, climatologia, botanica, zoologia, storia, antropologia, chimica, fisica, letteratura, matematica per "saperlo" come si deve, ecc.).

Ora, si può leggere la storia della scuola italiana soprattutto dal fascismo ad oggi come la storia della progressiva sconfitta della strategia della "popolarità delle culture" e della contemporanea vittoria di quella della "popolarizzazione di una cultura", quella avvocatessa e accademistica prima ricordata.

Naturale, a questo punto, la minorità, in ogni senso, dell'apprendistato, del lavoro, della stessa istruzione tecnica e professionale rispetto all'aura aristocratica della cosiddetta "cultura liceale", poi purtroppo ridotta anch'essa ad ammasso di nozioni solo distintive socialmente piuttosto che legate a "perché" culturali critici e riflessivi (³).

3.4. Per una di quelle fortuite congiunture di cui spesso la storia non riesce a dare ragione, prendendo l'occasione dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 votata dal centro sinistra nel 2001, il governo di centro destra approvò, dopo due anni di intenso dibattito parlamentare, nel 2003, la legge di riforma del

(³) Ricordo, solo per fare un esempio, una mia alunna di liceo che, interrogata su Lutero e la riforma, fu precisa all'inverosimile su giorno, luogo, anno, parte del giorno, contesto in cui Lutero preparò ed affisse le sue 95 Tesi; interrompendola, le chiesi semplicemente perché le affisse il 31 ottobre 1517, a vespro, come giustamente aveva detto, tanto più se le aveva già pronte da tempo, e non prima, che ne so a Pasqua, o dopo, a Natale? Nessuna risposta. Anzi sconcerto. Che differenza c'è, a questo punto, tra il "mistero pratico" di mia nonna analfabeta e il "mistero di significato" della mia peraltro brava ex allieva liceale?

sistema di istruzione e di formazione, predisposta dal ministero Moratti. Contemporaneamente il parlamento votò anche la radicale revisione della normativa Treu sull'apprendistato e sul lavoro: la nota legge associata al nome di Marco Biagi, assassinato dalle Brigate Rosse il 19 marzo 2002. Due leggi che avevano camminato insieme e che giunsero insieme, e per quanto possibile in Italia, abbastanza armonicamente a maturazione legislativa.

Le due leggi disegnavano, per la prima volta nella storia dell'Italia repubblicana⁽⁴⁾, uno scenario che avrebbe reso possibile e auspicabile il superamento, a livello istituzionale, ordinamentale, culturale, pedagogico, metodologico e didattico, del pregiudizio della sistematica separazione e gerarchizzazione, del pregiudizio del lavoro conoscitivamente e culturalmente cieco e, infine, del pregiudizio che voleva dignitosa esclusivamente la strategia della popolarizzazione di una sola cultura, quella emblematicamente liceale, piuttosto che anche quella della popolarità di varie culture, e in particolare di quelle tecnico-professionali, dell'apprendistato e del lavoro.

Per questo, nello specifico del tema di questo intervento, per esempio, introduceva l'apprendistato nell'ambito della più vasta metodologia dell'alternanza scuola lavoro e, sul piano istituzionale, nell'ambito del diritto dovere all'istruzione e alla formazione per almeno 12 anni o, comunque, fino all'ottenimento di una qualifica. Le ragioni di questa duplice collocazione dell'apprendistato erano presto dette.

Per la prima, non si poteva pretendere che l'apprendistato, con le sue specificità formative, sbocciasse dal nulla a 15 anni, come se prima ci fosse stato solo il suo contrario, appunto uno studio astratto. Al contrario, occorreva comprendere la necessità pedagogica e didattica di praticare l'alternanza integrata tra teoria e pratica, tra studio e lavoro, tra libro e attrezzo, tra idea e opera, tra riflessione ed esperienza, tra generale e particolare fin dalla scuola dell'infanzia. A 15 anni, sarebbe stato allora possibile articolare istituzionalmente l'alternanza scuola lavoro non solo nei suoi due primi momenti, quelli auspicabili, sebbene con i dovuti adattamenti organizzativi e didattici, fin dal primo ciclo di istruzione (i momenti del laboratorio e dello stage osservativo del reale da esplorare poi criticamente in aula). Ma sarebbe stato quasi obbligato concluderla, per ogni giovane, almeno in qualche momento e campo della loro esperienza formativa, anche e soprattutto nei suoi ultimi ed apicali due momenti: quello del tirocinio formativo riflessivo, guidato in accompagnamento dal tutor, e quello dello svolgimento progressivo di un lavoro in autonomia, da rendere poi verbalmente e per teoria, così da incre-

⁽⁴⁾ Rimando, per gli argomenti e per la documentazione del giudizio, a G. BERTAGNA (a cura di), *Alternanza scuola lavoro. Ipotesi, modelli, strumenti dopo la riforma Moratti*, Cisem-F. Angeli, Milano, 2003; ID., *Pensiero manuale. La scommessa di un sistema di istruzione e di formazione di pari dignità*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2006; ID., *Autonomia. Storia, bilancio e rilancio di un'idea*, La Scuola, Brescia, 2008; ID., *L'Università italiana fra ipertrofia e deficienze*, in C. XODO (a cura di), *La responsabilità sociale dell'Università nella Ricerca*, Pensa Multimedia, Lecce, 2008; ID., *L'Università e il volo del calabrone*, in G. BERTAGNA, E. PURICELLI (a cura di), *Dalla scuola all'università. Orientamento in ingresso e dispositivo di ammissione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; ID., *Dietro una riforma. Quadri e problemi pedagogici dalla riforma Moratti (2001-2006) al «cacciavite» di Fioroni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009; ID., *La scuola come bene comune. La prospettiva istituzionale*, in AA.VV., *La scuola come bene comune: è ancora possibile?*, La Scuola, Brescia, 2009.

mentarne progressivamente la qualità ⁽⁵⁾. Insomma, l'apprendistato vero e proprio.

Per la collocazione dell'apprendistato nell'ambito del diritto dovere si trattava, poi, di sbarazzarsi, finalmente, di tutte le separazioni e le gerarchizzazioni istituzionali e ordinamentali esistenti, e prima elencate. Era davvero provocatorio che potessero ancora esistere in una società che tutti dicevano e volevano della globalizzazione dei mercati, della conoscenza e dell'apprendimento per l'intero arco della vita, dell'affermarsi delle Tic. Quale poteva essere, ad esempio, il senso non solo economico, ma soprattutto culturale e pedagogico di mantenere ancora le attuali, rigide filiere formative nella secondaria, i licei di serie A, gli istituti tecnici di serie B, gli istituti professionali di serie C, la formazione professionale regionale di serie D, l'apprendistato di serie E e, fuori competizione possibile, perché l'esatto opposto di una possibile esperienza formativa, il lavoro e l'impresa, oltre che l'esperienza sociale dei giovani? Che ragionevolezza poteva rivendicare il continuare a dare più che il metamessaggio che, nella "scuola dell'obbligo", si doveva essere formativi, mettere al centro la persona, costruire la cittadinanza, praticare l'uniformità educativa, mentre nelle "scuole non obbligatorie" si poteva essere professionalizzanti, mettere al centro il mestiere o le condizioni del mestiere in termini di conoscenze e di abilità, mirare non solo all'uomo e al cittadino, ma anche al lavoratore e, infine, perfino avventurarsi in diversità educative gerarchizzate? Che sensatezza poteva ancora avere parlare ancora, nell'ambito del diritto dovere all'istruzione e alla formazione per ogni giovane fino a 18 anni, come se nulla fosse, della tradizionale separazione tra "obbligo scolastico" e "obbligo formativo", il primo di serie A e il secondo per i falliti del primo, introdotta alla fine degli anni Novanta? Cambiava qualcosa di sostanziale, nella mentalità comune, se l'"obbligo scolastico" finiva a 16 anni invece che a 15? Non era, invece, il caso di ribadire che per almeno 13 anni o comunque fino all'ottenimento di una qualifica si trattava di predisporre percorsi formativi si differenziati, ma di pari dignità educativa, culturale e professionale?

Contro la lettera e lo spirito delle Leggi Biagi e Moratti, tuttavia, prima della loro approvazione e dopo la loro approvazione, si è scatenata nel nostro Paese la più gigantesca opera di interdizione corporativa e di ostracismo ideologico mai vissuta nei 150 anni della storia delle politiche formative dell'Italia unita. Non è un caso che Biagi abbia perfino pagato con la vita il suo impegno riformatore.

Zelanti palafrenieri dello *status quo*, infatti, uniti alle ormai consolidate schiere di «progressisti dal linguaggio rivoluzionario furioso e demolitorio, ma dalle proposte ben saldamente conservatrici e reazionarie» hanno prima ostacolato l'assunzione di decreti delegati coraggiosi e innovativi delle due leggi e, infine, hanno sterilizzato le stesse norme e reintrodotta, di fatto, nascondendole sotto una coltre di retorica, le più rassicuranti abitudini del passato: le separazioni e le gerarchizzazioni che abbiamo descritto, la conferma del lavoro come altro rispet-

⁽⁵⁾ Siccome «la realtà dell'esperienza sfugge [...] a coloro che l'hanno fatta», solo raccontando ad una terza persona la propria attività il soggetto può riconoscerla. Ma questa verbalizzazione dell'esperienza ne modifica la natura: «trasformandosi in linguaggio, le competenze si riorganizzano e si modificano» (Y. CLOT, C. BALLOUARD, C. WERTHE, *La validation des acquis professionnels: nature des connaissances et développement*, Cpc Document, 1999, n. 4, 31).

to ad un'esperienza che può diventare sistematicamente e intenzionalmente formativa, esistenti, l'univocità dello scolasticismo accade mistico. Forse c'è bisogno di più tempo perché le cose cambino. O forse sono solo sbagliate le convinzioni che ho manifestato. Nell'uno e nell'altro caso appartengo evidentemente alla sfera dei disadattati.

L'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione – Riassunto. *L'A. analizza e interpreta i dati del X Rapporto di monitoraggio Isfol relativamente all'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, rilevando che lo scarso utilizzo di questo strumento di transizione scuola-lavoro in Italia riflette una profonda patologia pedagogica e culturale, prima che sociale ed economica, del Paese che separa e allontana la educazione e formazione dal momento lavorativo. A questo si sovrappone una gerarchizzazione dei percorsi formativi, che relegano la istruzione e formazione professionale al gradino più basso. L'A. propone due strategie per progettare la formazione delle nuove generazioni in Italia, puntando al superamento della separazione e gerarchizzazione dei percorsi di istruzione e formazione, e lanciando, invece, la sfida della loro pari dignità.*

The apprenticeship and the right and duty to education and training (Article in Italian) – Summary. *The paper examines the outcomes of the tenth Monitoring Report on apprenticeships by Isfol, dealing with the right and duty to education and training. According to the survey, this school-to-work transition programme is poorly implemented in Italy, where educational, cultural, social and economic factors give rise to a separation between the academic curricula and vocational training. In addition, vocational education and training is considered to be on the bottom rung of the educational ladder. In the attempt to go beyond this hierarchy, placing education and training on same level, the paper also provides two strategies aimed at developing national educational programmes for the younger generation.*

La formazione formale in impresa nella regolamentazione ad opera delle Regioni e delle Province autonome

Sandra D'Agostino

Sommario: **1.** La definizione di formazione “formale”. – **2.** La competenza delle Regioni e Province autonome nella regolamentazione della formazione formale. – **3.** Le regolamentazioni regionali della formazione formale interna all’azienda. – **4.** Il volume di formazione formale erogabile all’interno delle imprese. – **5.** Luoghi e modalità di erogazione della formazione formale in azienda. – **6.** Requisiti di «capacità formativa formale interna». – **6.1.** I locali, le attrezzature. – **6.2.** Le risorse umane per la docenza. – **6.3.** Il tutor aziendale con requisiti e competenze adeguate. – **6.4.** Altri requisiti e previsioni particolari.

1. La previsione dell’articolo 49, comma 5, lettera *a*, che riconosce la possibilità di realizzare la formazione obbligatoria per i giovani assunti con contratti di apprendistato professionalizzante anche all’interno dell’impresa, è uno degli aspetti più innovativi – oltre che più dibattuti – della riforma dell’istituto varata nel 2003. Infatti, per la prima volta si apre la possibilità di assolvere l’obbligo di formazione che è connesso all’apprendistato all’interno dell’impresa stessa, dopo che per decenni si era affermata la necessità che tale formazione avvenisse al di fuori, in strutture formative accreditate.

Tuttavia, anche se erogata all’interno dell’impresa, tale formazione non può tradursi in un mero affiancamento sul lavoro ma deve possedere quelle caratteristiche necessarie a rendere “formale” tale attività.

L’espressione “formazione formale” è anch’essa innovativa nel contesto normativo italiano e fa per la prima volta la sua comparsa nell’ordinamento proprio con il decreto legislativo n. 276/2003, senza ulteriori specifiche. Qualche anno prima era stato diffuso dalla Commissione Europea il *Memorandum sull’istruzione e la formazione permanente* ⁽¹⁾ che identificava l’“apprendimento formale” con quello che «si svolge negli istituti d’istruzione e di formazione e porta all’ottenimento di diplomi e di qualifiche riconosciute», mentre l’apprendimento «dispensato sul luogo di lavoro» veniva genericamente definito “non formale”.

La definizione contenuta nel Memorandum della Commissione europea introduce, dunque, una rigida separazione fra le modalità di formazione in relazione principalmente al luogo in cui tale formazione viene erogata e quindi, in contrasto con quanto previsto dall’articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003, sem-

* Ricercatore Isfol.

⁽¹⁾ Cfr. COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Memorandum sull’istruzione e la formazione permanente*, Bruxelles, 30 ottobre 2000, SEC(2000)1832.

bra non contemplare la possibilità che si possa erogare una “formazione formale” all'interno delle imprese.

Negli stessi anni nel dibattito fra gli esperti veniva maturando un atteggiamento più aperto, che riconosceva l'impossibilità di tracciare confini netti fra le modalità di apprendimento e di formazione definite formali/non formali/informali, tanto più che le definizioni attribuite ad ognuna di tali modalità differiscono fra i diversi autori.

Uno studio molto interessante realizzato in Gran Bretagna per conto del Learning & Skills Research Centre nel 2003 ha analizzato gran parte della letteratura specialistica, mettendo a confronto gli approcci seguiti dai diversi autori nella definizione delle modalità di apprendimento/formazione. Lo studio, condotto dall'Università di Leeds ⁽²⁾, arriva a dimostrare come molti autori convergano sull'ipotesi che più criteri siano necessari per determinare il carattere di in/non/formalità di una data situazione di apprendimento; inoltre, elementi tanto di formalità che di informalità possono essere rinvenuti in molte situazioni che danno vita ad apprendimento; pertanto, le modalità di apprendimento/formazione formali/non formali/informali debbono essere considerati grandezze continue e non discrete, ossia dai confini netti e separabili.

Possono, comunque, essere identificati alcuni elementi caratterizzanti dell'una piuttosto che dell'altra modalità di apprendimento; nello studio citato, sulla base della disamina di una ampia letteratura specialistica, ne sono identificati venti, che possono essere ricondotti ai seguenti ambiti:

- *modalità di attuazione del processo*, distinguendo le modalità di apprendimento sulla base dell'intenzionalità dell'apprendimento, sull'affidamento a figure specifiche (docenti o altro), sulla relazione fra colui che insegna e colui che apprende (di subordinazione, negoziata, ecc.), sulla presenza di una valutazione finale (di tipo formale o informale);
- *setting formativo*, distinguendo sul luogo in cui avviene l'apprendimento (scuola/centro di formazione o altro), sulla presenza di un calendario di riferimento o di un tempo specifico dedicato, di un curriculum e di obiettivi di apprendimento;
- *finalità*, distinguendo in relazione alla finalità principale dell'attività/ situazione che genera apprendimento (la finalità principale è la formazione o altro), e in relazione al soggetto che definisce tale finalità: il soggetto che apprende o altri soggetti esterni, che possono essere una scuola o un centro di formazione, un datore di lavoro, lo Stato;
- *contenuti*, distinguendo in base alla natura di ciò che si apprende (acquisizione di conoscenze/competenze standardizzate *versus* sviluppo di sapere dall'esperienza; acquisizione di un sapere astratto *versus* sviluppo di abilità pratiche) e ai risultati attesi (gli obiettivi sono specificamente definiti, flessibili e negoziabili, o casuali).

Probabilmente sulla scia dei nuovi impulsi provenienti dal dibattito scientifico, la Commissione Europea nel 2004, attraverso il suo istituto di ricerca sui temi della formazione, ha rivisto la propria posizione, formalizzando una definizione più

⁽²⁾ Cfr. H. COLLEY, P. HODKINSON, J. MALCOM, *Informality and formality in learning: a report for the Learning and Skills Research Centre*, Learning and Skills Research Centre, 2003.

estensiva di “apprendimento formale”, identificato come quello che «avviene in un ambiente organizzato e strutturato (scuola, centro di formazione oppure sul lavoro) ed esplicitamente progettato come apprendimento (in termini di obiettivi, tempi e risorse). L’apprendimento formale è intenzionale dal punto di vista del soggetto che apprende. Tipicamente conduce ad una certificazione»⁽³⁾.

Tale definizione supera la rigidità di distinguere le modalità di apprendimento solo sulla base del luogo in cui lo stesso avviene: la possibilità di realizzare apprendimento “formale” all’interno dell’azienda viene pienamente riconosciuta, in linea con quanto previsto nell’ordinamento italiano nell’ambito del decreto legislativo n. 276/2003 con riferimento all’apprendistato professionalizzante. Allo stesso tempo si amplia il numero dei criteri che devono essere considerati al fine di qualificare come “formale” una situazione di apprendimento e di formazione, identificando elementi che fanno riferimento ad almeno tre dei quattro ambiti precedentemente illustrati:

- modalità di attuazione del processo: intenzionalità della formazione;
- *setting* formativo: ambiente strutturato e organizzato, percorso basato su una progettazione contenente obiettivi, tempi e risorse
- finalità: certificabilità dei risultati, che implica la necessità di un riferimento a standard specifici.

La definizione adottata nel Glossario pubblicato dal Cedefop ha rappresentato il modello per molte Regioni e Province autonome nel momento in cui, nel dare attuazione all’apprendistato professionalizzante, hanno regolamentato la possibilità di erogare una formazione formale anche all’interno dell’impresa a partire da una determinata definizione delle caratteristiche di “formalità” della formazione stessa.

Ad esempio, tra le prime regolamentazioni emanate, quella della Regione Veneto ripercorre molto da vicino la più recente definizione europea e stabilisce che la formazione formale «deve possedere i seguenti requisiti:

- deve essere svolta in ambienti organizzati e strutturati;
- deve essere assistita da figure professionali competenti;
- deve essere esplicitamente progettata in termini di obiettivi, tempi e risorse;
- deve essere intenzionale dal punto di vista del soggetto che apprende;
- deve avere esiti verificabili e certificabili»⁽⁴⁾.

Altre regolamentazioni regionali, che pure sono state approvate tra le prime, hanno invece adottato definizioni diverse, che mantengono il riferimento ad alcuni degli elementi presenti nel *Glossario* del Cedefop. Ad esempio, nella definizione della Regione Emilia Romagna, adottata con legge regionale n. 17/2005, si conferma il riferimento alla necessità di una progettazione del percorso e alla garanzia di esiti verificabili e certificabili. In aggiunta, si introducono specifiche sulle modalità di erogazione all’interno dell’azienda (*in situazione distinta da quella produttiva*) e sull’articolazione in competenze di base e trasversali.

⁽³⁾ Cfr. CEDEFOP, *Terminology of vocational training policy*, Luxembourg, 2004. La stessa definizione si ritrova, tradotta anche in italiano, nel successivo volume CEDEFOP, *Terminology of European education and training policy*, Luxembourg, 2008.

⁽⁴⁾ Cfr. d.G.R. Veneto 28 gennaio 2005, n. 197, Allegato A, Art. 49 del D. Lgs 276/03. *Primi indirizzi operativi*. La stessa definizione è stata ripresa nella l.r. 13 marzo 2009, n. 3, art. 43, comma 1, che attende una regolamentazione.

Infatti: «si definisce formale la formazione che viene attuata, mediante una specifica progettazione, in un ambiente formativo adeguato, anche nel luogo di lavoro; in tal caso deve essere svolta in situazione distinta da quella finalizzata prioritariamente alla produzione di beni o servizi. Essa si realizza mediante un percorso formativo finalizzato a conferire all'apprendista le competenze trasversali e tecnico-professionali per l'acquisizione di adeguata capacità professionale. Tale formazione deve produrre esiti verificabili e certificabili, secondo le modalità stabilite dalla Giunta regionale»⁽⁵⁾.

Anche la definizione della Regione Marche utilizza una pluralità di indicatori per la definizione del carattere di "formalità" della formazione, alcuni mutuati dal modello Cedefop (presenza di un contesto organizzato, obiettivi formativi definiti dalla Regione, presenza di un progetto), altri che rinviano a caratteristiche proprie del processo formativo (strutturazione in moduli, articolazione in competenze di base, trasversali e tecnico-professionali)⁽⁶⁾.

Nelle regolamentazioni successive molte Regioni (Lazio, Piemonte, Umbria, Molise)⁽⁷⁾ si sono invece uniformate ad una definizione concordata in seno al Coordinamento tecnico che recita:

«Per formazione formale si intende quella:

- a) svolta in un ambiente strutturato e organizzato;
- b) attuata mediante una specifica progettazione;
- c) con esiti verificabili e certificabili secondo modalità stabilite dalla Giunta regionale;
- d) assistita da figure professionali con competenze adeguate»⁽⁸⁾.

2. Approvata nell'ambito di un rinnovato contesto costituzionale, dopo che la modifica del Titolo V ha ridefinito i rapporti e gli ambiti di competenza fra Stato e Regioni, la riforma dell'apprendistato introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003 di fatto rappresenta una cornice dello strumento omogenea a livello na-

⁽⁵⁾ Cfr. l.r. Emilia Romagna n. 17/2005, art. 29, comma 2.

⁽⁶⁾ Cfr. d.G.R. Marche 1° agosto 2005 n. 976, Allegato A, *Disciplina per l'applicazione dell'apprendistato professionalizzante*, punto 2.2 che recita: «La formazione formale è il percorso formativo, realizzato in un contesto formativo organizzato e in situazione non produttiva, caratterizzato dai seguenti principi generali:

- è finalizzata all'acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali, secondo gli obiettivi previsti dai profili formativi individuati dalla Regione d'intesa con le Parti sociali;
- è erogata da soggetti accreditati dalla Regione, dai datori di lavoro con "capacità formativa interna" e dalle "imprese formative accreditate", alle condizioni e nei limiti rispettivamente previsti dalla seguente regolamentazione;
- è strutturata in forma modulare e si articola in contenuti a carattere trasversale e contenuti a carattere professionalizzante secondo i profili formativi individuati dalla Regione per macro-settori;
- è strutturata, sia per la parte eventualmente realizzata all'interno dell'impresa sia per quella realizzata all'esterno, sulla base di un unico progetto, attuato dagli enti formativi accreditati e dall'azienda, adeguato alla tipologia del settore produttivo di appartenenza e coerente con il piano formativo individuale e con i profili formativi individuati dalla Regione;
- produce risultati verificabili».

⁽⁷⁾ Cfr. l.r. Lazio 10 agosto 2006, n. 9, art. 5, commi 1 e 2; l.r. Piemonte 26 gennaio 2007, n. 2, art. 6, commi 2 e 3; l.r. Umbria 30 maggio 2007, n. 18, art. 4, comma 1; l.r. Molise 19 febbraio 2008, n. 3, art. 3, comma 1, lett. a.

⁽⁸⁾ Cfr. Accordo dei Presidenti delle Regioni e Province autonome per la regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante del 9 febbraio 2006.

zionale, in cui sono stabiliti i caratteri distintivi dell'istituto contrattuale, rinviando poi alle Regioni e Province Autonome la regolamentazione degli aspetti legati alla formazione.

Tuttavia, sull'estensione della competenza primaria delle Regioni in relazione alla definizione degli aspetti formativi dell'apprendistato e sulle possibilità per lo Stato di dettare norme che pure fanno riferimento alla formazione in apprendistato si sono susseguiti contrasti a livello istituzionale, sfociati nella promozione di una pluralità di ricorsi alla Corte costituzionale.

Infatti, dal 2003 la Corte è stata chiamata più volte a pronunciarsi sul tema, prima in relazione alla legge delega n. 30/2003 e al disegno complessivo del Capo VI del decreto legislativo n. 276/2003, poi con riferimento a molti dei primi provvedimenti di regolamentazione emanati dalle Regioni. Né si è sottratta a tale conflitto istituzionale l'ultima norma, il decreto-legge n. 112/08 convertito con legge n. 133/2008, laddove all'articolo 23 istituisce un canale di formazione esclusivamente aziendale alternativo a quello regionale e ne affida la regolamentazione alle parti sociali.

Su quest'ultimo ricorso si attende ancora il pronunciamento della Corte, che presumibilmente arriverà nei primi mesi del 2010; sugli altri il giudizio è già intervenuto e la lettura delle relative sentenze è utile a chiarire il ruolo delle Regioni, e di conseguenza dello Stato, nella regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante, in particolare rispetto al tema oggetto del presente contributo, ovvero la regolamentazione della possibilità per l'impresa di erogare una formazione formale.

Va anche detto che tali chiarimenti non sembrano fugare tutti i dubbi in relazione alla ripartizione di competenze fra Stato e Regioni nella regolamentazione della materia; tanto è vero che è ancora su questo punto che si è acceso il conflitto istituzionale all'indomani dell'approvazione del citato articolo 23 del decreto legge n. 112/2008.

Il primo elemento sul quale è stato promosso un ricorso alla Corte da parte di alcune Regioni riguarda le previsioni dell'articolo 49, comma 5, lettera *b*, che stabiliscono il «rinvio ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni».

Le Regioni ricorrenti ⁽⁹⁾ ritenevano che, con l'affidamento di alcuni compiti in materia di regolamentazione della formazione per l'apprendistato professionalizzante alla contrattazione collettiva, si violasse la loro competenza esclusiva sulla materia. Di contro, il Governo sosteneva la necessità costituire un sistema formativo coerente ed omogeneo su tutto il territorio nazionale, improntato sulla determinazione di livelli essenziali, di competenza statale.

⁽⁹⁾ Si tratta delle Regioni Marche, Toscana, Emilia-Romagna, Provincia autonoma di Trento e Regione Basilicata, che hanno promosso ricorsi sia contro alcuni aspetti della l. n. 30/2003, sia successivamente, con l'eccezione della Basilicata, contro il d.lgs. n. 276/2003.

Con sentenza n. 50 del 2005 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni sollevate sul punto specifico della normativa relativa all'apprendistato, facendo rilevare che tutta la materia è oggetto di una *concorrenza di competenze* fra Stato e Regioni, ovvero: l'apprendistato è un contratto di lavoro la cui disciplina rientra in quell'ordinamento civile di competenza esclusiva dello Stato; d'altro canto nell'apprendistato, che è un contratto a finalità formativa, alcuni aspetti di regolamentazione rientrano nell'ambito di quell'istruzione e formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni.

Tradizionalmente «la competenza esclusiva delle Regioni in materia di istruzione e formazione professionale riguarda la istruzione e la formazione professionale pubbliche», impartite negli istituti scolastici, mediante strutture proprie delle Regioni, oppure in organismi privati con i quali vengano stipulati accordi; «la formazione aziendale rientra invece nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile». Tuttavia, l'evoluzione subita dai contratti di apprendistato negli ultimi anni ha determinato un «collegamento permanente [...] tra gli schemi contrattuali di lavoro a contenuto formativo [...] e l'ordinamento dell'istruzione [...] che, nella disciplina costituzionale delle attribuzioni delle competenze legislative, ha un regime particolare, con l'attribuzione allo Stato della potestà legislativa esclusiva riguardo alle norme generali sull'istruzione [...] e – per il resto – con la consueta ripartizione tra Stato e Regioni: attribuzione al primo della competenza a determinare i principi fondamentali ed alle seconde quella concernente le altre norme».

Pertanto, «se è vero che la formazione all'interno delle aziende inerisce al rapporto contrattuale, sicché la sua disciplina rientra nell'ordinamento civile, e che spetta invece alle Regioni e alle Province autonome disciplinare quella pubblica, non è men vero che nella regolamentazione dell'apprendistato né l'una né l'altra appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro e da altri aspetti dell'istituto».

«Questioni di legittimità costituzionale possono [...] insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l'istruzione e formazione professionale, alle Regioni. [...] Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, [...], qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre».

Su tali basi la Corte ha riconosciuto la prevalenza della competenza statale e quindi la legittimità del rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione di alcuni aspetti relativi alla formazione. Tuttavia la sentenza citata non chiarisce il significato e l'estensione dei compiti delegati alla contrattazione con l'espressione «modalità di articolazione ed erogazione della formazione»⁽¹⁰⁾, tanto che le regolamentazioni regionali, del resto definite d'intesa con le organizzazioni sindacali datoriali e dei lavoratori, hanno spesso dettato norme su aspetti

⁽¹⁰⁾ Cfr. d.lgs. n. 276/2003, art. 49, comma 5, lett. b.

che sembrerebbero almeno in parte riconducibili alla materia delegata alla contrattazione collettiva.

Del resto, in altre sentenze successive la Corte è tornata pressoché sulla stessa materia, riconoscendo alcune prerogative alle Regioni. Si fa riferimento alle sentenze n. 406/2006 e 425/2006 sui giudizi di legittimità delle leggi regionali della Toscana e delle Marche, alle quali si sono aggiunte nei primi mesi del 2007 le sentenze n. 21 e 24 in relazione alle leggi delle Regioni Puglia e Sardegna. In questo caso il ricorso alla Corte costituzionale è stato promosso dallo Stato, con riferimento alle norme contenute nelle prime regolamentazioni regionali emanate per l'attuazione dell'apprendistato professionalizzante.

Nel ricorso contro la legge della Regione Toscana n. 20/2005, con sentenza n. 406/06 la Corte costituzionale ha ribadito il principio ordinatore nella ripartizione degli ambiti di competenza esclusiva fra Stato e Regioni, come pure le interrelazioni fra gli stessi: «mentre la formazione da impartire all'interno delle aziende attiene precipuamente all'ordinamento civile, la disciplina di quella esterna rientra nella competenza regionale in materia di istruzione professionale, con interferenze però con altre materie, in particolare con l'istruzione, per la quale lo Stato ha varie attribuzioni: norme generali, determinazione dei principi fondamentali». Alla luce di questo principio ha considerato legittima la possibilità che la Regione Toscana individui i criteri e i requisiti di riferimento per la capacità formativa delle imprese, qualora tale capacità formativa si riferisca «alle imprese che svolgono attività formativa esterna».

Tale affermazione appare, quantomeno, di difficile interpretazione; infatti, se la Corte ha voluto indicare con tale espressione quelle imprese che svolgono attività formativa "esterna" in quanto rivolta ad apprendisti di altre imprese, allora il concetto di «capacità formativa» verrebbe a sovrapporsi a quello di «accreditamento», tanto più che la formazione per gli apprendisti avviene generalmente su finanziamento pubblico. Del resto, l'altra ipotesi è che la Corte abbia voluto far riferimento al concetto di formazione "esterna" in quanto "formale", ed allora l'esito del ricorso dovrebbe far ritenere rientrante nella competenza delle Regioni la possibilità di definire i criteri per il riconoscimento della capacità formativa dell'impresa ad erogare all'interno una formazione formale.

Nelle successive sentenze la Corte si è pronunciata più volte sulla possibilità, per le regolamentazioni regionali dell'apprendistato professionalizzante, di introdurre quale criterio generale che la formazione formale sia svolta prevalentemente all'esterno delle imprese⁽¹⁾. Infatti, al Governo che ha promosso i ricorsi tale previsione è sembrata in contrasto con l'articolo 49, comma 5, del decreto legislativo n. 276/2003, che stabilisce che la formazione formale può essere interna o esterna, senza l'introduzione di alcun vincolo nella scelta. Anzi nella formulazione del testo è utilizzata una congiunzione disgiuntiva, che sembrerebbe indicare piuttosto la scelta fra una formazione esclusivamente interna oppure completamente svolta all'esterno.

Il ricorso è stato promosso nei confronti delle leggi regionali della Regione Marche n. 2/2005 e della Regione Sardegna n. 20/2005 e, a seguito della pronuncia di

⁽¹⁾ Cfr. sentenze della C. Cost. n. 425/2006, n. 21/2007 e n. 24/2007.

infondatezza da parte della Corte, il criterio è stato poi inserito anche in altri provvedimenti normativi regionali ⁽¹²⁾.

Secondo l'argomentazione della Corte, la finalità dell'apprendistato professionalizzante è acquisire una qualificazione ovvero competenze di base, trasversali e tecnico-professionali che possono costituire crediti al fine del rientro in ulteriori percorsi del sistema di istruzione e formazione. Pertanto, «è la stessa legislazione statale ad attribuire alle Regioni compiti anche normativi in materia di definizione dei profili formativi, dei rapporti tra siffatti profili e la definizione della formazione, con riguardo all'eventuale ulteriore istruzione e in coerenza con il collegamento che il legislatore statale ha voluto stabilire tra lo svolgimento dei rapporti di lavoro a contenuto anche formativo e il settore dell'istruzione» ⁽¹³⁾.

La Corte prosegue riconoscendo che la disposizione censurata si limita a stabilire un generico criterio di prevalenza della formazione formale nel senso di un suo svolgimento all'esterno dell'azienda. «Si deve ritenere che essa [la legge regionale, *n.d.a.*], nello stabilire che la formazione dalla legge definita formale debba essere prevalentemente esterna, non alteri i rapporti tra formazione interna, la cui disciplina compete allo Stato, e formazione esterna di competenza regionale, mantenendosi perciò conforme al sistema delle competenze concorrenti e del concorso di competenze che si verifica in tema di apprendistato» ⁽¹⁴⁾. La norma, pertanto, non impone alcuna limitazione al conseguimento attraverso l'apprendistato della qualifica perseguita agli effetti lavorativi e alla possibilità di vedersi riconosciuti dei crediti in caso di prosieguo nel sistema dell'istruzione, sicché «si deve concludere che [...] la questione è [...] infondata».

È stata invece censurata dalla Corte costituzionale quella norma della legge regionale n. 13/2000 della Regione Puglia che, entrando nel merito dell'articolazione della formazione erogata all'interno dell'impresa, prescriveva che «la formazione interna deve avere a oggetto, per un periodo minimo iniziale della durata di venti ore da svolgersi nel primo mese di svolgimento del rapporto, i metodi di organizzazione della produzione e i sistemi di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali» ⁽¹⁵⁾. Con sentenza n. 24 del 2007 la Corte costituzionale ha riconosciuto fondata l'eccezione di costituzionalità promossa dal Governo, ritenendo quella della Regione Puglia una norma esorbitante dalla competenza regionale in quanto la disciplina della formazione interna rientra nella materia dell'ordinamento civile che è ambito di competenza dello Stato.

3. L'incertezza sui confini dei rispettivi ambiti di competenza fra Stato e Regioni per la regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante, che è alla base del conflitto istituzionale sfociato nei vari ricorsi alla Corte costituzionale, ha avuto come ulteriore effetto l'emanazione di una serie di leggi regionali che non sempre sembrano procedere su una stessa linea. Infatti, le regolamentazioni regionali che sono state progressivamente definite seguono direttrici non sempre coincidenti e in qualche caso evidentemente divergenti; tale giudizio, più volte

⁽¹²⁾ Cfr. l.r. Puglia 22 dicembre 2005, n. 13, art. 3, comma 4; l.r. Lazio 10 agosto 2006, n. 9, art. 5, comma 2.

⁽¹³⁾ Cfr. C. Cost. n. 425/2006.

⁽¹⁴⁾ Cfr. C. Cost. n. 21/2007.

⁽¹⁵⁾ Cfr. l.r. Puglia n. 13/2005, art. 3, comma 7.

espresso ⁽¹⁶⁾ con riferimento alle regolamentazioni regionali nel loro complesso, viene confermato considerando solo l'ambito relativo alla disciplina della possibilità per l'impresa di erogare la formazione formale all'interno per i propri apprendisti.

In primo luogo, occorre ricordare che il quadro dell'implementazione dell'apprendistato professionalizzante tramite legge regionale non può ancora dirsi completo: non tutte le Regioni hanno emanato la legge di attuazione dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003, e talora alla legge non ha ancora fatto seguito un insieme di regolamentazioni tale da consentire un avvio del sistema territoriale di formazione per l'apprendistato. Il successivo Quadro 1 ricostruisce lo stato di avanzamento nella regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante nelle Regioni e Province Autonome, considerando sia quei processi di regolamentazione che sono stati originati da un provvedimento avente natura di legge sia quei processi originati solo da atti amministrativi che, allo stato dei fatti, sembrano avere uguale efficacia sui territori in relazione all'operatività dei sistemi di formazione per l'apprendistato.

Quadro 1 – Stato di avanzamento nella definizione della regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante ⁽¹⁷⁾.

a. Regioni che hanno varato la legge e gli atti di regolamentazione	Piemonte, Provincia di Bolzano, Provincia di Trento, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Toscana, Marche, Umbria, Lazio, Puglia, Sardegna
b. Regioni che hanno varato la legge e stanno definendo gli atti di regolamentazione	Lombardia, Veneto, Molise, Basilicata
c. Regioni che hanno promosso attuazioni transitorie e sperimentali	Valle d'Aosta, Lombardia, Veneto, Liguria, Abruzzo, Campania

Molte sono le Regioni, fra quelle che hanno in qualche modo regolamentato l'apprendistato professionalizzante, per via legislativa o amministrativa, che, con il concorso delle Parti sociali, hanno ritenuto di emanare norme che in senso più o meno ampio restringono l'ambito delle imprese che possono realizzare la formazione formale all'interno. Dall'analisi risulta che gli elementi di allineamento/discontinuità fra le regolamentazioni regionali siano rilevabili in particolare con riferimento ai seguenti elementi:

- a) volume di formazione formale erogabile all'interno delle imprese;
 - b) luoghi/modalità con cui è possibile erogare la formazione formale interna;
 - c) requisiti delle imprese per l'erogazione della formazione formale all'interno.
- Tutte le regolamentazioni regionali emanate, compreso quelle in via di completamento con atti secondari, hanno prestato attenzione ad almeno uno degli elementi citati, in qualche caso per rinviarne la determinazione ai contratti collettivi. L'analisi che segue riporta i risultati dell'esame, in chiave comparativa, di tali

⁽¹⁶⁾ Cfr. ISFOL, *La transizione dall'apprendistato agli apprendistati*, I libri del FSE, giugno 2006; ISFOL, *Apprendistato: un sistema plurale – X Rapporto di monitoraggio*, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁷⁾ Il quadro deve ritenersi aggiornato al primo semestre del 2009.

regolamentazioni, con l'eccezione delle norme dettate dalla Provincia di Bolzano.

La legge provinciale n. 2/2006, infatti, segue un approccio molto originale, frutto del "compromesso" fra il modello tradizionale di apprendistato del territorio altoatesino con le previsioni del decreto legislativo n. 276/2003. La regolamentazione conferma il riferimento strategico a quella forma di apprendistato per la prima qualificazione dei giovanissimi che hanno assolto l'obbligo di istruzione, che ha una strutturazione molto simile al modello duale tedesco. Risultano invece ancora in via di definizione i contorni dell'apprendistato di tipo b), ovvero di quello destinato a chi ha già conseguito una prima qualificazione, che dovrebbe assumere caratteristiche più simili all'apprendistato professionalizzante di cui all'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003.

In particolare la legge provinciale, mantenendosi fedele all'approccio tradizionale, prescrive che tutte le aziende che intendono assumere apprendisti debbano preventivamente ottenere apposita autorizzazione dalla Provincia. Tale autorizzazione è rilasciata sulla base delle seguenti condizioni:

- a) che il datore di lavoro o la persona incaricata della formazione abbia specifiche competenze professionali e formative individuate dalla Provincia;
- b) che l'azienda offra condizioni adeguate alla realizzazione della formazione, sia tecniche che organizzative;
- c) che il datore di lavoro si impegni a garantire, laddove ve ne fosse la necessità, la formazione integrativa ricorrendo a percorsi di formazione extra- oppure interaziendale.

L'autorizzazione si riferisce ad una o più professioni oggetto d'apprendistato ed ha validità illimitata. In caso di aziende il cui titolare o addetto alla formazione sia in possesso di un diploma di maestro artigiano, di tecnico del commercio o di maestro nel settore alberghiero, si considerano soddisfatte le condizioni minime per l'assunzione.

Tutte le aziende che hanno i requisiti per assumere apprendisti sono obbligate a realizzare all'interno la formazione prevista nell'ambito del quadro aziendale definito per la specifica professione oggetto dell'apprendistato. Tale formazione interna è dunque obbligatoria e aggiuntiva alla formazione esterna, impartita tradizionalmente presso la scuola professionale oppure presso altri centri di formazione.

4. Il decreto legislativo n. 276/2003 indica come primo criterio direttivo per la definizione delle regolamentazioni da parte delle Regioni e Province autonome la «previsione di un monte ore di formazione formale, interna o esterna alla azienda, di almeno centoventi ore per anno»⁽¹⁸⁾.

Si è già avuto modo di segnalare come l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva dovrebbe indicare la possibilità che tutta la formazione formale sia svolta all'interno dell'impresa. In realtà in molte previsioni regionali tale possibilità è esclusa e l'apporto che l'impresa può fornire nella erogazione della formazione formale è in qualche modo delimitato, generalmente con riferimento ad una determinata previsione di articolazione della formazione.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 49, comma 5, lett. a, d.lgs. n. 276/2003.

Infatti, pur se la maggior parte delle amministrazioni contiene un rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione dell'articolazione della formazione formale (Valle d'Aosta, Lombardia, Veneto, Toscana, Umbria, Abruzzo, Molise, Campania, Sardegna), spesso nella regolamentazione è comunque inserita una proposta, che opera in via sussidiaria oppure in mancanza della capacità formativa dell'impresa prevista dalle parti sociali. In altri casi le Regioni, d'intesa con le organizzazioni datoriali e sindacali del territorio, hanno individuato una articolazione della formazione senza alcun rinvio alla contrattazione collettiva, nonostante le previsioni dell'articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003 ⁽¹⁹⁾.

Le articolazioni della formazione formale generalmente fanno riferimento alle seguenti dimensioni:

- le aree di contenuto/competenza;
- la quota oraria di formazione dedicata a ciascuna area di contenuti/competenze.

Rispetto all'articolazione per aree di contenuto, la bipartizione individuata all'indomani dell'approvazione della legge n. 196/1997 dal decreto ministeriale dell'8 aprile 1998, che distingue le attività formative dedicate allo sviluppo di competenze di carattere trasversale e quelle dedicate allo sviluppo delle competenze di carattere tecnico-professionale ⁽²⁰⁾, si conferma come quella di riferimento per pressoché tutti i sistemi regionali. Solo in qualche caso si individua una ulteriore ripartizione dell'area di professionalizzazione, distinguendo tra unità sulle competenze tecnico-professionali settoriali e unità sulle competenze tecnico-professionali specialistiche (Valle d'Aosta, Lazio).

Poco più articolato risulta il panorama delle previsioni regionali rispetto alla quota oraria attribuita a ciascuna area di contenuto; anche in questo caso trova numerose conferme la previsione del decreto ministeriale del 1998 citato che riservava almeno il 35% del volume di formazione all'acquisizione delle competenze trasversali ⁽²¹⁾: infatti, ritorna spesso una quota oraria pari a 42 ore di formazione

⁽¹⁹⁾ Cfr. nell'art. 49 citato il comma 5, lett. b, che recita: «b) rinvio ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative per la determinazione, anche all'interno degli enti bilaterali, delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni». Tale disposizione, come ampiamente illustrato in precedenza, è stata ritenuta legittima da parte della Corte costituzionale nella sentenza n. 50/2005.

⁽²⁰⁾ Cfr. d.m. 8 aprile 1998, recante *Disposizioni concernenti i contenuti formativi delle attività di formazione degli apprendisti*, art. 2, comma 1: «Le attività formative per apprendisti sono strutturate in forma modulare. I contenuti della formazione esterna all'azienda, tra loro connessi e complementari e finalizzati alla comprensione dei processi lavorativi, sono articolati come segue:

a) contenuti a carattere trasversale, riguardanti il recupero eventuale di conoscenze linguistico-matematiche, i comportamenti relazionali, le conoscenze organizzative e gestionali e le conoscenze economiche (di sistema, di settore ed aziendali); in questo contesto una parte dell'attività formativa dovrà essere riservata anche alla disciplina del rapporto di lavoro, all'organizzazione del lavoro, alle misure collettive di prevenzione ed ai modelli operativi per la tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro;

b) contenuti a carattere professionalizzante di tipo tecnico-scientifico ed operativo differenziati in funzione delle singole figure professionali; in questo ambito saranno sviluppati anche i temi della sicurezza sul lavoro e dei mezzi di protezione individuali, propri della figura professionale in esame».

⁽²¹⁾ Cfr. d.m. 8 aprile 1998, art. 2, comma 2: «Ai contenuti di cui al punto a) non potrà essere destinato un numero di ore inferiore al trentacinque per cento del monte di ore destinato alla formazione esterna. La formazione sui contenuti di carattere scientifico, economico, e trasversale dovrà essere svolta nelle strut-

annue o ad un numero molto vicino. In qualche caso si è cercato di articolare diversamente negli anni la formazione, prevedendo una riduzione della quota oraria dedicata alle competenze di base e trasversali con l'avanzare dell'anzianità di contratto (Valle d'Aosta, Prov. Trento, Puglia).

A partire da tali articolazioni, in linea di massima le Regioni riconoscono più facilmente alle aziende la possibilità di erogare all'interno la formazione per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali (Provincia di Trento, Friuli Venezia Giulia, Liguria, Abruzzo, Campania), e talvolta anche solo per quel sottoinsieme di queste definito come competenze professionalizzanti "specialistiche" (Valle d'Aosta, Lazio), mentre si riserva alle strutture formative accreditate l'erogazione delle competenze professionalizzanti "di settore" e di quelle di base e trasversali. Tali Regioni, quindi, riconoscono all'impresa una maggiore propensione ad impartire quelle conoscenze e competenze più direttamente legate alla gestione dei processi produttivi; si prevede invece il ricorso a strutture esterne, che abbiano la formazione fra le finalità statutarie, per l'erogazione della componente relativa alle competenze di base e trasversali.

In alcune leggi regionali, poi, più che una articolazione specifica della formazione, è indicato un criterio direttivo, ossia che la formazione sia realizzata «prevalentemente» all'esterno, criterio che comunque delimita le possibilità di apporto dell'impresa all'erogazione della formazione formale. Tale previsione è apparsa per la prima volta nella legge della Regione Marche, alla quale hanno fatto seguito quelle della Puglia, Sardegna, Lazio⁽²²⁾.

In particolare la Regione Puglia, oltre ad aver posto il vincolo generale che la formazione formale sia prevalentemente esterna, dispone che l'impresa che voglia ricorrere al sistema pubblico per assolvere l'obbligo di formazione esterna debba realizzare tutta la formazione all'esterno come regolamentata dalle norme regionali; nel caso voglia invece realizzare all'esterno solo una parte (quella prevalente!) dovrà rivolgersi comunque alle agenzie formative accreditate acquistando a proprie spese i servizi formativi⁽²³⁾.

Quadro 2 – Durata e articolazione della formazione formale.

Regione	Articolazione della formazione		Formazione dentro l'impresa
	Tipologia competenze	Oraria	
Piemonte	a) competenze di base e trasversali b) competenze professionalizzanti di tipo tecnico-scientifico ed operativo	a) 42 ore annue finanziate all'esterno	a) Sì b) Sì
Valle d'Aosta	a) competenze di base e trasversali b) competenze tecnico-	a) 35% per le prime due annualità e poi 15%	a) No b) No

ture regionali di formazione professionale ed anche nelle strutture scolastiche, accreditate ai sensi dell'art. 17 comma 1, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196. Specificazione dei contenuti, durata dei moduli e modalità di svolgimento possono essere definiti dalla contrattazione collettiva».

⁽²²⁾ Cfr. sentenze della C. Cost. n. 425/2006, n. 21/2007 e n. 24/2007.

⁽²³⁾ Cfr. d.G.R. Puglia 25 luglio 2006, n. 1125, Allegato A, *Linee guida per l'attuazione della Legge Regionale 22 novembre 2005, n. 13 in materia di apprendistato professionalizzante*, punto 4.

	professionali settoriali c) competenze tecnico-professionali specialistiche Salvo previsioni diverse dei Ccnl	b) 30% c) 35% per le prime due annualità e poi 55%	c) Sì
Lombardia	Secondo quanto previsto da ciascun Ccnl applicato, nel rispetto del d.lgs. n. 276/2003	“formazione integrata” per un massimo del 40% del monte ore/anno di formazione previsto dal Ccnl	Secondo quanto previsto da ciascun Ccnl applicato
Prov. di Bolzano	a) formazione trasversale b) competenze specifiche individuate nell’ordinamento provinciale c) stesura di una tesina o di un progetto aziendale specifico d) competenze aziendali specifiche, nell’ambito di un piano formativo individuale	a) 200 ore b) 200 ore c) 100 ore d) 100 ore	a) No b) No c) Sì d) Sì
Prov. di Trento	a) formazione trasversale b) formazione professionalizzante	a) 40 ore per il I anno e poi 20 ore b) 80 ore per il I anno e 100 ore dal II anno	a) No b) Sì, purché almeno 40 ore erogate su moduli del Catalogo provinciale
Veneto	a) modulo trasversale b) modulo professionale c) predisposizione del PFID d) modulo professionale aggiuntivo per gli apprendisti dell’industria meccanica	a) 48 ore b) 70 ore c) 2 ore d) 40 ore Una ripartizione diversa dei Ccnl è subordinata alla capacità formativa dell’azienda	a) Sì b) Sì, talora in forma “assistita”
Friuli Venezia Giulia	a) competenze di base e trasversali, b) competenze tecnico-professionali	a) 44 ore annue b) per le restanti ore	a) No b) Sì
Liguria	a) competenze base/trasversali; b) competenze tecnico-professionali	a) 48 ore b) 72 ore	a) No b) Sì Le imprese che non aderiscono al Piano regionale possono erogare tutta la formazione se hanno capacità formativa
Emilia Romagna	La formazione formale viene regolamentata in base agli esiti che deve produrre, che devono far riferimento a qualifiche o ad unità di competenza del Sistema Regionale delle Qualifiche		Secondo le previsioni del Ccnl

Toscana	a) contenuti a carattere di base e trasversali b) contenuti a carattere tecnico professionale	Non prevista	Secondo le previsioni del Ccnl; in mancanza, 120 ore annue devono essere di formazione esterna
Umbria	a) competenze di base b) competenze trasversali c) competenze tecnico-professionali	Da determinare negli standard minimi	Secondo le previsioni dei Ccnl
Marche	a) contenuti a carattere trasversale b) contenuti professionalizzanti	a) 48 ore b) 72 ore	a) No b) solo 40 ore per il I anno e poi 50 ore. Le "imprese formative accreditate" possono erogare tutto all'interno
Lazio	a) contenuti di base e trasversali b) competenze professionali settoriali c) competenze professionali specialistiche	a) 35% del monte ore complessivo b) 20% del monte ore c) 45% del monte ore complessivo	a) No b) No c) Sì Le imprese autorizzate con almeno 250 dip. possono erogare tutto all'interno
Abruzzo	a) competenze di base e trasversali b) competenze tecnico-professionali Se i contratti stabiliscono una ripartizione diversa, questa è subordinata alla capacità formativa dell'azienda	a) almeno 40 ore annue b) 80 ore annue Se la contrattazione prevede durate diverse, si procede alla riparametrazione delle ore formative	a) No b) Sì
Molise	L'articolazione è stabilita dai Ccnl		
Campania	L'articolazione è demandata alla contrattazione collettiva		In mancanza di previsioni nei Ccnl, le aziende con capacità formativa erogano la formazione tecnico-professionale; una ripartizione diversa dei Ccnl è subordinata alla capacità formativa dell'azienda
Puglia		L'articolazione è stabilita dai Ccnl	Secondo le previsioni dei Ccnl

		Ai contenuti trasversali almeno il 35% della formazione esterna per i primi due anni, il 25% nel III anno, il 15% nel IV anno, il 10% nel V anno, il 5% nel VI anno	purché la formazione formale sia prevalentemente esterna
Basilicata	<i>Da definire l'articolazione della formazione nel Regolamento</i>		
Sardegna	La ripartizione della formazione è stabilita dalla contrattazione	La ripartizione della formazione formale è stabilita dalla contrattazione collettiva	La formazione formale deve essere prevalentemente esterna Le imprese realizzano la formazione all'interno se previsto dai Ccnl, e se hanno <i>capacità formativa</i>

5. Un secondo ambito in cui le norme regionali intervengono a regolare la formazione formale in impresa, delimitandola, riguarda l'individuazione dei luoghi e delle modalità di erogazione della formazione stessa. Spesso tali riferimenti sono esplicitati nell'ambito della definizione di formazione formale.

Quasi tutte le regolamentazioni, infatti, specificano le caratteristiche dei luoghi in azienda in cui la formazione formale può essere impartita. Nelle indicazioni regionali in proposito sembra di poter rinvenire tre linee:

1) la formazione formale deve comunque essere erogata al di fuori dei locali normalmente destinati alla produzione, ma non si richiede che tali locali corrispondano ad aule didattiche; a questa linea appartengono le disposizioni delle Regioni Piemonte, Friuli Venezia Giulia, Lazio e Molise. Ad esempio, la legge regionale n. 9/2007 della Regione Lazio specifica che «La formazione formale [...] può essere, altresì, svolta all'interno delle imprese con capacità formativa, purché in luoghi non destinati alla produzione»⁽²⁴⁾;

2) la formazione può essere erogata nei locali normalmente destinati alla produzione, ma in un contesto che sia formativo e non produttivo, ovvero al di fuori del processo di produzione. Tale definizione è adottata dalle regolamentazioni della provincia di Trento, Emilia Romagna, Umbria, Marche e Basilicata. Ad esempio, la Regione Emilia Romagna, nel quadro di una interpretazione dell'articolo 49 che attribuisce esclusivamente all'impresa la responsabilità dell'erogazione del processo di formazione formale, lascia la materia della modalità di erogazione della formazione formale all'interno esclusivamente alla contrattazione collettiva, salvo specificare che la formazione all'interno della impre-

⁽²⁴⁾ Cfr. l.r. Lazio 10 agosto 2006, n. 9, art. 5, comma 2.

sa deve essere erogata «in situazione distinta da quella prioritariamente finalizzata alla produzione di beni e servizi»⁽²⁵⁾;

3) infine, un ultimo gruppo di Regioni ha previsto la possibilità che la formazione formale possa realizzarsi anche nell'ambito del processo produttivo, ma in una situazione in cui siano salvaguardate alcune caratteristiche di "formalità", che fanno riferimento alla necessità di una progettazione, di assistenza di figure specifiche, di intenzionalità, verificabilità e certificabilità. In questo gruppo di Regioni si contano la Valle d'Aosta, il Veneto, l'Abruzzo, la Campania e la Sardegna. In alcune di queste Regioni, ad un atteggiamento più aperto nel riconoscere la possibilità di realizzare una formazione formale interna corrisponde un'attenzione più marcata al monitoraggio del processo di apprendimento che avviene in impresa.

Ad esempio in Valle d'Aosta le Agenzie formative accreditate inserite nel Catalogo dei fornitori supportano le imprese per la redazione dei PFI di dettaglio e supervisionano la formazione erogata all'interno dell'impresa, organizzando almeno un incontro annuale formale di monitoraggio.

Talvolta è esplicitamente regolata dalle amministrazioni regionali la possibilità di realizzare la formazione formale "interna" in altre imprese del gruppo; ad esempio, il regolamento n. 2938/2005 della Regione Friuli Venezia Giulia stabilisce che:

«In caso di aziende plurilocalizzate in possesso di capacità formativa di cui all'articolo 6 e appartenenti al medesimo gruppo di società, la formazione formale riguardante le competenze di carattere tecnico professionale potrà essere erogata:

- a) all'interno dell'azienda interessata,
- b) presso altra azienda del medesimo gruppo di società che dovrà inviare l'autocertificazione di cui all'articolo 6 comma 3;
- c) presso una struttura formativa di proprietà del gruppo di società medesimo, accreditata dalla Regione Friuli Venezia Giulia»⁽²⁶⁾.

Parimenti, il Regolamento della Provincia di Trento attribuisce all'impresa con capacità formativa riconosciuta la possibilità di erogare la formazione anche per apprendisti di altre imprese collegate «in rapporto di "filiera"»⁽²⁷⁾.

Infine, alcune regolamentazioni regionali rinviando la determinazione dei luoghi di erogazione della formazione formale interna alla contrattazione collettiva, facendo rientrare la materia nelle previsioni dell'articolo 49, comma 5, lettera b (Lombardia, Toscana, Puglia, Molise).

6. Il terzo elemento attraverso il quale le regolamentazioni regionali hanno delimitato e regolato la possibilità per l'impresa di erogare una formazione formale

⁽²⁵⁾ Cfr. l.r. Emilia Romagna n. 17/2005, recante *Norme per la promozione dell'occupazione, della sicurezza, regolarità e qualità del lavoro*, art. 29, comma 2.

⁽²⁶⁾ Cfr. regolamento Friuli Venezia Giulia 16 novembre 2005, n. 2938, Allegato 1, art. 7, comma 2.

⁽²⁷⁾ Cfr. regolamento Provincia di Trento di attuazione della l.p. 10 ottobre 2006, n. 6, art. 7, comma 2, che recita: «il datore di lavoro con capacità formativa riconosciuta ai sensi del comma 1 può erogare la formazione formale agli apprendisti di datori di lavoro con i quali sia in rapporto di "filiera" secondo la nozione definita dalla Giunta provinciale».

all'interno fa riferimento all'introduzione del concetto (e dei requisiti) di *capacità formativa*.

Infatti, molte regolamentazioni regionali hanno subordinato la possibilità di realizzare all'interno delle imprese un processo di formazione che abbia il carattere della "formalità" al possesso di pre-requisiti che dovrebbero indicare la «capacità formativa formale interna». Si tratta di un concetto mutuato dallo stesso articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003, laddove al comma 5, lettera *b*, stabilisce come criterio direttivo per le regolamentazioni regionali il «rinvio ai contratti collettivi di lavoro [...] per la determinazione, [...], delle modalità di erogazione e della articolazione della formazione, esterna e interna alle singole aziende, anche in relazione alla capacità formativa interna rispetto a quella offerta dai soggetti esterni».

Secondo autorevoli interpretazioni, la lettera di tale disposizione dovrebbe riservare alla contrattazione collettiva, o agli enti bilaterali, la possibilità di individuare requisiti di "capacità formativa" per le imprese. Si è già avuto modo di esaminare, nel precedente paragrafo 2, gli esiti del ricorso alla Corte costituzionale promosso dal Governo nei confronti della Regione Toscana che, nella legge n. 20/2005, aveva riservato alla Regione stessa il compito di definire i criteri e i requisiti di riferimento per la capacità formativa delle imprese; effettivamente un certo gruppo di Regioni – Lombardia, Emilia Romagna, Umbria e Puglia, cui si è aggiunta successivamente anche la Toscana, nonostante l'esito positivo del ricorso alla Corte costituzionale – ha condiviso il rinvio esclusivo della materia alle parti sociali.

In un secondo gruppo di Regioni convivono sia gli indicatori eventualmente previsti dalla contrattazione collettiva che quelli definiti dalla regolamentazione regionale. Tale "convivenza" opera nel senso che i primi, qualora esistenti nella contrattazione di settore, diventano integrativi dei secondi (Molise, Basilicata e Sardegna).

Il gruppo più ampio di Regioni ha invece definito, nell'ambito della regolamentazione emanata d'intesa con le parti sociali, un set di requisiti che individuano la "capacità formativa formale interna" delle imprese al di fuori di alcun rinvio alla contrattazione collettiva. Tali requisiti fanno generalmente riferimento alla disponibilità di locali e attrezzature, di risorse umane per la docenza, di un tutor aziendale; in qualche caso si individuano criteri ulteriori.

Nel successivo Quadro 3 si presenta una sinossi relativa alla tipologia dei requisiti di capacità formativa presenti nelle regolamentazioni regionali.

Quadro 3 – La formazione formale in impresa: tipologia di requisiti di capacità formativa.

Regione	locali	attrezzature	docenza	tutor	altro	Ccnl
Piemonte	X	X	X	X		
Valle d'Aosta	X	X	X	X	X	
Lombardia						Rinvio
Prov. di Bolzano	Le aziende che hanno i requisiti per assumere apprendisti sono obbligate a					

	realizzare all'interno la formazione prevista nell'ambito del quadro aziendale.					
Prov. di Trento	X	X		X	X	
Veneto	X		X	X	X	
Friuli V. Giulia	X	X	X	X	X	
Liguria	X	X	X	X		
Emilia Romagna						Rinvio
Toscana						Rinvio
Umbria						Rinvio
Marche	X		X	X		
Lazio	X	X	X	X	X	
Abruzzo	X	X	X	X	X	
Molise	X	X	X	X		Aggiuntivi
Campania	X	X	X	X		
Puglia						Rinvio
Basilicata	X	X	X	X		Aggiuntivi
Sardegna	X		X	X		Aggiuntivi

Va osservato che nella specificazione dei requisiti per il riconoscimento della capacità formativa si rileva una ampia indeterminatezza nell'ambito delle regolamentazioni regionali, che fanno ricorso ad aggettivi quali "idoneo" o "adeguato" per individuare il grado di possesso dei requisiti richiesti: manca generalmente il riferimento ad uno standard minimo e oggettivo, ovvero non si danno indici, criteri di misurazione, livelli di soglia, necessari a determinare in misura oggettiva che i requisiti richiesti siano posseduti dall'impresa in forma adeguata. Solo qualche amministrazione si è distinta nel tentativo di associare agli indicatori richiesti per attestare il possesso della capacità formativa anche dei parametri o valori minimi, come risulterà meglio nel seguito, presentando alcune delle norme tratte dalle regolamentazioni regionali.

6.1. Ai fini del riconoscimento della capacità formativa formale interna è sempre richiesto il possesso di luoghi adeguati allo svolgimento della formazione; tale disponibilità si sovrappone, e talora si aggiunge, alle norme dettate rispetto ai luoghi, all'interno delle imprese, in cui la formazione formale può essere erogata, specificati in genere nell'ambito della definizione di "formazione formale" come evidenziato nel precedente paragrafo 5.

Inoltre, spesso è richiesta anche la disponibilità di attrezzature e macchinari adeguati.

Quando esplicitato, il significato specifico del termine "adeguati" viene riferito alla conformità ad alcune normative quali quelle di igiene e sicurezza, prevenzione incendi, antinfortunistica. In qualche caso si identifica l'ampiezza minima del

luogo in cui avviene la formazione, che deve assicurare una disponibilità di almeno 2mq per apprendista (Veneto, Abruzzo).

Se è prevista dal Piano Formativo Individuale l'acquisizione di competenze informatiche, viene indicata la necessità di disporre almeno di un computer con collegamento ad internet per apprendista. Talora, la disponibilità del computer è richiesta come strumento indispensabile per dialogare con l'amministrazione regionale, per assolvere agli adempimenti burocratici richiesti (Valle d'Aosta).

6.2. La disponibilità di risorse umane per la docenza è un secondo requisito richiesto alle imprese dalla maggior parte delle regolamentazioni regionali per il riconoscimento della capacità di realizzare la formazione formale all'interno.

La presenza nell'impresa di personale che sarà deputato all'erogazione della formazione formale viene richiesta con formulazioni varie, che sottendono professionalità e requisiti diversi; si va da formulazioni ampie, quali quelle utilizzate ad esempio dalle Regioni Campania e Sardegna, che prevedono la «presenza di lavoratori in grado di trasferire competenze»⁽²⁸⁾, definizione che potrebbe anche adattarsi ad un tutor aziendale, alla richiesta specifica della presenza di docenti esperti⁽²⁹⁾, per i quali talvolta vengono individuati i criteri minimi per valutare l'esperienza dei docenti, espressi in termini di anni di esperienza nella docenza e/o di titoli di studio posseduti.

Ad esempio, il Regolamento della Regione Friuli Venezia Giulia richiede alle imprese la «presenza di personale aziendale con funzioni formative relative alla docenza in possesso di almeno 2 anni di esperienza documentata come docente, svolta negli ultimi 5 anni, in percorsi scolastici, accademici, formativi presso agenzie formative accreditate, o aziendali finanziati o riconosciuti dalla Regione. Tale esperienza deve coprire le competenze a carattere tecnico professionale previste nel piano formativo individuale dell'apprendista. In alternativa viene richiesto il possesso del diploma di scuola media superiore (o in alternativa di una qualifica professionale) e di un'esperienza lavorativa documentata di almeno 3 anni in attività attinenti il profilo formativo dell'apprendista»⁽³⁰⁾.

Una formulazione pressoché identica è contenuta nella Determinazione Dirigenziale n. 73/2007 della Regione Piemonte⁽³¹⁾.

In altri casi l'esperienza specifica nella docenza viene sostituita dall'esperienza professionale, abbinata al possesso minimo di determinati livelli di istruzione

⁽²⁸⁾ Cfr. decreto dirigenziale Campania 25 maggio 2006, n. 78, Allegato 3, *Dichiarazione di capacità formativa dell'impresa*: in particolare nella dichiarazione si deve specificare se nell'azienda sono presenti lavoratori in grado di trasferire competenze oppure se il trasferimento di competenze sarà curato da docenza esterna o dal tutor aziendale; Cfr. decreto assessorile Sardegna 27 aprile 2006, n. 131, recante *Indirizzi applicativi dell'apprendistato professionalizzante*, Allegato 1, punto 3.6.

⁽²⁹⁾ Cfr. modello di dichiarazione di capacità formativa predisposta dalla Regione Liguria nell'ambito del Piano 2006.

⁽³⁰⁾ Cfr. d.G.R. Friuli Venezia Giulia n. 2938/2006, Allegato A, *Regolamento attuativo dell'apprendistato professionalizzante*, art. 6.

⁽³¹⁾ Cfr. determinazione dirigenziale Regione Piemonte – Direzione Istruzione, formazione professionale e lavoro 2 novembre 2007, n. 73, Sezione 2: «risorse umane in possesso di almeno due anni di esperienza di docenza (svolta in percorsi scolastici, accademici, del sistema della formazione professionale o in percorsi formativi realizzati all'interno dell'impresa) coerente con le competenze di base e trasversali indicate nel PFI; oppure di titolo di studio secondario o idonea posizione aziendale e almeno due anni di documentata esperienza professionale coerente con le competenze di base e trasversali indicate nel PFI».

studio, anche se poi anche questo requisito viene sostituito dall'esperienza professionale. Ad esempio, la Regione Marche prevede l'«utilizzo per la docenza di risorse umane idonee al trasferimento di competenze, da individuare tra i dipendenti che hanno maturato almeno tre anni di esperienza professionale nelle attività inerenti la qualificazione che l'apprendista dovrebbe conseguire al termine del contratto, e che sono in possesso di uno dei seguenti titoli di studio: diploma di scuola media superiore; attestato di qualifica rilasciato da un istituto professionale di Stato; attestato di qualifica rilasciato ai sensi della l. 845/78 al termine di un corso di formazione professionale. Possono svolgere attività di docenza anche datori di lavoro con almeno 3 anni di esperienza e lavoratori dipendenti sprovvisti dei suddetti titoli di studio che possono dimostrare di aver maturato almeno 10 anni di esperienza nelle attività inerenti la qualificazione che l'apprendista dovrebbe conseguire»⁽³²⁾.

In effetti, in questa definizione – e in altre, come si è avuto modo di sottolineare in precedenza – il “docente” della formazione formale interna viene ad essere sempre più simile ad un tutor aziendale. Per evitare la coincidenza tra tali figure, le Regione Abruzzo chiarisce che per il riconoscimento della capacità formativa è necessaria la presenza di almeno un'altra persona – oltre il tutor – con titolo di studio pari o superiore a quello dell'apprendista ovvero, per le imprese artigiane, un'esperienza nel settore di almeno 5 anni⁽³³⁾.

In altri casi il requisito della presenza di risorse umane adeguate, oltre che alla funzione di docenza, è riferito anche a quella di progettazione del percorso di formazione interna (Valle d'Aosta, Veneto, Abruzzo). Si tratta, in questo caso, di una competenza altamente specialistica, che normalmente prevede che nell'ambito dell'impresa sia presente una funzione dedicata alla formazione. La disponibilità di una figura con competenze di progettazione della formazione⁽³⁴⁾ o comunque con responsabilità relative alla progettazione⁽³⁵⁾ si ricollega alla definizione di “formazione formale”, che richiede l'esistenza di un progetto di riferimento del percorso.

6.3. La presenza di un tutor aziendale con competenze e formazione adeguate è un requisito richiesto da tutte le regolamentazioni regionali per la dichiarazione di capacità formativa delle imprese.

In realtà, la presenza di un tutor aziendale con tali caratteristiche sarebbe una condizione necessaria per poter assumere un apprendista, prevista già nel quadro della legge n. 196/1997 e ribadita dall'articolo 49, comma 5, lettera f, del decreto legislativo n. 276/2003 che affida alle regolamentazioni regionali il compito di individuare «formazione e competenze adeguate» del tutor aziendale.

Molte regolamentazioni regionali non distinguono le caratteristiche di «formazione e competenze adeguate» richieste genericamente a tutti i tutor aziendali da

⁽³²⁾ Cfr. Allegato alla d.G.R. Marche n. 976/2005.

⁽³³⁾ Cfr. d.G.R. Abruzzo 21 giugno 2005, n. 583, Allegato A, *Indirizzi operativi per l'attivazione dell'apprendistato professionalizzante*, punto 6.

⁽³⁴⁾ Cfr. decreto dirigenziale Veneto 14 marzo 2005, n. 264, Allegato A, *Modello unico per la comunicazione di assunzione di apprendisti*.

⁽³⁵⁾ Cfr. d.G.R. Valle d'Aosta 21 dicembre 2005, n. 4574, Allegato 2, *Dichiarazione dell'impresa che attesta la sua capacità di svolgere la formazione formale al proprio interno*.

quelle previste per le aziende che intendono dichiarare la capacità formativa formale.

In generale, nella disciplina della figura del tutor aziendale nelle regolamentazioni regionali risulta una grande adesione al testo del decreto dirigenziale del Ministero del lavoro del 28 febbraio 2000, n. 22. Non mancano però esempi di Regioni che hanno individuato ulteriori caratteristiche, definendo criteri più restrittivi per il tutor aziendale nel momento in cui l'impresa intende realizzare la formazione formale all'interno, criteri che fanno in genere riferimento ai seguenti:

- livello di inquadramento superiore a quello dell'apprendista, possesso di un titolo di studio almeno pari a quello posseduto dall'apprendista, esperienza professionale superiore a quanto richiesto dal decreto ministeriale n. 22/2000 ⁽³⁶⁾ (Abruzzo);
- partecipazione ad un intervento di formazione aggiuntivo rispetto all'obbligo formativo generalmente previsto per i tutor aziendali, finalizzato a rafforzarne le competenze pedagogiche (Valle d'Aosta) e/o a consentire di realizzare, con il supporto di una struttura formativa, la progettazione dei moduli da realizzare in azienda (Provincia di Trento).

Infatti, la regolamentazione della Regione Abruzzo ⁽³⁷⁾ prescrive che, nel caso di imprese con capacità formativa, la persona designata a svolgere le funzioni di tutor aziendale debba possedere, in aggiunta ai requisiti del decreto ministeriale n. 22/2000, «esperienza professionale di almeno quattro anni, di cui almeno due nelle attività dell'apprendista; titolo di studio almeno pari a quello dell'apprendista».

Per quanto riguarda la formazione, il decreto ministeriale n. 22/2000 conteneva la previsione della partecipazione obbligatoria del tutor aziendale ad una iniziativa formativa della durata di almeno 8 ore all'avvio del percorso di formazione “esterna” degli apprendisti; le attuali previsioni regionali hanno disposto per tutti i tutor aziendali una durata della formazione obbligatoria che spesso supera la previsione minima del decreto ministeriale n. 22/2000 ⁽³⁸⁾, collocandosi in un *range* compreso fra 8 e 16 ore:

- 8 ore: Emilia Romagna, Toscana e Puglia;

⁽³⁶⁾ Cfr. d.m. 28 febbraio 2000, n. 22, art. 2, che recita: «1. Le funzioni di tutore possono essere svolte da un lavoratore qualificato designato dall'impresa oppure, nel caso di imprese con meno di quindici dipendenti e nelle imprese artigiane, dal titolare dell'impresa stessa, da un socio o da un familiare coadiuvante. 2. Il lavoratore designato dall'impresa per le funzioni di tutore deve: a. possedere un livello di inquadramento contrattuale pari o superiore a quello che l'apprendista conseguirà alla fine del periodo di apprendistato; b. svolgere attività lavorative coerenti con quelle dell'apprendista; c. possedere almeno tre anni di esperienza lavorativa; 3. Il requisito di cui al comma 2 lettera c) del presente articolo non si applica nel caso in cui non siano presenti in azienda lavoratori in possesso di tale caratteristica. 4. Ciascun tutore può affiancare non più di cinque apprendisti, ferme restando, per le imprese artigiane, le limitazioni numeriche poste dalla legge-quadro di settore».

⁽³⁷⁾ Cfr. d.G.R. Abruzzo 21 giugno 2005, n. 583, Allegato A, *Indirizzi operativi per l'attivazione dell'apprendistato professionalizzante*, punto 6.

⁽³⁸⁾ Cfr. d.m. 28 febbraio 2000, n. 22, art. 3, comma 2, che recita: «I tutori di cui al comma 1 dell'articolo 2 del presente decreto sono comunque tenuti a partecipare, all'avvio della prima annualità di formazione esterna, ad almeno una specifica iniziativa formativa di durata non inferiore ad 8 ore, organizzata e finanziata dalle strutture di cui al comma 2 dell'articolo 1 del presente decreto nell'ambito delle attività formative per apprendisti».

- 12 ore: Valle d'Aosta, Veneto, Liguria, Umbria, Marche, Abruzzo, Molise, Campania, Basilicata, Sardegna;
- 16 ore: Provincia di Bolzano, Provincia di Trento, Friuli Venezia Giulia, Lazio.

Nel caso di aziende che realizzano all'interno la formazione formale solo la Regione Valle d'Aosta ha previsto un periodo di formazione integrativo per i tutor aziendali (20 ore aggiuntive alle 12 comuni). La partecipazione alle ore aggiuntive è testimoniata dal rilascio di un attestato.

Nelle linee d'indirizzo per l'anno formativo 2006/2007 la Regione Lombardia ha stabilito che la *formazione* per i tutor aziendali ha una durata complessiva massima di 20 ore ed avviene secondo due modalità:

- Corsi "in gruppo" di formazione "obbligatoria" con durata di 8 ore (nel caso di aziende che applicano legge n. 196/1997) o definita dalle previsioni contrattuali (nel caso di aziende che applicano articolo 49 del decreto legislativo n. 276/2003);
- Assistenza individualizzata nel caso della formazione dei tutor di aziende che ricorrono alla "formazione integrata" o alla "formazione interna" degli apprendisti finalizzata alla predisposizione del Piano Formativo Individuale (in base al bilancio delle competenze dell'apprendista), al monitoraggio delle attività formative e alla verifica e attestazione del percorso formativo dell'apprendista.

Originali nel panorama delle regolamentazioni regionali sono le disposizioni sulla figura del tutor aziendale emanate dalla Regione Piemonte⁽³⁹⁾. Per quanto riguarda le caratteristiche del tutor, ci si muove pienamente nel solco del decreto ministeriale n. 22/2000; per quanto riguarda le competenze necessarie all'esercizio delle funzioni proprie del ruolo, queste sono individuate in maniera differenziata in relazione alla capacità formativa dell'impresa: impresa senza capacità formativa (percorso A); impresa con capacità formativa parziale o totale (percorso B). Lo schema che segue riporta l'elenco delle competenze ritenute necessarie per svolgere efficacemente la funzione di tutorato nelle due tipologie di impresa evidenziate.

Quadro n. 4 – Le competenze del tutor aziendale in relazione alle modalità di erogazione della formazione formale.

Macroarea di intervento	Competenze del tutor aziendale	Perc. a	Perc. b
1 Co-progettazione del percorso di apprendimento	Analizzare gli elementi principali del contratto di apprendistato (di settore e/o aziendale) in materia di formazione	X	X
	Identificare e declinare per competenze il profilo formativo	X	X
	Individuare le competenze pregresse e le risorse individuali dell'apprendista	X	X
	Pianificare il PFI in ragione delle peculiarità dell'apprendista	X	X

⁽³⁹⁾ Cfr. l.r. Piemonte 26 gennaio 2007, n. 2, art. 2, commi 4 ss.

	Condividere gli obiettivi del PFI con l'apprendista		X
	Articolare l'intervento formativo nelle parti di dettaglio (definire il PFI di dettaglio ecc.)		X
	Utilizzare gli strumenti e le procedure del sistema di formazione professionale regionale		X
	Interagire con il sistema di formazione professionale regionale, degli ordinamenti e dei profili formativi di riferimento		X
2 Facilitazione e supporto all'apprendimento	Gestire l'accoglienza e l'inserimento delle apprendiste/i	X	X
	Accompagnare i percorsi di socializzazione lavorativa	X	X
	Curare la realizzazione dell'attività di apprendimento formale e non formale all'interno dell'impresa	X	X
	Monitorare il percorso formativo dell'apprendista	X	X
	Supportare l'apprendista nel superare gli ostacoli all'apprendimento		X
3 Coordinamento	Gestire le relazioni con i soggetti, interni e/o esterni all'impresa, coinvolti nel percorso formativo dell'apprendista	X	X
	Pianificare le azioni specificamente dedicate alle attività di formazione non formale	X	X
	Pianificare le azioni specificamente dedicate alle attività di formazione formale		X
4 Valutazione apprendimenti	Valutare, in esito al percorso formativo, le competenze descritte nel PFI mediante l'uso dei dispositivi previsti	X	X
	Utilizzare l'esito della valutazione come ulteriore momento di formazione	X	X

L'acquisizione delle competenze richieste al tutore si realizza di norma in auto-apprendimento. La formazione viene erogata tramite il sito regionale, è organizzata per Unità formative associate a test di verifica dell'apprendimento. Anche le fasi di valutazione e attestazione delle competenze acquisite possono avvenire via web. Pertanto, non è stata definita una durata della formazione obbligatoria per i tutor aziendali: questa impiega il tempo necessario al superamento delle prove di verifica.

6.4. In aggiunta ai requisiti illustrati, in alcune regolamentazioni regionali ne compaiono di ulteriori. Fra quelli che ricorrono in più Regioni si contano i seguenti, che fanno riferimento:

- ad una dimensione minima dell'impresa, espressa in termini di numero di addetti, che normalmente individua una soglia minima nel numero di 3 o 5 unità (Veneto, Friuli Venezia Giulia, Abruzzo),
- al precedente ricorso ad altri contratti a finalità formativa o stage/tirocini in un arco di tempo precedente (Valle d'Aosta, Veneto, Abruzzo).

La sola Regione Valle d'Aosta ha previsto la necessità che l'impresa con capacità formativa sia in grado di dialogare con la Regione attraverso il sistema informa-

tivo on-line per gli adempimenti collegati alla formazione e deve quindi assicurare la disponibilità di un computer con collegamento ad internet. La Provincia di Trento, invece, richiede che l'impresa formativa si faccia carico della tenuta dell'agenda formativa, nella quale sono indicate date, ore e attività svolte. Si tratta di un impegno che rinvia a molte regolamentazioni europee della formazione in apprendistato, in cui la tenuta di un "Registro della formazione" (variamente denominato) assume un ruolo strategico.

Nella individuazione dei requisiti di capacità formativa delle imprese le Regioni Piemonte e Veneto introducono delle distinzioni sulla base della tipologia di competenze da erogare.

La determinazione direttoriale n. 73/07 della Regione Piemonte stabilisce che l'impresa in possesso di capacità formativa può essere:

- 1) *totalmente formativa*, e quindi in grado di erogare all'apprendista la formazione necessaria per l'acquisizione delle competenze di base e trasversali e delle competenze professionalizzanti di tipo tecnico-scientifico ed operativo;
- 2) *parzialmente formativa*, ovvero in grado di erogare all'apprendista solo la formazione necessaria per l'acquisizione delle competenze professionalizzanti di tipo tecnico-scientifico ed operativo.

Gli indicatori previsti per il riconoscimento della capacità formativa piena o parziale rimangono gli stessi – luoghi, formatori, tutor aziendali – mentre cambiano gli standard minimi: nel caso di erogazione all'interno delle competenze di base e trasversali i requisiti richiesti sono più elevati (per i formatori si richiedono almeno due anni di esperienza di docenza).

Per la Regione Veneto, invece, il modello di valutazione della capacità formativa per le competenze di base e trasversali fa riferimento ai seguenti indicatori e parametri:

- 1) *Grado di strutturazione dell'azienda*:
 - numero di persone (interne o esterne) che, alla data di assunzione dell'apprendista, si occupano a tempo pieno o parziale specificatamente dell'organizzazione e della gestione delle attività di formazione interna all'azienda;
 - suddivisione dell'azienda in aree/unità organizzative, specificando l'area di inserimento dell'apprendista, il relativo responsabile e i collaboratori gestiti.
- 2) *Dimensione della formazione*:
 - tipologie formative (formali e non) utilizzate dall'azienda nell'ultimo biennio per formare i propri dipendenti e argomenti/contenuti affrontati;
 - monte ore dedicato complessivamente dall'azienda alla formazione e più in particolare alle tipologie formative indicate al punto precedente;
 - provenienza delle risorse economiche dedicate alla formazione).
- 3) *Altri indicatori*:
 - possesso della certificazione del proprio sistema di qualità;
 - presenza di un piano di formazione del personale nell'anno in corso.

A ciascuna delle possibili risposte delle aziende sono associati punteggi, che vanno al termine sommati: solo l'azienda che raggiunge il punteggio minimo di 115, potrà erogare la formazione formale finalizzata all'acquisizione delle competenze trasversali al proprio interno.

Inoltre, la direttiva 2008 emanata dalla Regione Veneto in seguito al rinnovo dell'intesa con le Parti sociali ha introdotto una ulteriore modalità di realizzazione della formazione interna, in forma "assistita" da parte di struttura formativa accreditata, rivolta alle imprese che non possiedono i requisiti per l'erogazione della formazione formale interna, ma abbiano le seguenti caratteristiche:

- tutor aziendale che partecipi interamante ad un percorso formativo specifico;
- minimo tre addetti, escluso l'apprendista (tale condizione non è necessaria per le attività artigiane);
- siano in grado di individuare, in fase di definizione del Piano di lavoro, figure idonee al trasferimento delle competenze oggetto del modulo;
- dispongano dei locali idonei allo svolgimento della formazione formale.

L'azienda che presenti tali caratteristiche potrà scegliere di erogare il modulo professionalizzante all'interno, avvalendosi dell'assistenza di un organismo di formazione accreditato nell'ambito della formazione continua. Tale assistenza sarà garantita attraverso l'erogazione di un *voucher di assistenza* alle imprese, che consente di avvalersi della consulenza di specialisti di formazione per la progettazione delle attività, la verifica *in itinere* e finale degli apprendimenti e gli aspetti amministrativi; i costi della formazione formale interna restano a carico dell'azienda.

Fra le norme ulteriori che regolano le modalità di erogazione della formazione formale all'interno delle imprese, anche altre Regioni hanno previsto la possibilità/necessità che l'impresa sia comunque assistita da una struttura formativa accreditata (Valle d'Aosta, Provincia di Trento, Liguria) ⁽⁴⁰⁾. Tale supporto riguarda sia la fase di progettazione dell'intervento in azienda, che il monitoraggio dell'apprendimento.

In particolare, la Provincia di Trento ha previsto l'istituzione della figura del "tutore dell'alternanza", ossia colui che è incaricato dall'agenzia formativa di riferimento di gestire e coordinare la corretta realizzazione del percorso formativo dell'apprendista, interno ed esterno, recandosi anche presso l'azienda e verificando le registrazioni della formazione effettuate e gli esiti sulla base di quanto contenuto nell'Agenda della Formazione. Si aggiunga che la Provincia di Trento ha inserito l'ulteriore previsione che la formazione formale in azienda sia almeno in parte realizzata sulla base dei moduli progettati e inseriti nel Catalogo provinciale delle attività per la formazione esterna ⁽⁴¹⁾.

Infine, una previsione particolare è quella della Regione Lazio, che stabilisce che le grandi imprese, con almeno 250 dipendenti, possono essere autorizzate ad erogare all'interno tutta la formazione formale, previa verifica del possesso di alcuni requisiti previsti dal sistema di accreditamento regionale. Nel febbraio 2008 con determinazione dirigenziale n. 364 è stato pubblicato l'avviso per la candidatura delle imprese interessate all'erogazione della formazione formale al proprio interno, che ha specificato i requisiti per il riconoscimento, con durata quinquennale, di tale possibilità:

⁽⁴⁰⁾ Si tratta di un modello sperimentale, varato con deliberazione 5 agosto 2005, n. 925, e realizzato nell'ambito di un Protocollo d'intesa con il Ministero del lavoro.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Protocollo di intesa per gli apprendistati in Provincia autonoma di Trento, stipulato il 20 luglio 2005.

- 1) presenza di un servizio formativo – ed in particolare: disponibilità di una sede formativa; disponibilità di aule e laboratori per la formazione, distinti dai locali adibiti alla produzione di beni e servizi; esperienze formative pregresse; esistenza di una specifica voce di bilancio dedicata alla formazione.
- 2) adeguatezza del servizio formativo – presenza, all'interno dell'impresa, di: un referente della formazione con profilo professionale adeguato; una struttura organizzata con funzioni e ruoli definiti per la gestione dei processi formativi interni; un responsabile del processo di progettazione della formazione; un elenco di docenti qualificati e di esperti; un sistema/modello di valutazione della formazione erogata.

La formazione formale in impresa nella regolamentazione ad opera delle Regioni e delle Province autonome – Riassunto. *L'A. intende contribuire all'approfondimento del concetto di formazione "formale", introdotto per la prima volta nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 276/2003 con riferimento all'apprendistato professionalizzante. Il tema è analizzato in primo luogo indagando la letteratura specialistica internazionale, quindi la documentazione prodotta a livello europeo, infine la giurisprudenza della Corte costituzionale. La seconda parte del contributo esamina le regolamentazioni emanate dalle Regioni e Province Autonome sull'apprendistato professionalizzante, comparando le definizioni di "formazione formale" e, più in generale, le modalità previste per l'erogazione della formazione all'interno delle imprese. L'indagine dell'A. rileva, dunque, la complessità e l'eterogeneità delle dimensioni e degli indicatori che le diverse regolamentazioni regionali hanno preso in considerazione per definire cosa sia la "formazione formale".*

Formal education and training in the company: Regulations by the Regions and the Autonomous Provinces (Article in Italian) – Summary. *The paper intends to provide a contribution to the issue of "formal" education, regulated and introduced into the Italian legislation by Legislative Decree No. 276/2003 (vocational apprenticeships). The paper begins with a survey of related literature and documentation at an international and European level, also considering the case law of the Constitutional Court. Subsequently, regulations adopted by the Regions and the Autonomous Provinces are examined, comparing the definitions of "formal" education and training and the way it is provided in the companies, more generally. The survey also points out the complexity and variety of the indicators adopted in the regional regulations for the definition of "formal" education and training.*

Il diritto sindacale e le relazioni industriali in Italia: l'esperienza di Gino Giugni e della Scuola barese

Gaetano Veneto

Sino alla fine degli anni Cinquanta il diritto del lavoro a Bari era un insegnamento piuttosto marginale della Facoltà di Giurisprudenza, tenuto per incarico da decenni da vari docenti di altre materie, per lo più civilisti o commercialisti.

Ed ecco che un giorno, nella Facoltà di Moro, Del Prete e De Robertis, dei giovani Dell'Andro e Spinelli, viene attribuito un incarico di insegnamento ad un giovane docente genovese, che si era formato a Roma per qualche anno, alla Scuola di Santoro Passarelli e Chiarelli, due grandi Maestri del diritto di origine pugliese, il primo altamurano, il secondo figlio di Martina Franca.

Gino Giugni approda a Bari, poco più che trentenne, dopo un'esperienza di studi e di lavoro completamente diversa da quella degli accademici tradizionali, non solo baresi, ma anche, per altre materie di studi, tipici di tutto il mondo accademico nel nostro Paese.

Laureatosi a Genova col vecchio Maestro di diritto corporativo, passato poi al diritto del lavoro, Casanova, con una tesi ⁽¹⁾, poi pubblicata e che sarebbe diventato il suo primo lavoro ⁽²⁾ subito citato da altri come novità e dal quale già emergeva l'originalità delle idee, Giugni aveva a lungo affinato i suoi strumenti non solo giuridici ma anche e soprattutto politici e sociologici, oltre che di economia, negli Stati Uniti, soprattutto all'UCLA, la famosa Università di Los Angeles.

Lì, con Frederick Meyers e col suo allievo prediletto Benjamin Aaron, Giugni studia le relazioni industriali, materia del tutto sconosciuta nel nostro Paese, una sintesi di diritto, economia, politica, sociologia, senza dimenticare gli strumenti della statistica e di altre scienze umane, ispirandosi al primo e più grande Maestro, creatore e sistematizzatore, a livello scientifico e didattico, di questa branca delle scienze umane. Parliamo di John Dunlop, dai cui testi, primo fra tutti quello intitolato proprio *Industrial Relations Systems*, Giugni prima e poi tutti noi suoi allievi e tutti i nuovi giuristi del lavoro, dagli anni Sessanta in poi, non avrebbero potuto non abbeverarsi.

Tornato in Italia, Giugni inizia un percorso di studi, di lavoro e di vita che poi avrebbe rigorosamente imposto, come allora era possibile nel mondo accademico, ad alcuni suoi allievi, soprattutto a chi scrive: esperienze di lavoro nelle aziende,

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari.*

⁽¹⁾ La tesi aveva come titolo *Dal delitto di coalizione al diritto di sciopero*, relatore Giuliano Vassalli.

⁽²⁾ G. GIUGNI, *La lotta sindacale nel diritto penale*, Vita e lavoro, Roma, 1951.

talvolta con stage, anche nelle fabbriche gomito a gomito con gli operai, con i capi, con i sindacati sui posti di lavoro. Giugni collabora con Mattei nell'Ufficio Studi dell'Eni, dove conobbe un giovane barese, Nico Perrone, dopo anni ritrovato a Bari come storico vivace ed originale nel suo stesso Ateneo, e, successivamente, in quello dell'Iri, guidato dai grandi Boyer e Glisenti, intrecciando così fertili rapporti di studio e collaborazione con illuminati e colti manager pubblici e direttori del personale che avrebbero fatto e vissuto, *in corpore vili*, la prima storia del moderno diritto sindacale italiano.

Breve ma ricchissima fu anche l'esperienza di questo giovane ed originale giuslavorista, così "irregolare" per quei tempi nelle aziende tradizionali e soprattutto per l'Accademia, nell'Olivetti. In questa grande ed illuminata azienda anche alcuni suoi allievi, ancora una volta per primo chi scrive, ebbero occasione di conoscere da vicino, attraverso dirette esperienze di lavoro, gli interlocutori e colleghi di Giugni nell'Ufficio Studi e del lavoro e in quello di una originale direzione del personale. Da Paolo Volponi ad Ottiero Ottieri, da Franco Ferrarotti a Giancarlo Lunati, il meglio della letteratura, della sociologia, della politica laica e liberal-radical, a cavallo fra gli ultimi anni Cinquanta e i primi anni Sessanta, si trovò impegnato ad Ivrea nella breve ma ricchissima esperienza di Comunità, sotto la guida di quello che forse è stato il più grande, se non l'unico, imprenditore democratico del nostro Paese, Adriano Olivetti.

Così a Bari arrivava un docente "originale" che da giovane, nell'immediato secondo dopoguerra, aveva anche attraversato una breve esperienza politica che gli aveva permesso di conoscere e fraternizzare con due concittadini di Bari che hanno lasciato un segno nella politica pugliese e nazionale, il compianto sindaco Pietro Laforgia e Rino Formica ancor oggi vivo, attivo e ricco di energie morali e culturali.

Questo era il professore attorno al quale e sotto la cui guida si formava una Scuola, l'*École Barisienne*, forse più forte e più resistente alla consunzione dei tempi, rispetto all'altra scuola della Facoltà di Lettere, quella politico-sociologica e filosofica che trovava in De Giovanni e Vacca il proprio punto di riferimento.

Anche la cultura giuslavoristica, sociologica, economica europea di grandissimo respiro aveva contribuito a formare la poliedrica figura del giurista, sociologo, politico del lavoro Gino Giugni. Il rinvio è alla grande Scuola tedesca di diritto del lavoro con l'esperienza, per certi versi anche visionaria, quanto ricca di straordinarie intuizioni di democrazia industriale, immediatamente precedente e poi contestuale alla breve parentesi della Repubblica di Weimar, prima del tracollo e della feroce parentesi nazista; a quella fioritura di un nuovo diritto del lavoro che, partendo da Lotmar, il primo e più grande Maestro, si era espressa soprattutto in Hugo Sinzheimer, ministro di Weimar e a Maestro ed ispiratore, egli stesso, di un amico e referente culturale costante di Giugni, Thilo Ramm. Sul Reno, a Lienz, Ramm sviluppava lo studio e l'insegnamento di un diritto del lavoro ispirato ad una democrazia industriale tutta mitteleuropea. Intrecciata a questi grandi disegni ed insegnamenti si affermava in fine la London School of Economics retta per decenni, nel campo delle relazioni industriali, dal più grande Maestro ed ispiratore di Giugni: Otto Khan-Freund. La lezione di Khan-Freund è rimasta il faro della *labour law and industrial relations* nel Regno Unito, come in Europa e i suoi insegnamenti sono stati poi seguiti e portati avanti alla stessa London School da

Wedderburn, a sua volta sodale di Gino Giugni in cui trovò, fino agli ultimi anni, il costante referente per l'Italia.

Da questo crogiuolo di esperienze, di studi, di conoscenze, Giugni ricavava energie e forza per creare in Italia, promuovendola da Bari, finalmente e per la prima volta, una nuova e moderna branca del diritto del lavoro, il diritto sindacale, fino ad allora limitato, nella ricerca e nella didattica, solo a poche pagine nei testi di diritto del lavoro dedicate al contratto collettivo e allo sciopero, in una ristretta e pedissequa analisi degli articoli 39 e 40 della Costituzione, fatte salve le poche eccezioni degli studi di grandi costituzionalisti, per tutti Mortati ed Esposito.

È ora tempo di fare un passo indietro, per un attimo.

Bari aveva visto negli anni Trenta, dopo pochi anni dall'istituzione di una vivace Università, la nascita di una importante Scuola: quella di diritto corporativo che, attraverso l'impegno di giovani docenti baresi (che oggi chiameremmo costituzionalisti) aveva cercato di portare a dignità scientifica, e soprattutto didattica, l'insegnamento dei rapporti di lavoro, specialmente collettivi, così come disciplinati del regime del tempo, in modo non certo liberale ma improntato ad una logica statualistica, ma ricondotti, comunque, in un'ottica coerente ed ordinata, quanto etero-gestita. La Scuola di diritto corporativo dell'Università barese aveva allora approfondito questa branca del diritto, largamente ispirata al diritto pubblico in coerenza col sistema emanazione proprio dello Stato corporativo e dei caduchi valori del fascismo.

Torniamo ora agli inizi degli anni Sessanta, dai quali siamo partiti, e all'Ateneo barese.

Con notevole sensibilità all'evoluzione della società e della nuova cultura giuridica, proprio quei docenti che si erano formati e avevano insegnato per primi nella Scuola di diritto corporativo, Pasquale Del Prete e Francesco Maria De Robertis, ormai non più giovanissimi, insieme ad altri docenti della Facoltà giuridica barese, sotto la sensibile e forte pressione di grandi maestri del diritto di origine napoletana, da Coviello a Minervini, da Bonifacio a Martorano o ancora a Francesco Capotorti, permisero a Giugni, appena insediatosi a Bari, di rilanciare una originale e grande scommessa, realizzata con la trasformazione della vecchia Scuola di diritto corporativo del lavoro, venuta meno con l'abrogazione del sistema cooperativo già nel periodo bellico ad opera del regio decreto legge 9 agosto 1943, n. 721. Così risorgeva dalle ceneri, con nuovi contenuti e valori del tutto diversi dai precedenti, una Scuola di perfezionamento, poi di specializzazione, in diritto del lavoro e relazioni industriali. Una Scuola che ispirata ai grandi valori di libertà e attività sindacale sanciti dal dettato costituzionale, sulla base proprio della ricchissima esperienza di Giugni, sarebbe stata, per oltre un ventennio, il punto di riferimento per tutta l'Accademia italiana, il faro del rinnovato diritto del lavoro e soprattutto, al suo interno, di un diritto sindacale finalmente di respiro internazionale, non solo europeo.

Erano i primi anni Sessanta, quelli dell'Italia entrata nell'arengo delle potenze industriali capitalistiche, con una veloce ascesa fino a raggiungere, alla fine del decennio, un meritato settimo posto, secondo la valutazione degli economisti e dei politici del tempo. Così, in quel periodo, Giugni formava molti giovani, baresi e non, allo studio del diritto sindacale, che era la prosecuzione, costituendone insieme la totale alternativa, dello studio dei rapporti collettivi nel campo del di-

ritto del lavoro, così come era stato iniziato nel periodo corporativo a Bari con la vecchia Scuola.

Attraverso Giugni, in Puglia e poi in Italia, col sostegno, in parallelo, della neonata Scuola di Bologna, sotto la guida di un altro grande Maestro prematuramente scomparso, Giuseppe Federico Mancini, caposcuola dell'Ateneo bolognese, finalmente si poteva studiare quella "autonomia collettiva" introdotta, anche con la pubblicazione di un volume ad essa dedicato ⁽³⁾, proprio da Giugni, con tutte le esperienze, le venature, le sfumature, rinvenibili nelle opere degli studiosi americani ed europei, già sopra ricordati, ai quali non si possono non aggiungere, per la grande capacità di trasposizione e diffusione dei messaggi e dei valori tipica di Giugni, i grandi sociologi, da Naville a Crozier, e i grandi economisti-sociologi come Dahrendorf. Così fioriva anche in Italia la grande Scuola di sociologi del lavoro, che ha trovato il più significativo riferimento in Luciano Gallino, non a caso anch'egli collaboratore di Adriano Olivetti e stretto sodale di Gino Giugni nell'esperienza di Ivrea. Weber era il primo testo che Giugni imponeva a tutti noi come necessaria lettura di base per avvicinare "economia e società" al diritto, ed in particolare al diritto del lavoro; seguivano poi le altre letture "imposte" e l'assimilazione critica dei saggi di tutti i grandi sociologi, del lavoro in particolare, italiani (e non solo), primi fra tutti quelli appena citati.

Così negli anni Sessanta nasceva a Bari una fucina didattica e scientifica unica nella storia dell'accademia italiana. Alla Scuola di perfezionamento di Giugni si avvicendavano docenti come l'economista e statistico Isidoro Mariani dell'Ufficio Studi di Confindustria, il sociologo del lavoro Luciano Vicentini del Formez. Soprattutto, nella terra di Giuseppe Di Vittorio, venivano ad insegnare le relazioni industriali i protagonisti del movimento sindacale italiano, Bruno Trentin e Luciano Lama, quest'ultimo il più grande forse, dopo Di Vittorio, leader sindacale, iniziatore sensibile di una nuova democrazia nei rapporti collettivi di lavoro, che avrebbe trovato la sua massima espressione, nella seconda metà degli anni Settanta, nel famoso patto Lama-Agnelli, vero modello di *industrial democracy* di respiro internazionale.

Questa era l'esperienza scientifica e didattica che si sviluppava a Bari e non a caso da Bari Giugni poteva proporre o collaborare anche a grandi innovazioni di politica legislativa. Nel 1966 partecipava alla elaborazione di una legge sulla giusta causa e sul giustificato motivo nei licenziamenti, la novella che ribaltava la logica del Codice del 1942, che aveva individuato nel recesso libero, cioè nel licenziamento senza causa, il *genus* e nella *motivazione*, la giusta causa, l'eccezione, con l'articolo 2119 del codice civile.

Ma sarebbe stata la grande legge 20 maggio 1970, n. 300, lo Statuto dei lavoratori, a proporsi come l'architrave della nuova *Industrial democracy* italiana (ed europea) dei nuovi rapporti collettivi sui posti di lavoro, dei nuovi diritti dei lavoratori/cittadini, figli non di un Dio minore, ma, pur con i limiti della subordinazione, protetti e garantiti dalla stessa Carta costituzionale che proteggeva e protegge i lavoratori autonomi e ogni altra tipologia di cittadini della nostra Repubblica. Con l'impegno da protagonista sulla stesura di questa legge, Giugni compie a Bari, con la sua Scuola, l'*opus* che avrebbe segnato la storia del diritto del lavoro e

⁽³⁾ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

del diritto sindacale fino alla fine del secolo scorso, predisponendo un testo di legge frutto del lavoro di una Commissione da lui presieduta a Roma tra l'autunno del 1969 e la primavera del 1970.

A questo proposito, sia consentito ancora un passo indietro.

Molti sanno che Giuseppe Di Vittorio, negli ultimi anni della sua grande parabola di vita spesa tutta in un appassionato e totale impegno politico e sindacale, attraversò una sofferta quanto grande e profonda riflessione, in parte anche autocritica, sulla sua precedente esperienza di uomo di partito ma soprattutto di uomo di battaglie sindacali per l'affrancamento dei lavoratori, in tutto il mondo, dalla subordinazione cupa che il capitalismo più gretto imponeva nelle fabbriche e in tutti i luoghi di lavoro. Così il grande "bracciante figlio del Sud" cominciò a coltivare e a lanciare la proposta di uno "statuto dei lavoratori", una legge a tutela di tutti i lavoratori, delle fabbriche e della terra, subordinati, "troppo" subordinati, rispetto ad un dettato costituzionale della nostra Carta del 1948 che, nei primi articoli sui diritti fondamentali e inviolabili dei cittadini, sancisce uguaglianza, libertà e dignità per tutti.

Di Vittorio, per un attimo allontanandosi e superando gli steccati della semplice, e forse troppo semplicificante, "lotta di classe", bandiera delle sue idee e della sua vita, cominciava a parlare, nella seconda metà degli anni Cinquanta, poco prima della sua morte, di uno Statuto per garantire, con legge parlamentare, le libertà costituzionali fondamentali ai singoli lavoratori, ridando loro una dignità che, in nome di una subordinazione non altrimenti limitata, veniva quotidianamente, al Nord e al Sud, in tutti i posti di lavoro, calpestata e negata da un'impresoria che, per ragioni storiche e tradizionale grettezza culturale, era ben lontana da quella degli altri Paesi europei e nord-americani impegnati nello sviluppo della società capitalistica dopo i primi anni della ripresa post-bellica.

La parola d'ordine era: introduciamo la Costituzione nelle fabbriche. Ma questo grande e nobile messaggio, per la novità dei profondi contenuti politici rispetto a quei tempi e per la prematura morte del grande leader di Cerignola, nel 1957, restò lettera morta per molti anni.

Nel 1970 a Bari, dove continuava la sua opera di docente e di formatore di giovani allievi, Giugni riprendeva, allora, i valori del messaggio di Di Vittorio anche sul piano della ricerca e della didattica nelle aule dell'Ateneo barese, arricchendo la tematica con contenuti e metodi della democrazia industriale del capitalismo moderno, reso sensibile dalle scosse dell' "autunno caldo" di fine anni Sessanta. Egli così affinava e concludeva, di suo pugno, il lavoro della Commissione da lui presieduta presso il Ministero del lavoro allora retto dai grandi Ministri Brodolini prima e Bertoldi dopo, elaborando il testo di quella che sarebbe stata la nuova organica legge per i lavoratori subordinati ed insieme per i sindacati, la legge n. 300/1970. Così il diritto del lavoro a Bari, tra la metà degli anni Sessanta ed i primi del decennio successivo, fiorendo insieme al suo Maestro, diventava il faro per l'intero sistema delle relazioni industriali del Paese.

Nel 1975 Giugni si trasferiva a Roma dove avrebbe tenuto l'insegnamento di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali alla Sapienza, fino al passaggio all'esperienza politica e di Governo, con tutte le sue armi e i suoi bagagli, culturali e di sensibilità al continuo divenire della società e ai bisogni degli uomini. Così il Maestro passava, a Bari e poi a Roma, il testimone della ricerca e della

didattica ai suoi allievi e iniziava quell'opera, altrettanto importante, di politico e legislatore che l'avrebbe visto in prima linea tra la fine degli anni Ottanta e la prima metà dei Novanta. Da consigliere di Craxi prima, a Ministro nel grande Governo Ciampi, nel passaggio delicato da una morente Prima Repubblica ad una Seconda tutta da scoprire, o meglio da inventare, ancora oggi, per il superamento della crisi istituzionale, con un grande impegno per il rigore economico e sociale, la razionalizzazione dei conflitti e la disciplina dei nuovi rapporti di lavoro. Nel nuovo ruolo istituzionale, Giugni si impegnava in quell'opera che avrebbe creato anche nuovi modelli nel campo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, come nel caso della "concertazione", momento di sublimazione e superamento del conflitto sociale. Passando attraverso la consultazione, la concertazione, dando un pieno spazio alla contrattazione, si poneva infine come modello del completamento e della composizione del conflitto sociale. Il modello della democrazia industriale di Dunlop, sempre caro al Maestro ligure, romano e barese, poteva finalmente concretizzarsi in una corresponsabilizzazione "concertata" tra le forze sociali, per superare la crisi, allora come ora, e dare al Paese un più ampio orizzonte di democrazia economica e politica.

Si è prima parlato dell'impegno nella didattica di Giugni e della sua Scuola barese.

Sul tema, antico ma sempre attuale, dell'insegnamento e della diffusione della cultura nel mondo accademico ma, anche e soprattutto, nell'intera società, sia concessa un'ultima breve ma essenziale digressione, anche di carattere personale. Proprio con Giugni, e sotto la guida di Aldo Fabris, grande Maestro della formazione di quadri aziendali e, più in generale, della formazione nelle Aziende e nelle Scuole di formazione, universitarie o a queste collegate, a Bari e, parallelamente in altre sedi, nasceva la grande formazione post-universitaria.

Dal 1960 in poi, come prima si è anticipato, Giugni aveva insegnato alla Scuola Quadri dell'Eni, in parallelo a quella della Cisl a Firenze, e successivamente e soprattutto dal 1962 a quella dell'Iri, l'Ifap a Roma, sotto la direzione di Aldo Fabris. Qui si creava l'organico di nuovi dirigenti dell'industria pubblica, mito e riferimento per una vera *industrial democracy* che si sostituiva progressivamente alla vecchia e gretta politica dell'industria privata. Qui si tentava di instaurare un nuovo e dialettico rapporto tra l'insegnamento nell'accademia e la formazione manageriale. Le relazioni industriali diventavano nella formazione materia di studio, come e più del marketing, della statistica, dell'economia. Ma anche nella didattica accademica, in parallelo, in un costante intreccio con la cultura manageriale, Giugni si proponeva in Italia come il primo Maestro delle relazioni industriali. Molti di noi, suoi allievi, abbiamo seguito quella strada e abbiamo portato, insieme e dopo Giugni e Fabris, l'insegnamento delle Industrial Relations così come trasferitoci dal Maestro genovese e, forse ancor più barese, in Italia e nel mondo, dal Brasile alla Colombia, dal Venezuela alla Bulgaria, dalla Russia ad altri Paesi europei. Così quel sistema che vede protagonisti datori di lavoro e lavoratori, con la partecipazione, ora protettiva, ora dispotica, ora tollerante e stimolante, dello Stato (attraverso l'espressione dei suoi pubblici poteri a livello centrale o locale) nella gestione dei conflitti sociali e del lavoro, è diventato, attraverso la Scuola barese e poi tutte le altre che sono fiorite in Italia, oltre che una materia di studio ed insegnamento, una delle componenti essenziali, ancor tutta

da sostenere ed incrementare, dello sviluppo, non solo culturale, ma insieme economico e sociale, della nuova democrazia industriale nel nostro Paese.

Il diritto sindacale e le relazioni industriali in Italia: l'esperienza di Gino Giugni e della Scuola barese – Riassunto. *L'A. nel ricordare i momenti principali della formazione e della attività del Maestro Gino Giugni, le personalità di studiosi, italiani e stranieri, del mondo sindacale, politico ed economico, che hanno attraversato la sua vita, ripercorre il pensiero e l'opera, scientifica, accademica, politica e istituzionale, del grande studioso di diritto del lavoro e delle relazioni sindacali e il profondo legame con la scuola barese di diritto del lavoro da lui fondata. Attraverso il suo ricordo l'A. ripercorre così anche il contributo che il Maestro e la sua scuola hanno dato all'evoluzione del diritto del lavoro e delle relazioni sindacali in Italia.*

The right to organize and industrial relations: The experience of Gino Giugni and the School of Bari (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the ideas and the main events in the academic career of Prof. Gino Giugni, the eminent labour law and industrial relations scholar, describing his activity in academic, political, economical and institutional terms. The paper also analyses the role of the School of Labour Law he founded in Bari, highlighting the contribution that Prof. Giugni and his School made to the development of Labour Law and Industrial Relations in Italy.*

La nuova direttiva sui Comitati Aziendali Europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?

Anna Alaimo

Sommario: **1.** La revisione della direttiva sui CAE: dal 1999 al 2009, un percorso lungo con un approdo deludente. – **2.** La direttiva n. 2009/38/CE: l'anomalia procedurale. Dalla crisi della contrattazione collettiva comunitaria al nuovo ruolo istituzionale delle parti sociali. – **3.** La nuova direttiva sui CAE: le novità... – **4.** *Segue:* ... e i silenzi. – **5.** Trasposizione delle norme comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori e nuovi progetti di legge sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese: due binari che non si incrociano.

1. A distanza di dieci anni dal previsto riesame della direttiva n. 94/45/CE, riguardante l'istituzione di un Comitato Aziendale Europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie ⁽¹⁾, la nuova direttiva n. 2009/38/CE (rifusione) è stata approvata dal Parlamento e dal Consiglio il 6 maggio del 2009.

L'approdo del processo di revisione non è stato rapido, né è avvenuto seguendo un itinerario istituzionale lineare; il procedimento – avviato, già nel 2004, con la formale consultazione delle parti sociali (*ex* articolo 138 TCE) – ha subito una significativa battuta d'arresto negli anni 2006 e 2007, dopo i quali – grazie all'input della Presidenza francese dell'UE – è stato ripreso dalla Commissione nel 2008 con l'apertura di un'ulteriore fase di consultazione, conclusasi il 2 luglio 2008 con la presentazione del nuovo testo della direttiva ⁽²⁾.

Mentre le parti sociali sono intervenute nell'ultima fase del processo di revisione con un "Avviso comune", adottato nell'agosto del 2008 ⁽³⁾, l'impiego della procedura di codecisione (*ex* articolo 251 TCE) ha fatto sì che alla proposta della Commissione abbiano fatto séguito una relazione ed risoluzione del Parlamento europeo – rispettivamente nel novembre e del dicembre 2008 ⁽⁴⁾.

* *Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Catania.*

⁽¹⁾ L'art. 15 della direttiva n. 94/45/CE prevedeva che entro il 22 settembre 1999 la Commissione riesaminasse, in consultazione con gli Stati membri e le parti sociali, le modalità di applicazione della direttiva, proponendo, se del caso, al Consiglio eventuali modifiche al testo originario.

⁽²⁾ Tutte le tappe del processo di revisione sono riportate in F. ALIAS (a cura di), *I quattordici anni di applicazione della direttiva n. CAE e la sua rifusione*, Boll. speciale Adapt, 2009, n. 1. Per un altro *excursus*, si veda il Rapporto della EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *European Works Councils in practice: Key research findings*, 2008, 1-4.

⁽³⁾ *Joint Advice by the Social Partners of the European Works Council "Recast" Directive*, 29 agosto 2008, in www.etuc.org.

⁽⁴⁾ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 dicembre 2008; Relazione del Parlamento europeo A6-0454/2008 del 19 novembre 2008.

Dal termine previsto dall'articolo 15 della direttiva n. 94/45/CE per il riesame della direttiva (che era quello del 22 settembre 1999) e dalla presentazione della prima Relazione della Commissione sullo stato di applicazione della normativa del 1994 ⁽⁵⁾ sono, dunque, trascorsi dieci anni; un tempo che, come si vedrà, non appare proporzionato all'entità delle modifiche apportate. Queste ultime non appaiono molte né significative, vuoi perché alcuni adattamenti dell'originaria normativa a questioni emerse dopo l'entrata in vigore della direttiva n. 94/45/CE erano già avvenuti in via interpretativa grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, vuoi perché alcune novità – quella riguardante, per esempio, l'ambito delle competenze dei Comitati Aziendali Europei (d'ora in poi CAE) – appaiono piuttosto deludenti, perché troppo “timide” rispetto all'obiettivo – dichiarato nel preambolo – di «garantire l'effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori». Verrebbe così da dire che “la montagna ha partorito il topolino”.

2. La prima osservazione da compiere riguarda la procedura seguita nel processo di revisione e, in particolare, il ruolo assunto dalle parti sociali.

Analogamente a quanto accaduto in altre recenti occasioni ⁽⁶⁾, il circuito della contrattazione collettiva “istituzionale” (o “*statutory*”) predisposto dall'articolo 138, § 4, TCE, sebbene aperto dalle consultazioni avviate dalla Commissione sin dal 2004, non ha, in questa occasione, funzionato, avendo le parti sociali operato un *self restraint* del potenziale ruolo di regolazione loro conferito dall'articolo 138, § 4, TCE.

Fra le due funzioni attribuite da tale disposizione al coinvolgimento delle parti sociali nell'ambito delle proposte riguardanti la politica sociale (articolo 138, §§ 2, 3 e 4, TCE) – quella *consultiva* (riguardante sia l'*an* che il *merito* delle proposte della Commissione) e quella più propriamente *normativa* – le parti sociali si sono limitate, anche in questa occasione, a svolgere soltanto la prima funzione, rinunciando a quella avocazione di potere normativo, consentita dall'epoca dell'Accordo sulla Politica Sociale (APS) allegato al Trattato di Maastricht, per conferire una sostanziale priorità della fonte negoziale su quella istituzionale ed eteronoma. È stata, così, abbandonata una prassi felicemente invalsa alla fine degli anni novanta: quella degli accordi direttamente regolativi di materie sociali ai quali è stata data successiva attuazione con direttive del Consiglio (c.d. *statutory agreements*) ⁽⁷⁾: si vedano gli accordi recepiti dalle direttive sui congedi parentali (14 dicembre 1995, attuato con direttiva n. 96/34/CE), sul part-time (6 giugno 1997, attuato con direttiva n. 97/81/CE) e sul lavoro a tempo determinato (18 marzo 1999, attuato con direttiva n. 99/70/CE) ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sullo stato di applicazione della direttiva del 4 aprile 2000, COM(2000)188 def., sulla quale si veda il breve intervento di M. BIAGI, *La direttiva CAE dopo sei anni: il successo di un nuovo modello?*, in *q. Rivista*, 2000, 507.

⁽⁶⁾ Cfr., per es., la direttiva n. 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

⁽⁷⁾ Sulla distinzione fra *statutory agreements* – recepiti in direttive del Consiglio – e *non-statutory agreements* – autonomamente resi efficaci dalle parti sociali – si veda S. SMISMANS, *The European Social Dialogue in the Shadow of Hierarchy*, in *Journal of Public Policy*, 2008, vol. 28, n. 1.

⁽⁸⁾ Ai tre accordi richiamati nel testo – che costituiscono gli esempi più noti di accordi *statutory* – vanno aggiunti gli Accordi sull'orario di lavoro della gente di mare (30 settembre 1998, attuato con direttiva n.

Come già accaduto in materia di lavoro interinale (direttiva n. 2008/104/CE), l'adozione della nuova direttiva sui CAE ha così comportato un ripristino della priorità dell'intervento normativo istituzionale – anche se “controllato” dalla partecipazione *consultiva* delle parti sociali al processo regolativo – su quello negoziale.

Sia pure dimensionata a funzione meramente consultiva, la presenza delle parti sociali ha, tuttavia, influenzato, sin dall'inizio della procedura di revisione, l'andamento della proposta della Commissione e ciò è vero tanto per suoi tempi di avanzamento, quanto per i suoi contenuti. Nella prima fase del processo di consultazione – quella avviata dalla Commissione nel 2004 – l'UNICE (ora BusinessEurope) ha, per esempio, posto un decisivo freno al processo di revisione, ritenendo necessaria, in tempi di allargamento dell'UE a nuovi Stati, una verifica della situazione e della composizione dei CAE dopo l'ingresso, in questi ultimi, dei rappresentanti dei nuovi Paesi membri. Ai pareri espressi dalla CES si devono, d'altra parte, alcuni nuovi contenuti della direttiva, in particolare quelli riguardanti la possibilità di una maggiore cooperazione tra i sindacati europei e i CAE e lo stesso diritto alla formazione, che viene ora espressamente attribuito ai membri dei Comitati e delle Delegazioni Speciali di Negoziazione (DSN).

Ma tutto ciò non esaurisce le novità osservabili nel processo di gestazione della nuova direttiva. Non soltanto si è assistito, infatti, ad un arretramento della funzione negoziale-normativa delle parti sociali a vantaggio di quella consultiva: il che non avrebbe impedito di riportare l'intero procedimento normativo entro gli argini dell'articolo 138 TCE. La novità – o, se si preferisce, l'anomalia procedurale – più significativa è che, al di fuori degli schemi previsti dall'articolo 138 TCE e della conseguente e invalsa prassi dei “pareri” delle parti sociali, l'adozione della direttiva n. 2009/38/CE è stata preceduta dal già richiamato “Avviso comune” (firmato da UNICE, CES, UEAPME, CEEP) nel quale – attraverso un articolato simile a quello di un testo normativo – sono state presentate tutte le modifiche proposte al testo della direttiva. Non si è trattato, tuttavia, di un accordo pre-legislativo, *ex* articolo 138, § 4, TCE, ma di un “Avviso comune” per l'appunto: un testo contrattuale di diversa natura la cui adozione ha allontanato l'attività negoziale delle parti sociali europee da quella formale e preconstituita (dall'APS del 1992) «dimensione “servente” [...] nei confronti della funzionalità del sistema di produzione normativa comunitaria»⁽⁹⁾, facendole recuperare, piuttosto, caratteri di informalità e di volontarismo che significativamente la riportano a dinamiche più autonome che etero-regolate.

Se questa tendenza delle parti sociali ad influenzare la produzione normativa in materia sociale con manifestazioni negoziali dell'autonomia collettiva diverse da quelle scaturite dall'applicazione degli artt. 138, § 4, e 139, § 2, TCE (accordo generato dall'apertura delle consultazioni da parte della Commissione e successiva sua implementazione tramite direttiva n. del Consiglio) troverà conferma nelle successive iniziative legislative, sarà probabilmente possibile parlare di un decli-

1999/63/CE); l'orario di lavoro del personale di volo (22 marzo 2000, attuato con direttiva n. 2000/79/CE); le condizioni di lavoro dei lavoratori mobili che effettuano servizi di interoperabilità transfrontaliera nel settore ferroviario (27 gennaio 2004, attuato con direttiva n. 2005/47/CE).

⁽⁹⁾ A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999, 257.

no della contrattazione collettiva “istituzionale”. La riduzione, da parte del legislatore comunitario, dell’esercizio dell’autonomia collettiva delle parti sociali ad una funzione meramente “servente” il sistema di produzione normativa comunitaria – ovvero a semplice *step* del “procedimento integrato” di cui all’articolo 138 TCE⁽¹⁰⁾ – ha infatti finito, per una certa fase, per obliterare altre e diverse possibili manifestazioni dell’autonomia collettiva a livello comunitario: dallo sviluppo di forme autonome di contrattazione collettiva – che, recentemente, si sono sempre più diffuse in ambito comunitario⁽¹¹⁾ – a modalità di intervento delle parti sociali nei processi di produzione normativa in materia sociale meno standardizzate e più flessibili che, come in questo caso, possono collocarsi a metà strada fra l’accordo pre-legislativo ed il parere consultivo. Di tali diverse modalità di intervento l’“Avviso comune” presentato in occasione della revisione della direttiva sui CAE costituisce, certamente, significativo esempio.

3. Ma veniamo, subito, alle novità della nuova direttiva.

Di quest’ultima occorre considerare, innanzitutto, gli obiettivi dichiarati nel preambolo⁽¹²⁾, rispetto ai quali la lettura del testo si rivela, tuttavia, piuttosto deludente: le disposizioni della direttiva non sembrano, infatti, perfettamente in grado di garantire l’effettivo raggiungimento degli obiettivi dichiarati.

Scopo del nuovo provvedimento è, *in primis*, quello di «garantire l’effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori»; ulteriori obiettivi dichiarati sono quelli, «di innalzare la percentuale di istituzione dei Comitati Aziendali Europei»⁽¹³⁾; «di risolvere i problemi constatati nell’applicazione pratica della direttiva n. 94/45/CE e di superare l’incertezza del diritto derivante da alcune disposizioni o dall’assenza di alcune disposizioni nella direttiva medesima»; «di garantire una migliore articolazione tra gli strumenti legislativi comunitari in tema di informazione e di consultazione dei lavoratori».

Al primo e all’ultimo obiettivo vanno, così, correlate le nuove definizioni di informazione e di consultazione (rese conformi a quelle contenute in altre direttive sul coinvolgimento dei lavoratori: direttiva n. 2001/86/CE e direttiva n. 2002/14/CE), nonché la determinazione dell’ambito di competenza dei CAE alle sole “questioni transnazionali”; al terzo la previsione dell’obbligo di rendere le informazioni indispensabili all’avvio dei negoziati (relativi alla istituzione dei CAE) in capo *a tutte le imprese* del gruppo di dimensioni comunitarie, e non solo (come nel precedente testo) in capo alla direzione centrale.

Ma procediamo con ordine, seguendo il testo della direttiva.

a) La prima novità riguarda la determinazione della competenza dei CAE, che viene espressamente limitata alle sole «questioni transnazionali». Queste ultime sono definite come le questioni «riguardanti l’impresa di dimensioni comunitarie

⁽¹⁰⁾ In relazione all’art. 138 TCE parla di “procedimento integrato”, distinguendolo da quello “autonomo”, ex art. 139, § 1, TCE, D. COMANDÈ, *Negoziato e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, Tesi di dottorato, 2009, 62-63.

⁽¹¹⁾ Sull’attuale e crescente sviluppo, in ambito comunitario, di forme autonome di contrattazione collettiva, soprattutto a partire dal 2000, si veda per tutti, S. SMISMANS, *op. cit.*, 161.

⁽¹²⁾ Cfr. il settimo “considerando”.

⁽¹³⁾ Come emerge dal Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., il 64% delle imprese e dei gruppi di dimensioni comunitarie rientranti nell’ambito di applicazione della direttiva sono, infatti, privi di CAE.

o il gruppo di imprese nel loro complesso o almeno due imprese o stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due Stati membri diversi». Trattasi di definizione ristretta (la cui introduzione è dipesa dalla posizione assunta, in merito, da BusinessEurope), che non consente di ascrivere alla competenza dei comitati questioni nazionali delle quali è tuttavia possibile ipotizzare anche un riverbero a livello transnazionale; un'eventualità, quest'ultima, contemplata nel preambolo, in cui si scorge, invece, una maggiore apertura definitoria. In base al sedicesimo "considerando" sono, infatti, da considerarsi transnazionali non soltanto le questioni che riguardano l'impresa o il gruppo nel suo complesso o almeno due Stati membri (come recita l'articolo 1, § 4, del testo), ma anche quelle *comunque «importanti per i lavoratori europei in termini di portata dei loro effetti potenziali o che comportano il trasferimento di attività tra Stati membri»*.

Se è ovvio che l'unica definizione vincolante (i.e.: munita di effetti normativi) è quella del testo, non è, tuttavia, escluso che, in via interpretativa, la Corte di giustizia possa fare leva sull'apertura del preambolo allargando l'ambito della competenza dei CAE ⁽¹⁴⁾. Resta allora da chiedersi se la discordanza tra l'articolato ed il preambolo sia in qualche modo consapevole – lasciata lì, proprio per consentire alla CGCE di compiere, in via interpretativa, aggiustamenti della normativa che la resistenza del sindacato europeo degli imprenditori non ha consentito alla normativa istituzionale – o se sia, viceversa, involontaria, dovuta ad un semplice difetto di coordinamento fra il preambolo ed il testo.

La più ristretta definizione contenuta nel testo si rivela, in ogni caso, coerente con l'impostazione generale seguita dalla direttiva relativamente ai rapporti fra CAE – organismi di rappresentanza di lavoratori di livello transnazionale – ed organismi di rappresentanza dei lavoratori di livello nazionale e al previsto coordinamento fra diritti di informazione e di consultazione dei primi e dei secondi (articolo 6, § 2, lettera c). Nel prevedere che l'accordo istitutivo dei CAE determini le modalità di coordinamento fra l'informazione e la consultazione del comitato e degli organi di rappresentanza nazionali dei lavoratori «nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, paragrafo 3» (i.e.: nel rispetto della regola della limitazione della competenza dei CAE alle sole questioni transnazionali), la direttiva finisce, infatti, per operare una rigida separazione di quelle che, rispettivamente, sono le competenze delle strutture di rappresentanza dei lavoratori di livello nazionale e transnazionale (CAE).

Se l'obiettivo sembra quello di provvedere ad una gelosa custodia delle prerogative degli organismi di rappresentanza nazionale a scapito dei CAE, viene, tuttavia, da chiedersi se tali previsioni non finiscano pure per realizzare una riduzione dei diritti di coinvolgimento delle strutture di rappresentanza nazionali, i cui diritti finiscono per ridimensionarsi se si ritiene che gli organismi nazionali siano esclusi – proprio per effetto di tale rigida separazione di competenze – dall'ambito delle informazioni e delle consultazioni riguardanti le "questioni transnazionali".

La delimitazione tanto dell'uno quanto dell'altro ambito di competenze non appare, insomma, opportuna, specie se si considera che un modo per rendere più fluide le prassi dell'informazione e della consultazione, tanto relativamente alle rappresentanze nazionali quanto a quelle transnazionali (rendendone, in definiti-

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. ALIAS, *Il varo imminente della nuova Direttiva CAE*, Working Paper Adapt, 2008, n. 70, 6.

va, più effettivi i diritti), sarebbe stato quello di mettere in comunicazione – e non, invece, di separare – gli ambiti delle rispettive competenze, prevedendo, eventualmente, ambiti di contitolarità dei diritti, piuttosto che di titolarità esclusiva.

b) La seconda novità riguarda le definizioni di informazione e di consultazione. Si rammenti che nella versione originaria della direttiva sui CAE l'informazione non veniva neppure definita, mentre della consultazione veniva data una definizione assai laconica, tale da non chiarirne la possibile incidenza sui processi decisionali dell'impresa. La direttiva n. 94/45/CE si limitava a definirla, infatti, come «lo scambio di opinioni o l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato»⁽¹⁵⁾.

All'epoca della adozione della direttiva n. 94/45/CE l'Unione non era ancora provvista, del resto, di altre normative sull'*employee involvement*. È infatti noto che la direttiva sui CAE funge da antesignana di una serie di direttive adottate, fra il 2001 ed il 2003, in materia di *employee involvement*: le due direttive “gemelle” (direttive n. 2001/86/CE e n. 2003/72/CE) sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea e nella Società cooperativa europea e la Direttiva n. 2002/14/CE, istitutiva di un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea.

Poiché in tali direttive – e soprattutto nelle due “gemelle” del 2001 e del 2003 – sono presenti diverse e più esaurienti definizioni di informazione e di consultazione, una modifica molto richiesta, soprattutto da parte sindacale (CES), era stata, sin dall'inizio del processo di revisione, quella relativa all'adeguamento delle definizioni presenti nel testo del 1994 alle nuove – e più esaurienti – definizioni fornite dalle più recenti direttive sull'*employee involvement*.

Nella direttiva n. 2001/86/CE (come nella direttiva n. 2003/72/CE) si legge, infatti, che la consultazione deve svolgersi «con tempi, modalità e contenuti *che consentano* ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, *di esprimere* – circa le misure previste dall'organo competente – *un parere di cui si può tener conto nel processo decisionale*»; si costruisce, pertanto, una nozione di consultazione che ne fa una prassi di *potenziale* (del parere si può, non si deve tenere conto), ma *effettivo*, coinvolgimento dei lavoratori nei processi decisionali dell'impresa.

Nella definizione dell'informazione si stabilisce, d'altra parte, che essa deve avvenire «con tempi, modalità e contenuti che consentano ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad una valutazione approfondita dell'eventuale impatto e, se del caso, di *preparare consultazioni*» con gli organi competenti. L'informazione viene, così, concepita come possibile prodromo della consultazione, costruendosi una sequenza di momenti partecipativi nella quale al primo segmento – quello dell'informazione – può seguire l'ulteriore tratto della consul-

⁽¹⁵⁾ Più ampie ed esaurienti definizioni di consultazione sono state, tuttavia, introdotte dagli accordi istitutivi, che in una serie di casi – riferiti da M. CARLEY, M. HALL, *European Works Councils and Transnational Restructuring*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublino, 2006, 13 – hanno previsto il diritto dei CAE di esprimere un formale parere sulla proposta dell'impresa; di formulare raccomandazioni o, addirittura, di negoziare accordi a conclusione del processo di consultazione.

tazione, potenzialmente più in grado di incidere sui processi decisionali dell'impresa.

Sono queste due definizioni ad essere riprese, ora, dalla direttiva n. 2009/38/CE⁽¹⁶⁾, che, nel disciplinare l'esercizio dei diritti di informazione e di consultazione nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie, può avvalersi, diversamente dalla direttiva del 1994, del completamento, in ambito comunitario, di un itinerario normativo – quello in tema di *employee involvement* – durato trent'anni, per molti aspetti tortuoso, ma alla fine approdato a testi normativi nei quali sono presenti esaurienti definizioni di informazione e di consultazione.

È questa, probabilmente, la novità più apprezzabile della direttiva n. 2009/38/CE, con la quale il decreto legislativo italiano, di trasposizione della direttiva del 1994 (decreto legislativo n. 74/2002), dovrà certamente fare i conti, dal momento che esso ha recepito la più stringata definizione di consultazione presente nel testo comunitario del 1994; mentre, per quanto riguarda l'informazione, il decreto legislativo n. 74/2002 ha introdotto una definizione molto minimale, limitandosi a qualificarla in termini di «fornitura di dati, elementi e notizie».

L'adeguamento alla nuova normativa comunitaria imporrà, sicuramente, un ampliamento di entrambe le nozioni⁽¹⁷⁾, che non dovrà rispondere ad una esigenza di semplice adeguamento lessicale, ma, piuttosto, alla necessità di rendere *effettivi* i diritti di informazione e di consultazione, precisando, sotto il profilo sostanziale, il modo in cui, attraverso l'esercizio di tali diritti, le rappresentanze dei lavoratori delle imprese e dei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie potranno influenzare le decisioni riguardanti le «questioni transnazionali».

c) Nel dichiarato obiettivo di innalzare la percentuale di istituzione dei Comitati Aziendali Europei⁽¹⁸⁾ e di risolvere uno dei più delicati problemi constatati nell'applicazione pratica della direttiva n. 94/45/CE – quello delle informazioni preliminari alla costituzione dei CAE – la direttiva n. 2009/38/CE recepisce le soluzioni prospettate dalla CGCE nei casi *Bofrost*⁽¹⁹⁾, *Kühne & Nagel AG* ed *Anker*⁽²⁰⁾, in merito alle responsabilità imprenditoriali di trasmettere le informazioni necessarie per l'avvio dei negoziati.

⁽¹⁶⁾ E che venivano, sostanzialmente, riproposte anche dalla direttiva n. 2002/14/CE, sia pure non nel contesto del suo art. 2, contenente le definizioni, ma nel corpo dell'art. 4, relativo alle modalità dell'informazione e della consultazione.

⁽¹⁷⁾ E, dunque, una modifica dell'art. 2, comma 1, lett. g, d.lgs. n. 74/2002.

⁽¹⁸⁾ Cfr. le percentuali riferite, *retro*, alla nota 13.

⁽¹⁹⁾ C. Giust. 29 marzo 2001, causa C-62/99, *Betriebsrat der Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG c. Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG*, in *DL*, 2001, II, 125, con nota di F. GUARRIELLO, *La prima volta della direttiva sui CAE (n. 94/45 CE) davanti alla Corte di Giustizia: Bofrost o della latitudine dei diritti di informazione riconosciuti alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della costituzione del Comitato Aziendale Europeo*.

⁽²⁰⁾ C. Giust. 13 gennaio 2004, causa C-440/00, *Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG c. Kühne & Nagel AG & Co. KG*, in *NGL*, 2004, 267; in *DL*, 2004, II, 251, con nota di F. GUARRIELLO, e in *RGL*, 2004, II, 827, con nota di G. VERRECCHIA, *Il ruolo della direzione centrale presunta e delle altre imprese del gruppo nella procedura di costituzione di un Comitato Aziendale Europeo*; C. Giust. 15 luglio 2004, causa C-349/01, *Betriebsrat der Firma ADS Anker GmbH c. ADS Anker GmbH*, in *FI*, 2004, IV, c. 405; su quest'ultima sentenza si veda anche V. PUTRIGNANO, *La partecipazione ed il coinvolgimento dei lavoratori nei gruppi: gli orientamenti comunitari*, in *DML*, 2004, 847; D. DIVERIO, *Comitato Aziendale Europeo e obblighi di informazione del lavoratore*, in *GLav*, 2004, n. 37, 8.

In occasione di tali controversie, la Corte di giustizia aveva infatti chiarito la portata degli obblighi di informazioni preliminari e strumentali alla iniziativa di costituire CAE – informazioni riguardanti la struttura dell'impresa (o del gruppo) ed il numero dei suoi dipendenti.

Fornendo una interpretazione additiva del testo normativo (ispirata, come la stessa CGCE aveva precisato, dalla ricerca del cd. «effetto utile» della direttiva n.), i giudici di Lussemburgo avevano, così, chiarito che spetta ad *ogni* impresa del gruppo, e *non soltanto alla direzione centrale*, l'obbligo di fornire agli organi interni di rappresentanza dei lavoratori tutte le informazioni necessarie all'avvio della negoziazione, precisando, inoltre, che gli obblighi di informazione comprendono non soltanto i flussi di informazioni verticali – e, cioè, quelli che vanno dalle imprese ai rappresentanti dei dipendenti – ma anche quelli orizzontali, che scorrono lungo l'asse direzione centrale/direzione centrale presunta/imprese del gruppo.

Conformemente a tali indicazioni giurisprudenziali, la nuova direttiva stabilisce che la direzione di *ogni* impresa appartenente al gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, nonché la direzione centrale o la presunta direzione centrale dell'impresa o del gruppo di imprese di dimensioni comunitarie, hanno la responsabilità di ottenere e trasmettere alle parti interessate le informazioni indispensabili all'avvio dei negoziati, in particolare quelle concernenti la struttura dell'impresa o del gruppo e la sua forza lavoro e che quest'obbligo riguarda, soprattutto, le informazioni relative al numero (150 e 1000 lavoratori) richiesto ai singoli stabilimenti e imprese o all'impresa e al gruppo nel complesso per la configurazione come gruppo o impresa di dimensioni comunitarie.

Per questo aspetto, il nuovo testo si limita a fare proprio l'orientamento interpretativo della CGCE, grazie al quale si era, tuttavia, già operata una correzione – per l'appunto in via ermeneutica – dell'originaria direttiva, scongiurando il rischio che un certo tasso di ineffettività della normativa potesse essere legato ad atteggiamenti poco collaborativi della direzione centrale e delle imprese del gruppo nella fase di avvio dei negoziati.

d) Altre novità riguardano la composizione e i diritti delle DSN e degli stessi CAE, nonché i loro rapporti con i sindacati europei.

Il tema dei rapporti fra CAE ed organizzazioni dei lavoratori operanti a livello comunitario era stato molto enfatizzato dalla CES nella fase delle consultazioni relative alla revisione della direttiva del 1994, nella prospettiva, auspicata dalla confederazione, di una maggiore cooperazione fra sindacati e CAE e di un più intenso coordinamento delle rispettive attività⁽²¹⁾.

In linea con questa posizione, la direttiva n. 2009/38/CE prevede, innanzitutto, che le organizzazioni europee dei lavoratori e dei datori di lavoro siano informate della composizione della DSN e dell'avvio dei negoziati; secondariamente, che la DSN possa richiedere di essere assistita, nel corso di tali negoziati, «da esperti di propria scelta, che possono comprendere rappresentanti delle competenti organizzazioni dei lavoratori riconosciute a livello comunitario» e che questi ultimi

⁽²¹⁾ Cfr. *ETUC strategy in view of the revision of the European Works Councils Directive*, in www.etuc.org.

«possono partecipare alle riunioni negoziali con funzioni di consulenza su richiesta della suddetta delegazione» (articolo 5, § 4).

Si è istituzionalizzata, con ciò, una modalità di negoziazione già abbastanza invalsa nella precedente prassi della costituzione dei CAE, nella quale i sindacati erano assai spesso coinvolti – a volte anche attraverso la formale sottoscrizione dell'accordo istitutivo – nella realizzazione dei comitati⁽²²⁾. La circostanza che la nuova normativa preveda espressamente la possibilità di un coinvolgimento sindacale nelle attività relative alla negoziazione dei CAE, facendo, tuttavia, esplicito riferimento al mero esercizio di «funzioni di consulenza» da parte dei rappresentanti sindacali, se da una parte determina l'acquisizione di un vero e proprio diritto (in capo alle organizzazioni sindacali europee dei lavoratori) di partecipare alle attività relative al negoziato istitutivo (diritto di partecipare alle riunioni, non alla vera e propria negoziazione, secondo il nuovo testo dell'articolo 5), non sembra, d'altra parte, conferire un diritto di partecipazione sindacale alla vera e propria negoziazione né, al termine di quest'ultima, alla firma dell'accordo istitutivo.

Anche per questo aspetto la direttiva si presenta, dunque, deludente: nulla aggiunge (e forse qualcosa toglie) alle precedenti prassi istitutive, non producendo né un consolidamento né, tanto meno, un avanzamento delle prassi già in atto, nelle quali i sindacati erano spesso coinvolti – a volte anche attraverso la formale sottoscrizione dell'accordo istitutivo – nella realizzazione dei CAE. Essa sembra lasciare alle autonome dinamiche di forza e alle spontanee capacità di influenza dei sindacati la possibilità di una loro più concreta e formale partecipazione alla negoziazione degli accordi istitutivi.

Un'ulteriore novità – legata all'avvenuto allargamento dell'Unione ai nuovi Stati e alle prospettive di nuovi ingressi – riguarda la composizione della DSN: analogamente a quanto previsto nella direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea (SE), scompare, infatti, la previsione relativa al numero minimo e massimo di membri (rispettivamente, 3 e 17) e si prevede che nella DSN venga assegnato ad ogni Stato membro «un seggio per ogni quota pari al 10% o sua frazione, del numero dei lavoratori impiegati nell'insieme degli stati membri».

Due nuovi diritti vengono, infine, riconosciuti alla DSN: un diritto di riunione preventiva e successiva ad ogni incontro con la controparte, il cui conferimento appare quanto mai opportuno se si considera che i componenti della DSN, di diversa provenienza nazionale, non hanno, quasi mai, occasioni di conoscenza e di incontro precedenti alle riunioni negoziali (articolo 5, § 4); ed un diritto alla formazione (senza perdita di retribuzione), che viene conferito pure ai componenti dei CAE e che è evidentemente funzionale ad un ottimale svolgimento dei compiti sia della DSN che dei Comitati (articolo 10, § 4).

Per quanto riguarda la composizione dei CAE, la nuova direttiva suggerisce che la formazione dei comitati risponda a criteri eterogenei; che essa avvenga, cioè, attraverso la stipulazione di accordi che consentano di tener conto, «per quanto

⁽²²⁾ Cfr. il Rapporto della EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *European Works Councils in Practice*, Dublino, 2004, 9, ove interessanti riferimenti al coinvolgimento dei sindacati nazionali e delle federazioni di settore internazionali nei processi di costituzione dei CAE e, in particolare, nella fase della iniziativa e in quella dell'accordo istitutivo.

più possibile, di una rappresentanza equilibrata dei lavoratori in base alle attività, alle categorie dei lavoratori e al sesso».

Nelle “prescrizioni accessorie” dell’allegato scompaiono le previsioni relative al numero dei componenti dei CAE (minimo 3, massimo 30) e, come per la DSN, è stabilita una proporzione fra il numero dei membri del CAE e il numero di lavoratori impiegati in ciascuno Stato membro.

Nel testo della direttiva, un esplicito riferimento viene, infine, compiuto alla possibile istituzione di un “comitato ristretto”, interno al CAE, che la precedente direttiva menzionava soltanto nelle “prescrizioni accessorie” presenti nell’allegato (articolo 1, § 1, lettera c). In base al nuovo testo dell’articolo 6, la previsione del comitato ristretto è, ora, uno dei possibili contenuti dell’accordo istitutivo. La nuova disposizione non è, tuttavia, molto significativa, da una parte perché si limita a prevedere un possibile (e non necessario) contenuto dell’accordo, dall’altra perché la previsione della medesima articolazione interna al CAE da parte dell’accordo istitutivo non poteva essere esclusa nel vigore del precedente testo dell’articolo 6.

e) Un’ultima novità riguarda, infine, l’adeguamento degli accordi istitutivi in caso di modifiche riguardanti la struttura dell’impresa o del gruppo di dimensioni comunitarie che siano già dotati di CAE.

Sin dalla Relazione della Commissione sullo stato di applicazione della direttiva n. 94/45/CE era stato profilato il problema delle sorti dei CAE già istituiti, per esempio, in caso di fusioni⁽²³⁾: è infatti possibile che dopo una fusione due o più CAE esistano nella nuova impresa o nel nuovo gruppo. La vecchia direttiva non prevedeva, al riguardo, soluzioni specifiche; non richiedeva, per esempio, che gli accordi esistenti contenessero “clausole di adattamento” a tali cambiamenti strutturali, né prevedeva che si procedesse ad una rinegoziazione dell’accordo istitutivo.

Quest’ultima soluzione è quella ora prescelta dalla direttiva n. 2009/38/CE, che prevede, sostanzialmente, un rinnovo del sistema di informazione e di consultazione – proprio attraverso la rinegoziazione dell’accordo istitutivo – nel caso in cui si verificano modifiche strutturali del tipo indicato. È al tempo stesso previsto che nel corso dei nuovi negoziati il CAE o i CAE già esistenti continuino, tuttavia, ad operare e che ciò avvenga secondo le modalità concordate tra i membri dei precedenti CAE e la direzione centrale.

4. Se queste sono le novità della direttiva, assai significativi sono i “silenzii” che essa mostra su alcune questioni, prima fra tutte quella delle funzioni negoziali dei CAE⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Cfr. il § 2.2.2. della già citata Relazione della Commissione COM(2000)188 def.

⁽²⁴⁾ Cfr. M. CARLEY, *Bargaining at European Level? Joint Texts Negotiated by European Works Councils*, European Foundation for the Improvement of Living Conditions, 2001 e, per un’analisi più recente, M. CARLEY, M. HALL, *op. cit.* Nella dottrina italiana si vedano F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del Comitato Aziendale Europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *LD*, 2005, 631; A. PERULLI, *Contrattazione transnazionale nell’impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, in *q. Rivista*, 2000, 192; si consenta, infine, di rinviare ad A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa: informazione, consultazione, partecipazione*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in vol. V, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 663-669.

Come nel precedente testo del 1994, la direttiva n. 2009/38/CE non prende posizione sul ruolo negoziale di fatto assunto dai Comitati i quali, nella prassi, hanno prodotto testi para-contrattuali variamente denominati e di incerta natura: *framework agreements, overall agreements, joint declarations, common viewpoints, joint understandings, joint positions, plans, charters, charters of fundamental social rights* ⁽²⁵⁾.

Si tratta di accordi che negli studi e nelle riflessioni teoriche che negli ultimi anni hanno riguardato il tema della negoziazione transnazionale ⁽²⁶⁾ e negli stessi documenti istituzionali della Commissione si è cercato di ricondurre a categorie onnicomprensive e a denominazioni unificanti: *joint texts* ⁽²⁷⁾ o – nella terminologia recentemente usata dalla Commissione – *transnational texts* ⁽²⁸⁾.

Tali espedienti lessicali non nascondono una sostanziale natura negoziale dell'attività posta in essere dai CAE, che tuttavia non riguarda istituti di tipica competenza della contrattazione collettiva nazionale, quali il salario e l'orario di lavoro, ma una serie di altri temi e materie piuttosto ricorrenti (ristrutturazioni ⁽²⁹⁾, responsabilità sociale delle imprese ⁽³⁰⁾, salute e sicurezza dei lavoratori, pari opportunità, diritti sindacali e formazione) ⁽³¹⁾.

Per questa ragione la Commissione ha proposto di considerare (e denominare) tali accordi come *transnational texts*, piuttosto che come veri e propri contratti collettivi (*collective agreements*), riconducendoli ad una più generica attività di

⁽²⁵⁾ Cfr. M. CARLEY, *op. cit.*, 19, ove un'analisi completa, ma aggiornata solo al 2001, di tutti i *joint texts* riconducibili all'attività para-negoziale dei CAE; per un resoconto più recente si veda il § 4 del documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511 del 2 luglio 2008.

⁽²⁶⁾ Cfr., nella dottrina, E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, in *DLRI*, 2007, 541, S. LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, in *DS*, 2007, 623; A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *DLRI*, 2007, 551; A. PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, in *DLM*, 2008, 577.

⁽²⁷⁾ *Joint texts* è, in verità, categoria ancor più generale ed onnicomprensiva, utilizzata per qualificare i prodotti di tutte le attività negoziali non riconducibili al "circuito istituzionale" della contrattazione collettiva comunitaria di cui all'art. 138, § 4, TCE e nella quale rientrano (oltre ad altri tipi di "accordi volontari") anche i prodotti dell'attività para-negoziale dei CAE (A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit., 7, testo e nota 18).

⁽²⁸⁾ SEC(2008)2155 del 2 luglio 2008, *The Role of Transnational Company Agreements in the Context of Increasing International Integration*, Commission Staff Working Document, 5.

⁽²⁹⁾ È questo uno dei più importanti ambiti di intervento dell'attività – a volte anche negoziale – dei CAE: cfr. M.A. MOREAU, *Restructurations et comité d'entreprise européen*, in *DS*, 2006, 308; M. CARLEY, M. HALL, *op. cit.*; I. DA COSTA, U. REHFELD, *European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry*, in *Transfer*, 2007, 2, 313. Sul contenzioso relativo a ristrutturazioni e diritti di informazione e di consultazione dei CAE si veda il Rapporto della EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., 9-15.

⁽³⁰⁾ È. BÉTHOUX, *Le comité d'entreprise européen: un acteur de la responsabilité sociale de l'entreprise*, in *Revue de l'IRE*, 2008, 87.

⁽³¹⁾ Cfr. ancora SEC(2008) 2155 del 2 luglio 2008, 5-6, e lo studio di BÉTHOUX, *Transnational Agreements and Texts negotiated or adopted at Company Level: European Developments and Perspectives*, Background document for the facilitation of a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level, July 2008. Sugli ambiti materiali nei quali le attività negoziali dei CAE si sono, di fatto, sviluppate si consenta di rinviare pure ad A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, cit., 666-667.

“negoziiazione” (*negotiation*), piuttosto che di vera e propria “contrattazione” (*collective bargaining*)⁽³²⁾.

Sta di fatto che l’assunzione di un simile ruolo negoziale da parte dei CAE, sia pure limitato alle materie indicate, è stata riconosciuta dalle direzioni d’impresa e, spesso, guidata dalle stesse federazioni sindacali europee⁽³³⁾. Non sono stati, infatti, rari i casi in cui il problema della (incerta) legittimazione negoziale dei CAE è stato superato attraverso la firma congiunta di accordi con le federazioni sindacali di settore europee, nazionali o internazionali⁽³⁴⁾.

La mancanza di una risposta istituzionale al problema della legittimazione negoziale dei CAE nel testo della direttiva rivela una “presa d’atto”, da parte delle istituzioni comunitarie, delle posizioni sindacali – soprattutto delle confederazioni e delle federazioni di settore dei lavoratori di livello europeo –, dal momento che i sindacati dei lavoratori hanno mostrato una certa riluttanza a riconoscere ai Comitati un’autonoma legittimazione negoziale, rivendicando un protagonismo nelle attività negoziali che, come si è visto, ha condotto ad una significativa compartecipazione ai negoziati nei quali i CAE sono stati impegnati.

D’altra parte, essa è coerente all’apertura, da parte della Commissione, di una diversa ed autonoma prospettiva di studio – e di eventuale intervento – in materia di c.d. “negoziiazione transnazionale”.

Quest’ultima è una categoria generale, che comprende oltre alle attività negoziali di cui i CAE sono i principali protagonisti, anche altre forme di negoziiazione: i cosiddetti *International Framework Agreements* (IFAs), nei quali sono primariamente impegnate le federazioni internazionali e/o europee di settore e che sono, a volte, sottoscritti dagli stessi CAE e i sindacati nazionali⁽³⁵⁾. Nella categoria della negoziiazione transnazionale rientrerebbero, secondo alcuni studi⁽³⁶⁾, anche le attività negoziali dei comitati di settore per il dialogo sociale.

⁽³²⁾ Sempre SEC(2008)215, cit., 5.

⁽³³⁾ F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali*, cit., 641.

⁽³⁴⁾ Cfr. il Rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale redatto, nel 2006, dal gruppo di esperti incaricato dalla Commissione e coordinato da Edoardo Ales (E. ALES, S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOBCZAK, F. VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, 2006), § 2.2. (Conclusion III), nel quale si rileva come la sottoscrizione degli accordi sia, in alcuni casi, persino triplice: alla sottoscrizione dei CAE si accompagnano, infatti, quella delle federazioni di settore europee e quella delle federazioni nazionali. Secondo la cit. COM(2008)419 def., quasi la metà degli esaminati *transnational texts* sono siglati dalle federazioni di settore europee o internazionali; mentre solo in alcuni casi si riscontra la sottoscrizione anche delle federazioni nazionali.

⁽³⁵⁾ Tali IFAs sono per lo più conclusi nel contesto della iniziative riguardanti la “responsabilità sociale delle imprese”, in alternativa o in aggiunta ai codici unilaterali di condotta, e hanno come principale obiettivo quello di garantire – nel quadro dei c.d. *international labour standard* dell’ILO – i diritti fondamentali dei lavoratori: cfr. E. GIBB, *International Framework Agreements: Increasing the Effectiveness of Core Labour Standards*, Global Labour Institute, Ginevra, 2005, ed il Rapporto della EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Codes of conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level*, Dublino, 2008; P. WILKE, K. SCHÜTZE, *Background Paper on International Framework Agreements for a meeting of the Restructuring Forum devoted to transnational agreements at company level*, Amburgo, 2 giugno 2008. Sul rapporto fra CAE e IFAs e, in particolare, sulla sottoscrizione da parte dei comitati di tali accordi, cfr. il già citato documento della Commissione *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level* ed il Rapporto *European Works Councils in practice: Key research findings*, cit., 15-16.

⁽³⁶⁾ E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit.; S. LAULOM, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale*, cit.

Non va dimenticato che, sin dal 2005, la Commissione ha intrapreso, come preannunciato nell'Agenda Sociale 2005-2010⁽³⁷⁾, iniziative di ricerca e di studio in questa materia, affidando ad un gruppo di esperti il compito di svolgere un'indagine conoscitiva sugli sviluppi in corso della "negoziazione collettiva transnazionale" e di formulare una proposta sui possibili strumenti e basi giuridiche di un'azione regolativa della Comunità in quest'ambito.

Il successivo Rapporto del gruppo di esperti⁽³⁸⁾ – contenente tanto un'analisi ricognitiva delle esperienze compiute, quanto una parte propositiva sulle possibili basi giuridiche di un'azione comunitaria nella materia – non ha avuto, ad oggi, alcun seguito a causa di una serie di problemi le cui soluzioni non appaiono, allo stato, agevoli.

Oltre alla questione della base giuridica di un eventuale intervento normativo comunitario (l'articolo 94 TCE – come suggerito dal Rapporto⁽³⁹⁾ – l'articolo 139, § 1, TCE – come da altri proposto⁽⁴⁰⁾), altri considerevoli problemi riguardanti gli accordi transnazionali sono infatti legati (a) alla individuazione dei soggetti che dovrebbero essere legittimati a stipularli (nella prassi già in atto tanto le federazioni internazionali e/o europee di settore, quanto i CAE e, sia pure con minore frequenza, i sindacati nazionali hanno partecipato alle negoziazioni); (b) alla incertezza dei loro effetti giuridici; (c) al coordinamento con i sistemi e i livelli nazionali di contrattazione⁽⁴¹⁾.

La separazione – se non proprio la divaricazione – di percorsi seguiti in tema di CAE e di negoziazione transnazionale appare confermata dalla circostanza che nella stessa data in cui la Commissione ha formalizzato la nuova proposta di direttiva sui CAE (il 2 luglio 2008), ha pure presentato – in un apposito documento⁽⁴²⁾ – gli esiti di un'altra ricerca sugli accordi collettivi transnazionali⁽⁴³⁾ successiva al Rapporto del 2006, preannunciando, nel medesimo documento, di voler dar seguito ad ulteriori analisi e studi delle esperienze in corso e delle prospettive di sviluppo di tali forme di negoziazione attraverso la costituzione di un nuovo gruppo di esperti⁽⁴⁴⁾.

⁽³⁷⁾ COM(2005)33 def. del 9 febbraio 2005.

⁽³⁸⁾ E. ALES, S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOB CZAK, F. VALDÉS DAL-RÉ, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ La norma prevede che «Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale*, cit., 12-14, per il quale non può escludersi del tutto una utilizzazione della norma in questione in funzione di base giuridica di un intervento di regolazione della contrattazione collettiva transnazionale, dal momento che essa – «lungi dal riferirsi ai soli accordi originati da una iniziativa legislativa – , riconosce, senza regolarlo, un sistema di relazioni volontarie fra le parti sociali in ambito europeo».

⁽⁴¹⁾ Sulle tre questioni si veda, per tutti, E. PICHOT, *The development of transnational agreements. First approach*, marzo 2006. Specificamente, sugli effetti giuridici degli accordi transnazionali si veda il già citato documento della Commissione, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, 20.

⁽⁴²⁾ Il già citato SEC(2008) 2155 def.

⁽⁴³⁾ Si tratta del più volte citato documento della Commissione, *Mapping of transnational texts negotiated at corporate level*, nel quale si riferisce di un'analisi di 147 *transnational texts* conclusi in circa 89 imprese e riguardanti all'incirca 7.500.000 lavoratori.

⁽⁴⁴⁾ COM(2008)419 def., 10-11.

Quel che emerge, dunque, è che il rinnovo della disciplina dei CAE e lo studio e, in prospettiva, la promozione della negoziazione collettiva transnazionale si sono mossi su binari contigui ma, sino ad oggi, volutamente separati ed è per questa ragione che la direttiva n. 2009/38/CE mantiene, sulla questione della legittimazione negoziale dei comitati, un prudente quanto eloquente silenzio.

Due ulteriori aspetti trascurati dalla direttiva n. 2009/38/CE riguardano l'apparato sanzionatorio e il tempo massimo concesso alla DSN per la conclusione dell'accordo istitutivo (che rimane, come nella precedente versione, di tre anni).

Nella fase delle consultazioni relative alla revisione della direttiva, la CES aveva infatti insistito sulla opportunità di rafforzare le sanzioni relative alla inosservanza degli obblighi di informazione e di consultazione ed è probabile che un simile rafforzamento avrebbe consentito un miglior raggiungimento del primo obiettivo dichiarato nel preambolo: quello di «garantire l'effettività dei diritti di informazione e di consultazione transnazionale dei lavoratori».

Da parte sindacale, si erano così proposte soluzioni forti: si era, per esempio, pensato alla possibilità di non consentire di dare seguito alla decisione assunta in violazione degli obblighi di informazione e di consultazione, attraverso la previsione di una sua qualche forma di invalidità.

Contrariamente a queste indicazioni (e al pari della precedente direttiva n. 94/45/CE), la direttiva di rifusione considera in maniera onnicomprensiva gli «obblighi derivanti dalla presente direttiva» (articolo 11, § 2), non distinguendo gli obblighi di informazione e di consultazione sulle questioni transnazionali – che costituiscono il principale oggetto della direttiva e che devono essere adempiuti *a livello di impresa o gruppo comunitari* – da una serie di diversi obblighi: quelli il cui adempimento, pure previsto dalla direttiva, deve invece avvenire *in ambito nazionale* e quelli che, pur dovendo essere adempiuti a livello di impresa o di gruppo comunitari, possono configurarsi come obblighi *accessori*. Si pensi, per quanto riguarda i primi, all'obbligo di garantire ai membri della DSN e del CAE il diritto alla formazione (obbligo che grava sulle imprese nazionali) e, per quanto riguarda i secondi, agli obblighi di informazioni, preliminari e strumentali alla iniziativa di costituire CAE, riguardanti la struttura dell'impresa (o del gruppo) ed il numero dei suoi dipendenti.

Come il precedente articolo 11 della direttiva n. 94/45/CE, l'attuale disposizione sulla «osservanza della direttiva» ha la struttura di una disposizione di carattere generale e, per l'appunto, onnicomprensivo, che demanda agli Stati membri la definizione di «procedure amministrative o giudiziarie adeguate che permettano di imporre il rispetto degli obblighi derivanti dalla presente direttiva»: di tutti gli obblighi previsti dalla direttiva, dunque.

Diversamente da altri casi di direttive *soft*, in questo caso non ci si trova, tuttavia, di fronte ad un legislatore comunitario che ad una normativa cogente, dettagliata e poco flessibile, preferisce una norma «leggera», dalla formulazione minimalista e dal carattere «aperto» alle opzioni dei legislatori nazionali (norma che, in quanto tale, potrebbe essere, «virtuosa» in relazione agli obblighi da adempiere in ambito nazionale), ma al cospetto di un legislatore che non ha inteso distinguere gli obblighi di informazione e di consultazione sulle questioni transnazionali da una serie di diversi obblighi (come si è visto, accessori o da adempiere in ambito nazionale). Si è così rinunciato a mettere in campo una normativa che, come sul

piano delle prescrizioni, anche su quello delle sanzioni, avrebbe potuto spiegare i suoi effetti soltanto a livello sopranazionale; che avrebbe potuto, per esempio, rendere illegittime decisioni su questioni transnazionali che non fossero state oggetto di informazione e di consultazione, come prescritto dall'articolo 1, §§ 3 e 4, della direttiva.

Anche sul tempo massimo previsto per la conclusione delle trattative riguardanti l'accordo istitutivo da parte della DSN, la direttiva non introduce, infine, modifiche al testo originario. Nonostante la richiesta sindacale di ridurre da tre anni ad uno il tempo massimo previsto per la conclusione dell'accordo e per l'applicazione, in mancanza, delle prescrizioni accessorie, la direttiva n. 2009/38/CE continua ad assegnare alle parti (direzione centrale dell'impresa o del gruppo e DSN) un tempo che, per la mancanza di brevità, non appare certamente funzionale all'obiettivo di «innalzare la percentuale di istituzione dei Comitati Aziendali Europei» e che rimane, come nella versione del 1994, di tre anni.

5. Alcune brevi considerazioni possono farsi, infine, rispetto alla legislazione traspositiva italiana e al filone di proposte di legge presentate, nel corso della XVI legislatura, in tema di partecipazione dei lavoratori.

La prima notazione da compiere è che la trasposizione delle direttive in tema di *employee involvement* non incrocia il filone di proposte sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese.

Si ricorda che a partire dal 2002 – anno di trasposizione della direttiva n. 94/45/CE (decreto legislativo n. 74/2002) – le direttive comunitarie sul coinvolgimento dei lavoratori nelle imprese sono state regolarmente trasposte dal legislatore italiano, benché, per lo più, senza innovazioni significative rispetto ai testi comunitari: dopo il decreto legislativo n. 74/2002 sui CAE, è stata la volta del decreto legislativo n. 188/2005 – di trasposizione della direttiva n. 2001/86/CE, sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società Europea – e, poi, dei decreti legislativi n. 25/2007 e n. 48/2007 – entrambi del 6 febbraio 2007 – che hanno, rispettivamente, trasposto la direttiva quadro sull'informazione e la consultazione (direttiva n. 2002/14/CE) e la direttiva n. 2003/72/CE, sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società Cooperativa Europea (SCE).

Diversamente dal decreto legislativo sui CAE, che presenta alcune specificazioni e integrazioni rispetto alla direttiva del 1994 (che riguardano la definizione di informazione, il controllo sindacale delle nomine dei membri della DSN e dei CAE e l'apparato sanzionatorio⁽⁴⁵⁾), i decreti di trasposizione delle direttive nn. 2001/86/CE, 2002/14/CE e 2003/72/CE mostrano un atteggiamento del legislatore nazionale di mero adeguamento formale al diritto comunitario: i testi delle tre direttive vengono, per così dire, “presi di peso” e trasferiti – articolo per articolo – nei decreti di trasposizione.

Le dissonanze che, sul piano definitorio, riguardavano le nozioni di informazione e di consultazione nel diritto comunitario (e che sono state ora superate dall'adeguamento della nuova direttiva sui CAE alle definizioni presenti nella direttiva n. 2001/86/CE) sono state, pertanto, riprodotte nella legislazione nazio-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. A. ALAIMO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa*, cit., 652-659.

nale, poiché diverse sono le definizioni di informazione e di consultazione contenute nei tre decreti legislativi n. 74/2002, n. 188/2005 e n. 25/2007. Almeno per questo aspetto, al legislatore nazionale toccherà, dunque, rivedere il decreto legislativo n. 74/2002, adeguando le definizioni di informazione e di consultazione a quelle ora contenute nella direttiva n. 2009/38/CE.

Su un piano più generale, sembra riscontrarsi una mancanza di comunicazione fra la legislazione di trasposizione delle norme comunitarie sull'*employee involvement* e le iniziative legislative in tema di partecipazione dei lavoratori nelle imprese.

Le proposte che, nella corrente legislatura (XVI), sono state presentate in questa materia (il disegno di legge Castro, n. 803 del 19 giugno 2008; il disegno di legge Treu, n. 964 del 30 luglio 2008; il disegno di legge Bonfrisco e Casoli, n. 1307 del 30 dicembre 2008; il disegno di legge Adragna, n. 1531 del 27 aprile 2009 e la più recente bozza provvisoria di testo unificato, a firma Ichino, del 19 maggio 2009⁽⁴⁶⁾) si mantengono fedeli, anche nel lessico, alla tradizionale progettualità legislativa italiana in materia di partecipazione dei lavoratori nelle imprese. La stessa categoria, onnicomprensiva, di «coinvolgimento dei lavoratori» (*employee involvement*) – entrata a far parte del lessico giuridico comunitario con la direttiva n. 2001/86/CE ed inclusiva di «qualsiasi meccanismo, ivi comprese l'informazione, la consultazione e la partecipazione mediante il quale i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito delle società» – non appare “metabolizzata” dalle proposte di legge richiamate, che ancora assumono, come categoria generale, la “partecipazione”, affiancando poi a quest'ultima le forme di partecipazione finanziaria.

Diversi “scollamenti” si osservano, in generale, fra le proposte richiamate ed i decreti legislativi di trasposizione delle direttive sull'*employee involvement*, specialmente quello di trasposizione della direttiva quadro sull'informazione e la consultazione (decreto legislativo n. 25/2007).

Simile mancanza di coordinamento emerge, soprattutto, dalla lettura della proposta di testo unificato redatta dal sen. Pietro Ichino, nella quale – se si eccettua un mero rinvio formale al diritto comunitario⁽⁴⁷⁾ – sono assenti raccordi con la già vigente disciplina generale sull'informazione e la consultazione (e, cioè, con il decreto legislativo n. 25/2007).

Una particolare enfasi è posta, nel progetto, sul ruolo del contratto collettivo aziendale, che, coerentemente ad una generale opzione politico-legislativa tendente a valorizzare la contrattazione di livello decentrato, viene riconosciuto *come unica fonte istitutiva* dei diversi sistemi di partecipazione nell'impresa prefigurati dalla proposta: dalla informazione e consultazione, alla istituzione di organismi

⁽⁴⁶⁾ La bozza provvisoria di testo unificato in materia di partecipazione dei lavoratori nell'impresa redatta dal sen. Pietro Ichino è leggibile al sito www.pietroichino.it.

⁽⁴⁷⁾ Art. 1, comma 1, lett. a: «1. Le imprese possono stipulare con le organizzazioni sindacali un contratto collettivo volto a istituire una delle forme seguenti di informazione, consultazione, partecipazione, o coinvolgimento dei lavoratori nell'andamento azienda, attraverso cui i rappresentanti dei lavoratori possono esercitare un'influenza sulle decisioni concernenti l'attività dell'impresa: a) obblighi di informazione o consultazione a carico dell'impresa stessa nei confronti delle organizzazioni sindacali stesse, dei lavoratori, o di appositi organi individuati dal contratto medesimo, *in conformità con il diritto comunitario laddove esso ponga disposizioni vincolanti in proposito*» (corsivo nostro).

congiunti paritetici, alla partecipazione “organica” sino alle forme di partecipazione finanziaria⁽⁴⁸⁾.

Non viene, tuttavia, menzionata, né considerata, nell’articolato, la presenza di una già vigente e generale sistema – di matrice *legale* e di derivazione comunitaria – di informazione e di consultazione (operante nelle imprese che occupino più di cinquanta dipendenti): quello, appunto, originato dal decreto legislativo n. 25/2007. La vigenza di una legislazione generale sull’informazione e la consultazione – che, come è noto, rende già operativi tali obblighi in relazione a determinate materie⁽⁴⁹⁾ – avrebbe dovuto indurre, tutt’al più, a riservare alla contrattazione collettiva il potere di *integrare* le disposizioni legali sull’informazione e la consultazione, specificando, e magari ampliando, le ipotesi in cui tali prassi debbano avere luogo. Poco coordinato con il quadro legislativo già in vigore appare, invece, il conferimento al contratto aziendale del potere di prevedere tali prassi quasi *ex novo*, come se non fosse già in vigore una normativa legale da cui direttamente discendono, per le imprese che si collocano al di sopra di una certa soglia occupazionale, obblighi di informazione e di consultazione in merito a determinate materie.

Nel progetto di legge in questione non compaiono, inoltre, definizioni di informazione e di consultazione adeguate al nuovo lessico comunitario (“coinvolgimento”, “informazione”, “consultazione” e “partecipazione”); definizioni tali da precisare, per esempio, che la consultazione ha una funzione di *effettivo* coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori nei processi decisionali, dovendo avvenire «con tempi, modalità e contenuti *che consentano ai rappresentanti dei lavoratori, sulla base delle informazioni da essi ricevute, di esprimere [...] un parere di cui si può tenere conto nel processo decisionale*» (corsivo nostro).

Più conforme alla normativa comunitaria e alla già vigente legislazione interna si presenta il disegno di legge n. 964, che riproduce in più punti il decreto legislativo n. 25/2007, del quale sono riprese, per esempio, le disposizioni riguardanti l’oggetto (articolo 1, comma 1, lettere *a*, *b* e *c*, del disegno di legge n. 964⁽⁵⁰⁾) e le modalità dell’informazione e della consultazione (articolo 2 del disegno di legge n. 964)⁽⁵¹⁾.

Per altri profili – per esempio quello relativo all’*ambito* di applicazione delle norme sull’informazione e la consultazione – il disegno di legge contiene, invece, disposizioni *che derogano* al decreto legislativo n. 25/2007: abbassa la soglia oc-

⁽⁴⁸⁾ Anche nel ddl n. 803 è prevista una valorizzazione della contrattazione aziendale; si prevede, infatti, che tramite la stessa possano introdursi nelle imprese “statuti partecipativi”; è inoltre prevista una sorta di “incentivazione normativa” alla adozione di tali statuti, consistente nella possibilità di regolare in via diretta e autonoma le materie che la legislazione generale sul lavoro affida alla competenza della contrattazione collettiva di rango superiore a quella aziendale (art. 1, comma 1, lett. *a*, del disegno di legge) o di derogare alle disposizioni contenute nei contratti collettivi nazionali o provinciali di categoria (art. 1, comma 1, lett. *b*, del disegno di legge).

⁽⁴⁹⁾ Secondo l’art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 25/2007, «l’informazione e la consultazione riguardano: *a*) l’andamento recente e quello prevedibile dell’attività dell’impresa, nonché la sua situazione economica; *b*) la situazione, la struttura e l’andamento prevedibile dell’occupazione nella impresa, nonché, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le relative misure di contrasto; *c*) le decisioni dell’impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell’organizzazione del lavoro, dei contratti di lavoro, anche nelle ipotesi di cui all’articolo 7, comma 1».

⁽⁵⁰⁾ La norma riprende le disposizioni dell’art. 4, comma 3, lett. *a*, *b* e *c*, d.lgs. n. 25/2007.

⁽⁵¹⁾ Art. 4, commi 4 e 5, d.lgs. n. 25/2007.

cupazionale relativa all'applicazione della normativa (35 anziché 50 dipendenti: articolo 1 del disegno di legge), nell'evidente tentativo di introdurre una normativa che consenta una maggiore diffusione delle prassi partecipative nelle imprese. Anche qui si riscontra, tuttavia, un difetto di coordinamento con il decreto del 2007, le cui disposizioni non vengono né abrogate né "fatte salve" (come invece accade per altre norme di legge: l'articolo 47 della legge n. 428/1990 e l'articolo 24 della legge n. 223/1991) dal disegno di legge n. 964 (si veda l'articolo 4 del disegno di legge). Neanche nel disegno di legge n. 964 vengono recepite, inoltre, le definizioni di "coinvolgimento", "informazione", "consultazione" e "partecipazione" introdotte, nel lessico comunitario, con la direttiva n. 2001/86/CE e ora fatte proprie dalla nuova direttiva sui CAE.

L'impressione è che il binario della comunitarizzazione dell'ordinamento italiano in materia di "coinvolgimento dei lavoratori" – che il legislatore nazionale ha cominciato a percorrere proprio in occasione della trasposizione della prima direttiva sui CAE – non incroci bene – malgrado le dichiarate "ascendenze europee" dei diversi disegni di legge richiamati – quello occupato dal dibattito e dalla progettualità legislativa in tema di partecipazione dei lavoratori nell'impresa.

È auspicabile che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla nuova direttiva sui CAE – e, segnatamente, alle nuove definizioni di informazione e di consultazione – costituisca un'occasione per mettere in comunicazione i due binari, ripensando categorie e nozioni appartenenti alla tradizionale area della partecipazione in Italia e rendendo queste ultime sostanzialmente più aderenti al diritto comunitario sull'*employee involvement*.

Solo così si potrà realizzare, anche in questa materia, quella osmosi "virtuosa" fra ordinamento comunitario e nazionale, tale da produrre, piuttosto che meri adeguamenti formali dell'ordinamento nazionale al diritto sociale comunitario, utili flussi di linguaggi giuridici⁽⁵²⁾, forieri di sostanziali rinnovamenti, nell'ordinamento interno, di modelli, *nomina* e categorie, che ancora oggi, invece, appaiono piuttosto ancorati, nei progetti di legge, alla tradizionale prospettiva italiana della "partecipazione".

La nuova direttiva sui Comitati Aziendali Europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia? – Riassunto. *L'A. muove dalla constatazione che il processo di revisione della Direttiva CAE non è avvenuto seguendo un itinerario istituzionale e giudica i 10 anni della sua durata un tempo non proporzionato all'entità delle modifiche apportate. L'A. osserva inoltre come le parti sociali si siano limitate a svolgere soltanto la funzione consultiva assegnata loro già dall'Accordo sulla Politica Sociale, con un arretramento della loro funzione negoziale-normativa, anche se questo non ha comunque precluso alle parti la possibilità di influenzare l'andamento della proposta della Commissione. Ma la vera anomalia procedurale che caratterizza il procedimento di revisione in esame è l'adozione ad opera delle parti sociali di un "Avviso comune", avvenuta al di fuori degli schemi previsti dall'art. 138 TCE e della conseguente e invalsa prassi dei "pareri". Passando poi all'esame del contenuto della nuova direttiva sui CAE, l'A. innanzitutto esprime un giudizio di scarsa congruenza fra le disposizioni della direttiva e gli obiettivi dichiarati; successivamente analizza nel merito le novità introdotte e sottolinea come siano significativi i "silenzi" su alcune questioni. In particolare, la direttiva non prende posizione sul ruolo negoziale di fatto assunto dai CAE, i quali, nella prassi, hanno prodotto testi para-contrattuali va-*

⁽⁵²⁾ Sull'argomento si veda, per tutti, B. CARUSO, *Changes in the workplace and the dialogue of labor scholars in the "global village"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – INT, 2007, n. 50.

riamente denominati e di incerta natura. All'esito della sua analisi, l'A. svolge le sue considerazioni rispetto alla mancanza di comunicazione fra la legislazione di trasposizione delle norme comunitarie sull'employee involvement e le iniziative legislative in tema di partecipazione dei lavoratori nelle imprese, che si mantengono fedeli, anche nel lessico, alla tradizionale progettualità legislativa italiana. L'A. auspica che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alla nuova direttiva sui CAE offra l'occasione per mettere in comunicazione i due binari, realizzando così quella osmosi "virtuosa" fra ordinamento comunitario e nazionale, tale da produrre utili flussi di linguaggi giuridici, al contempo forieri di sostanziali rinnovamenti.

The new Directive on European Work Councils: a chance to re-consider workers' participation in Italy? (Article in Italian) – Summary. *The paper argues that the European Works Directive review process has not been carried out on an institutional basis, and offers an assessment of its implementation over the first ten years, a significant period of time if we consider the extent of the amendments made. The focus then turns to the social partners, who carry out an advisory role as laid down in the Social Policy Agreement, with a limitation of their negotiating and law-making function. However, despite these restrictions, they have been able to influence the proposal of the Commission. The procedural anomaly affecting the review process consists in the issuing of a 'common declaration' by the partners, that does not comply with the regulatory scheme set out in Act No. 138 TEC and with the established practices of the 'opinion'. The paper also investigates the contents of the Directive, highlighting a lack of correspondence between its main provisions and stated goals, and pointing out the fact that innovations introduced by the Directive do not consider certain major issues. More specifically, it does not take a position on the de facto negotiating role played by the EWCs, resulting in a number of unclear agreements involving a variety of definitions. In conclusion, the paper points out a lack of agreement between Community provisions on employee involvement and the national legislation dealing with workers' participation in the company, with the national legislation reflecting a more traditional perspective, also at a lexical level. The compliance of national legal provisions with the new EWC Directive would allow for the creation of a 'virtuous' osmosis between the two systems, so as to give rise to a useful comparison, which is the starting point for significant renewal.*

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Apprendistato

- *formazione esterna: assenza, conseguenze (1.1.)*

Conciliazione vita e lavoro

- *assistenza del familiare portatore di handicap: diritto alla scelta della sede di lavoro (2.1.)*

Contrattazione collettiva

- *contratto collettivo gestionale: natura, modalità di recesso (3.1.)*

Diritti sindacali

- *diritto di assemblea (4.1. – 4.3.)*
- *libertà e attività sindacale (4.4. – 4.5.)*

Discriminazioni

- *Consigliera di parità: legittimazione processuale (5.1.)*

Infortuni e malattie professionali

- *azione di regresso (6.1.)*

Lavoro pubblico

- *partecipazione sindacale (7.1.)*

Lavoro subordinato

- *condotta illecita del datore di lavoro: conseguenze, danni, danno non patrimoniale (8.1.)*
- *qualificazione del rapporto di lavoro: socio accomandante della società in accomandita (8.2.)*

Licenziamento individuale

- *licenziamento per superamento del comporta: elementi costitutivi*
- *licenziamento per superamento del comporta: disciplina contrattuale (Ccnl Industria metalmeccanica) (9.2.)*

Patto di non concorrenza

- *requisiti di forma, mancanza, conseguenze (10.1.)*

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. Apprendistato

1.1. Trib. Monza 7 febbraio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 6).

Apprendistato - Adempimento solo parziale dell'obbligo formativo - Mancata attuazione della formazione esterna - Conversione in contratto di lavoro subordinato - Esclusione.

La mancata partecipazione dell'apprendista ai corsi di formazione esterna all'azienda, per inattività dei soggetti terzi cui sia demandata l'organizzazione, non esclude la configurabilità di un contratto di apprendistato, quando risulti comunque realizzata la formazione a cura del datore di lavoro.

Le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo formativo nel contratto di apprendistato

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Il ruolo (decescente) della formazione esterna nel nuovo apprendistato. – **3.** L'incertezza dell'impianto sanzionatorio delineato nell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. – **4.** Le ricadute dell'inadempimento dell'obbligo formativo sul rapporto di lavoro.

1. La sentenza del Tribunale di Monza che si annota offre lo spunto per svolgere qualche riflessione sull'essenzialità (o meno) della formazione nel contratto di apprendistato e, segnatamente, sulle ricadute che il mancato assolvimento dell'obbligo formativo può generare.

Nel caso di specie la ricorrente chiamava in causa il suo *ex* datore di lavoro, chiedendo al giudice di accertare – in luogo dell'inquadramento come apprendista che le era stato formalmente riconosciuto – la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e, per l'effetto, la condanna alle relative differenze retributive e contributive, essendo intercorso tra le parti un pregresso rapporto di lavoro “in nero” e per l'assenza – durante il rapporto di apprendistato – di adeguata attività formativa.

Il giudicante ha ritenuto infondate le pretese della lavoratrice in quanto, nel corso del giudizio, non erano emersi elementi sufficienti né per riconoscere la sussistenza di un pregresso rapporto di lavoro instaurato in via di fatto, né per “disconoscere” il (successivo) contratto di apprendistato, avendo il quadro probatorio messo in evidenza che la formazione si era realizzata, sia pure non nei termini indicati nel progetto formativo (che contemplava una formazione “esterna” all'azienda, di fatto mai realizzata). In particolare, l'assolvimento dell'obbligo formativo sarebbe stato dimostrato dalla individuazione di un tutor (nella persona dello stesso datore di lavoro), dal costante affiancamento che quest'ultimo avrebbe svolto nei confronti della ricorrente “nell'attività di predisposizione di preventivi delle fatture e delle schede di intervento” e, non da ultimo, dall'assenza, in capo all'apprendista, di una pregressa esperienza nel lavoro impiegatizio.

Il Tribunale non ha ritenuto di dare rilievo, invece, alla circostanza invocata dalla ricorrente, della mancata attuazione della formazione esterna, pur prevista nel piano formativo, dal momento che nessuna responsabilità poteva ravvisarsi in capo al datore di lavoro che aveva provveduto correttamente a segnalare il nominativo dell'apprendista alla Regione Lombardia, la quale, quindi, rimaneva l'unico soggetto responsabile della mancata attivazione dei corsi formativi.

Il giudicante ha ritenuto, dunque, pur rilevando difformità tra la formazione pattuita e quella realizzata, che non fosse stata compromessa la realizzazione di quella “causa mista” – consistente nello scambio tra prestazione lavorativa, da una parte, e retribuzione e formazione, dall'altra – tipica dei contratti formativi, tra i quali nel nostro ordinamento il

contratto di apprendistato riveste, senza dubbio, anche solo per tradizione storica, un ruolo preponderante.

2. La circostanza, da ultimo citata, della mancata attuazione della formazione esterna per inattività della Regione, che al giudice non ha fatto, di per sé, escludere l'assolvimento dell'obbligo formativo, induce ad almeno un paio di considerazioni, che riflettono altrettante criticità della disciplina dell'apprendistato così come riscritta negli articoli 47-53 del d.lgs. n. 276/2003.

3. Da un lato vi è il problema del labile e confuso discrimine tra responsabilità datoriale e responsabilità degli altri soggetti coinvolti nell'attuazione della formazione, che emerge in maniera piuttosto evidente dalla incerta previsione dell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 276/2003; dall'altro vi è quello del rischio sotteso alla "marginalizzazione", nel nuovo apprendistato professionalizzante, del ruolo della formazione esterna all'azienda, prevista in alternativa alla formazione interna, come risulta a chiare lettere dall'uso della disgiuntiva nell'art. 49, comma 5, d.lgs. n. 276/2003.

La dottrina, pressoché unanimemente, ha riconosciuto in tale previsione un punto di rottura con la precedente disciplina contenuta nella l. n. 196/1997, che proprio sull'obbligatorietà della formazione esterna faceva perno, al fine di riscattare l'obsoleto apprendistato, di cui alla l. n. 25/1955, in origine destinato, quasi esclusivamente, a soggetti con bassa scolarizzazione che intraprendevano un lavoro operaio o di bassa qualificazione (M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 107; 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; 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, 507; F. GUARRIELLO, *Apprendistato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 277; 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 n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 392).

Il ridimensionamento del valore della formazione esterna all'impresa – definito, appunto, come il vero *punctum dolens* della riforma (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 392) – tradirebbe, dunque, le reali intenzioni del legislatore che, nell'apprendistato, individuerrebbe non già lo schema contrattuale destinato a promuovere il "valore" della formazione in sé, ma piuttosto uno strumento destinato ad incrementare i livelli occupazionali, in ragione degli incentivi normativi ed economici offerti all'impresa, che consentono di realizzare un rilevante abbattimento del costo del lavoro.

Infatti, è stato da più parti sostenuto che la formazione, pur costituendo un elemento essenziale del contratto di apprendistato, si presta a divenire un elemento eventuale o virtuale (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 392; D. GAROFALO, *Apprendistato*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 634), che potendo anche risolversi in un mero addestramento sul lavoro, ridurrebbe per l'apprendista la possibilità di acquisire le competenze necessarie ad adattarsi ad un'organizzazione del lavoro in continua trasformazione, aumentando, per converso, il rischio che la formazione, di fatto, si risolva in una formazione apparente o "cosmetica" (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 392).

Se le considerazioni appena svolte hanno più che altro rilievo politico (*rectius* di politica del diritto), in quanto tese alla individuazione del ruolo che il nuovo contratto di apprendistato è chiamato a svolgere, nelle dinamiche del mercato del lavoro, nell'alternativa tra le due finalità – non sempre perfettamente sovrapponibili – dell'incremento dei livelli di occupazione e dell'investimento in formazione (per una riflessione sulle possibili ragioni che contribuiscono all'uso del contratto di apprendistato nel nostro Paese come fonte di

risparmio del costo del lavoro più che di strumento incentivante la formazione, si veda G. BRUNELLO, A. TOPO, *Il nuovo apprendistato professionalizzante: dalla formazione apparente alla formazione effettiva*, in *RIDL*, 2005, I, 33), non mancano più stringenti problemi di interpretazione del diritto. Innanzitutto, l'attuale disciplina non offre criteri certi per la ripartizione delle responsabilità tra il datore di lavoro e gli altri soggetti coinvolti nell'assolvimento della formazione "formale" (sull'attualità della questione, anche alla luce delle modifiche introdotte dalla l. n. 133/2008, si veda G. LOY, *Un apprendistato in cerca d'autore*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e al decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2008, 275 ss.). Né è esplicito quali siano le ricadute di tale eventuale inadempimento sulle sorti del contratto di lavoro.

4. Il legislatore, nell'unica disposizione sanzionatoria espressamente contemplata in materia, contenuta nell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, prevede testualmente: «In caso di inadempimento nella erogazione della formazione di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro e che sia tale da impedire la realizzazione delle finalità di cui agli articoli 48, comma 2, 49, comma 1, e 50, comma 1, il datore di lavoro è tenuto a versare la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento. La maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione». Risulta evidente che la possibile co-gestione dell'obbligo formativo tra più soggetti – ipotesi di sicura ricorrenza quando alla formazione interna si affianchi quella esterna all'azienda – avrebbe reso necessaria una più incisiva e puntuale indicazione degli obblighi gravanti sui diversi soggetti a vario titolo coinvolti nella formazione, in particolare del datore di lavoro, onde evitare che possa essere "sufficiente un complice per evitare la sanzione" (testualmente, G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit., 508, il quale non a caso parla di «insostenibile leggerezza del sistema sanzionatorio»). Peraltro, da una lettura solo poco più disincantata dell'art. 53, comma 3, ci si accorge che la fattispecie sanzionatoria risulta di difficile applicazione, non solo perché richiede la già ardua prova dell'esclusiva imputabilità dell'inadempimento in capo al datore di lavoro, ma anche perché la norma richiede che l'inadempimento nella erogazione della formazione sia tale da impedire la realizzazione delle finalità che, nell'apprendistato professionalizzante, sono quelle «del conseguimento di una qualificazione attraverso una formazione sul lavoro e l'acquisizione di competenze di base, trasversali, e tecnico-professionali» (art. 49, comma 1).

Quid iuris per l'ipotesi – che ricorre nel caso vagliato dal Tribunale di Monza – in cui, indipendentemente dal tipo di formazione resa, il datore attribuisca comunque all'apprendista la qualifica al cui conseguimento mirava il contratto di apprendistato? Realisticamente, sembra difficile che di fronte al "fatto compiuto" del riconoscimento della qualifica, possa residuare spazio per l'applicazione, in concreto, della sanzione di cui all'art. 53, comma 3, con la quale si andrebbe a contestare, *ex post*, l'*an* ovvero il *quomodo* della formazione. Le considerazioni appena svolte trovano conferma, sia pure incidentalmente, nella decisione in esame (ove l'applicazione della sanzione di cui all'art. 53, non rileva direttamente, trattandosi di una controversia "privata" tra datore e lavoratore). Per il Tribunale di Monza, infatti, l'attribuzione della qualifica, rappresenta uno degli elementi da cui addirittura poter inferire la prova dell'interesse del datore di lavoro alla formazione e, conseguentemente, la legittimità del contratto formativo («il convenuto ha dato prova di aver interesse alla formazione effettiva della dipendente [...] assumendo la P in qualità di impiegata di IV livello dal giugno 2001»).

5. Un ultimo e fondamentale profilo che la sentenza lambisce è quello relativo alle possibilità che l'inadempimento dell'obbligo formativo possa riflettersi sul rapporto di lavoro, dando luogo ad una "conversione" del contratto di apprendistato in un normale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La ricorrente, infatti, nel chiedere l'accertamento della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato *tout court*, per carenza della formazione, muove proprio dall'interesse di vedersi riconosciute le differenze retributive cui avrebbe avuto diritto se, per tutto il tempo in cui è stata alle dipendenze di parte resistente, fosse stata inquadrata con la qualifica di impiegata che, invece, le era stata riconosciuta solo a seguito del contratto di apprendistato.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. 11 maggio 2002, n. 6987, in *GC*, 2003, I, 1869, con nota di N. LAZZARINI, *La centralità del momento formativo nel contratto di apprendistato anche alla luce della politica sociale europea*; Cass. 14 marzo 2001, n. 3696, in *MGC*, 2001, 480; Cass. 28 gennaio 1995, n. 1052, in *DL*, 1995, II, 289; Cass. 24 ottobre 1986, n. 6236, in *LPO*, 1987, 187; Cass. 16 dicembre 1983, n. 7445, in *GC*, 1984, I, 2546), più volte, sul presupposto che il contratto di apprendistato sia un rapporto speciale rispetto al *genus* del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in ragione dell'essenzialità dell'elemento formativo che confluisce nella causa del contratto (detta, per questo, causa mista), ha affermato il principio secondo cui il grave inadempimento dell'obbligo formativo – facendo venir meno quel *quid pluris* che differenzia il contratto di apprendistato dal *normale* contratto di lavoro subordinato – possa far emergere, sul piano del concreto atteggiarsi del rapporto, la sussistenza di un normale contratto di lavoro subordinato (così Cass. 11 maggio 2002, n. 6987, cit., che premettendo il principio della centralità e dell'essenzialità del momento formativo nel contratto di apprendistato, e la preminenza dello stesso rispetto all'attività lavorativa, rimette al giudice di merito la ricostruzione «degli elementi di fatto dai quali devesi accertare e configurare, prescindendo dal *nomen iuris* adottato dalle parti nel contratto da essi stipulato, l'esistenza in concreto di un rapporto di apprendistato ovvero un rapporto di lavoro subordinato ordinario»), ritenendo, inoltre, che è, in ogni caso, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare la sussistenza dei requisiti di "specialità" del contratto di apprendistato (Cass. 28 gennaio 1995, n. 1052, cit.; Cass. 14 marzo 2001, n. 3696, cit.).

Nel medesimo solco si pone quella giurisprudenza di merito che ha sostenuto l'illegittimità del contratto di apprendistato – per carenza della causa mista – quando fosse provata la precedente instaurazione, per fatti concludenti, di un rapporto di lavoro subordinato per lo svolgimento delle medesime mansioni (Trib. Milano 23 ottobre 2003, in *DL*, 2004, 87; Trib. Milano 13 febbraio 2002, in *OGL*, 2003, II, 46; Trib. Milano 3 marzo 2002, in *LG*, 2002, 1209).

Indirizzo cui, con ogni probabilità, si sarebbe conformato anche il Tribunale di Monza – come lascia presagire il passaggio della sentenza «esclusa dunque la sussistenza di un rapporto di lavoro pregresso nessun ostacolo è ravvisabile in ordine alla legittimità della stipulazione di un contratto di apprendistato» – se avesse ritenuto, nel caso concreto, la sussistenza di un pregresso rapporto di lavoro di fatto.

Meno pacifiche appaiono sul punto le posizioni della dottrina. A fronte di chi (G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit., 508; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 398; D. GAROFALO, *op. cit.*, 634; A. LOFFREDO, *I contratti a contenuto formativo. Tra un futuro incerto e un passato difficile*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al d.lgs 10 settembre 2003 n. 276*, ES, Napoli, 2004, 501) ritiene che, attraverso una lettura sistematica della disciplina e, pur a fronte del silenzio del legislatore che limita il quadro sanzionatorio alla previsione di cui al citato art. 53, sia possibile ricavare, in via interpretativa, l'ulteriore sanzione della conversione in un normale contratto di lavoro subordinato, in caso di grave inosservanza dell'obbligo formativo, perché, in tal caso, sarebbe compromessa la struttura fonda-

mentale del contratto di apprendistato, vi è chi, invece, giunge a conclusioni parzialmente opposte. Si fa riferimento a quella tesi (P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 597 ss.), secondo cui, nel contratto di apprendistato, che è pur sempre un contratto di lavoro subordinato, l'inadempimento dell'obbligo formativo deve essere valutato esclusivamente secondo le regole dell'inadempimento contrattuale che, nel caso di specie, dal legislatore viene sanzionato attraverso la decadenza dei benefici economici e normativi (*ex art. 53, comma 3*, che esaurirebbe in tal modo il quadro sanzionatorio). Segnatamente, secondo tale ricostruzione, non vi sarebbe spazio per una riqualificazione del contratto di apprendistato in un rapporto di lavoro subordinato, dal momento che una tale operazione è concepibile solo nell'ambito «delle situazioni in cui si pone un'alternativa tra subordinazione e autonomia» (P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 599), mentre non lo è anche tra tipi appartenenti al *genus* del lavoro subordinato, salvo un'espressa previsione di conversione *ex lege*. Si tratta di una tesi che coglie nel segno solo nella misura in cui è tesa a dimostrare che l'inadempimento (grave) dell'obbligo formativo, non può dar luogo ad una "conversione" automatica del contratto di apprendistato quale sanzione conseguente alla nullità del contratto, in quanto ciò potrebbe avvenire solo di fronte ad una esplicita previsione legislativa (così pure, A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in *ADL*, 2005, 534).

Tuttavia, se è vero che né nel contratto di apprendistato né in quello di inserimento (a differenza di quanto previsto nel contratto di formazione e lavoro *ex art. 3, comma 9, d.lgs. n. 863/1984*) è previsto un effetto legale che colleghi automaticamente al mancato rispetto del programma di formazione o di inserimento il ritorno al tipo generale, non può escludersi che, se dal concreto svolgimento del rapporto si arguisca una volontà diversa, ed in particolare quella di realizzare un normale rapporto di lavoro subordinato, non ne debba conseguire la relativa qualificazione: sicché l'inadempimento dell'obbligo formativo «non rileva di per sé come fonte di quell'effetto, ma come elemento di fatto concorrente con altri nell'accertamento della concreta volontà delle parti» (A. VALLEBONA, *op. cit.*, 534), al pari di quanto accade per la distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato (A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 69).

Marta Mondelli
Dottoranda in diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

2. Conciliazione vita e lavoro

2.1. Trib. Bari 27 aprile 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 27).

Conciliazione vita e lavoro - Esigenza di assistenza al familiare portatore di handicap - Art. 33, comma 5, l. n. 104/1992 - Esigenze sopravvenute rispetto al rapporto di lavoro - Domanda di trasferimento - Diritto di scelta della sede di lavoro - Sussistenza.

Il diritto di scelta della sede di lavoro stabilita dall'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, non riguarda solo il momento della costituzione del rapporto di lavoro, ma qualora la necessità della instaurazione del rapporto assistenziale sia sopravvenuta in corso di rapporto di lavoro e sia in atto al momento della presentazione della domanda di trasferimento, sussiste in capo al lavoratore - in presenza delle altre condizioni previste dalla norma - il diritto di scelta della sede di lavoro.

Un'ipotesi d'applicazione estensiva della normativa in materia di trasferimento del lavoratore familiare di portatore di handicap

Sommario: 1. Premessa. – 2. La norma ed i suoi nodi problematici. – 3. La sentenza in commento. – 4. Le principali correnti interpretative. – 5. L'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità... – 6. ... e delle corti di merito. – 7. Gli sviluppi dell'interpretazione estensiva. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il commento alla sentenza in epigrafe può emblematicamente muovere da un significativo passo estratto da una pronuncia della Cassazione emessa solo pochi mesi prima: «la questione della prima assegnazione della sede di lavoro o del trasferimento da una sede all'altra, a richiesta del lavoratore, in relazione alle previsioni della l. n. 104 del 1992, art. 33, comma 5, è stata affrontata dalla giurisprudenza e *risolta in modo unanime*» (Cass. 16 ottobre 2008, n. 25275, in *LPA*, 2008, n. 6, 1129). La citazione appena effettuata, in realtà, suona alquanto bizzarra, poiché sul tema specifico, contrariamente a quanto asserito dalla Suprema Corte, persiste un fortissimo contrasto giurisprudenziale, di cui è significativa espressione proprio la sentenza in commento.

2. Alla l. n. 104/1992, *Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate*, va riconosciuto lo storico merito di aver sancito diritti ormai intoccabili a favore delle persone portatrici di handicap prevedendo l'eliminazione di tutti quegli ostacoli che limitano il regolare dispiegarsi della vita di relazione. In ossequio al rilievo esercitato anche dall'istituto familiare, l'attuale conformazione dell'art. 33, comma 5, prevede che «il genitore o il familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico e privato, che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede» (con modifica condotta tramite l. n. 53/2000 è stato eliminato il requisito della convivenza tra dipendente e disabile a cui prestare assistenza). La norma «pone un limite legislativo, ulteriore rispetto a quello delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» di cui al comma 1 dell'art. 2103 c.c., al potere datoriale di disporre unilateralmente del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa» (I. SENATORI, *Limiti al diritto di scelta della sede di lavoro per l'assistenza al parente handicappato: il caso dell'obiettiva impossibilità per contrasto con esigenze aziendali*, in *RIDL*, 2003, II, 339).

La disposizione prevede almeno tre punti strutturali, ovvero: a) un'assistenza fornita al disabile in via continuativa ed esclusiva da parte del parente o affine entro il terzo grado; b) il diritto del lavoratore familiare a scegliere – ove ciò sia possibile – la sede più vicina al proprio domicilio; c) il divieto di essere trasferiti dalla sede di lavoro senza il proprio consenso. Ognuno degli aspetti appena elencati, ai quali va aggiunto il previgente requisito della convivenza, ha fornito il presupposto per il formarsi di un'ampia casistica giurisprudenziale.

3. Il Tribunale di Bari, in sede di reclamo d'urgenza avverso una pronuncia resa dal medesimo organo giudicante, fornisce la propria interpretazione alla norma ammettendo di collocarsi nel solco della giurisprudenza minoritaria. I giudici accordano infatti tutela all'ipotesi in cui la necessità dell'assistenza sopraggiunga nel corso del rapporto, mentre il Ministero reclamante supportava la tesi, maggioritaria, della concedibilità del trasferimento solo nel caso in cui la necessità dell'assistenza si manifesti in epoca precedente all'assunzione in servizio, al fine di garantire la continuità dell'assistenza in atto. A parere del Tribunale la tesi avversata costituirebbe «una interpretazione troppo restrittiva della disposizione in esame», in quanto «comporterebbe una sostanziale negazione di tutela per tutti quei casi in cui la situazione di handicap si manifesta in epoca successiva all'assegnazione della prima sede o, peggio ancora, nei casi nei quali, pur sussistendo di fatto

la situazione di handicap alla data dell'assunzione, la stessa non risulta ancora certificata [...] nel momento di assegnazione della prima sede di lavoro». Pertanto, proseguono i giudici pugliesi, deve escludersi che «il diritto di scelta della sede riguardi solo il momento della costituzione del rapporto di lavoro» e si ammette «che qualora la necessità della instaurazione del rapporto assistenziale sia, come nella specie, sopravvenuta in corso di rapporto di lavoro e sia in atto al momento della presentazione della domanda di trasferimento, sussiste in capo al lavoratore [...] il diritto di scelta della sede di lavoro».

La comprensione delle affermazioni del Tribunale di Bari pretende una breve, seppur approfondita, disamina delle varie interpretazioni della norma così come espresse nelle correnti giurisprudenziali, con la doverosa avvertenza che esigenze di economicità del presente contributo e di aderenza al tema trattato nella sentenza in commento inducono a concentrare l'attenzione sul primo dei nodi problematici offerti dalla norma, ovvero l'assistenza "continuativa ed esclusiva", sul quale si è maggiormente focalizzata l'attenzione della giurisprudenza.

4. Al riguardo è possibile riscontrare più interpretazioni giurisprudenziali: una prima, restrittiva, opzione sostiene che la norma, nel prevedere un'assistenza "continuativa", garantirebbe il mantenimento di un rapporto assistenziale preesistente ed in atto al momento della domanda. Le garanzie offerte dalla norma, pertanto, troverebbero la loro *ratio* nell'esigenza di evitare l'interruzione dell'attuale ed effettiva convivenza, in modo da non turbare lo stato fisico e psichico del disabile. In altre parole, esse non spetterebbero nel caso di instaurazione o ripristino dell'assistenza anche se interrotta proprio a causa dell'assegnazione della sede di lavoro in occasione dell'assunzione. È questa l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, in epoca previgente alla modifica del testo, ed espressa nella pronuncia n. 3306 del 1999 (in *FI*, 1999, 2250). Tale opzione poggia su un referente alquanto autorevole, ovvero la pronuncia della C. Cost. n. 325/1996, (in *GI*, 1997, I, 188, con nota di I. MASSA PINTO), con la quale la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma sotto il profilo della prospettata irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi in cui l'assistenza sia già in corso e quella in cui il trasferimento sia richiesto proprio al fine di instaurare un rapporto di assistenza al disabile. La Consulta ha sostenuto che diversamente opinando si sarebbe attribuito "rilievo eccessivo" alla norma, poiché non sarebbe «immaginabile che l'assistenza al disabile si fondi esclusivamente su quella familiare sì che il legislatore ha ragionevolmente previsto la salvaguardia dell'assistenza in atto [...] al fine di evitare rotture traumatiche e dannose della convivenza».

Un altro orientamento giurisprudenziale, anch'esso sostenuto dalla Corte Suprema, propone un'interpretazione parimenti restrittiva della norma utilizzando un criterio letterale: partendo dalla sua formulazione, che presenta la parola "scegliere", esso ritiene che il diritto di scelta possa essere legittimamente esercitato esclusivamente in sede di prima assegnazione della sede, ovvero nel momento genetico/constitutivo del rapporto di lavoro. Già con sentenza 29 marzo 1999, n. 3027 (in *RIDL*, 2000, II, 113), la Cassazione sosteneva che la norma «non è applicabile al caso in cui la convivenza sia stata interrotta per effetto della assegnazione, al momento dell'assunzione, della sede lavorativa e il familiare tenda successivamente a ripristinarla attraverso il trasferimento in una sede più vicina al domicilio dell'handicappato» (plauda a tale orientamento S. FIGURATI, *Osservazioni in materia di tutela del lavoratore familiare di portatore di handicap*, in *MGL*, 2001, 351, ad avviso del quale «sembra dunque che l'elaborazione giurisprudenziale sulla l. n. 104/1992 stia giungendo ad individuare il giusto punto di equilibrio tra le necessità di assistenza dei portatori di handicap e le esigenze organizzative dei datori di lavoro»).

Esiste infine un orientamento completamente differente che valuta azionabile il diritto al trasferimento anche nel caso in cui l'assistenza non sia ancora in corso, ma la relativa domanda sia proprio finalizzata alla sua instaurazione od al suo ripristino ove esso sia sta-

to eventualmente interrotto con l'assegnazione della sede di lavoro (Trib. Brescia 29 gennaio 1997, in *D&L*, 1997, 408; Pret. Firenze 24 febbraio 1996, in *Toscana lavoro giurisprudenza*, 1997, 155; Pret. Milano 10 luglio 1995, in *D&L*, 1995, 977). Tale orientamento appare *prima facie* tutelare più efficacemente le esigenze del disabile, che diversamente rimarrebbe privo di tutela nel caso di sopravvenienza dell'handicap rispetto all'instaurazione del rapporto di lavoro, a seguito di eventuali eventi invalidanti come nascite, incidenti, eventi traumatici, ecc. (v. in tal senso C. POLLERA, *Sul trasferimento del familiare di portatore di handicap*, in *RIDL*, 2000, II, 114). L'interpretazione estensiva è stata accolta anche dal Consiglio di Stato (parere 10 dicembre 1996, n. 1813, reperibile al sito www.handylex.org), il quale ha sostenuto che la disciplina in commento «non può che avere carattere derogatorio rispetto all'ordinaria regolamentazione delle assegnazioni di sedi di servizio ai dipendenti, sia in via di prima assegnazione che di successivo trasferimento»; infatti, «ritenere che la norma possa operare solo in presenza di una convivenza in atto tra il familiare dipendente e l'handicappato significa attribuire alla norma una portata eccessivamente limitata, non in sintonia con la *ratio* dell'intero costruito della legge». La norma tutelerebbe quindi i casi in cui «siano comunque rimasti stretti legami di assistenza morale e materiale tra il lavoratore ed il soggetto handicappato, nell'attesa di ripristinare la convivenza proprio mediante il richiesto trasferimento in sede di servizio vicina alla residenza del nucleo familiare» (il parere reso dal medesimo consesso in data 17 ottobre 2000, n. 1623 – e reperibile al medesimo sito – successivamente all'entrata in vigore della l. n. 53/2000, sembra invece giungere a conclusioni parzialmente differenti: vi si sostiene infatti, in relazione all'assistenza da instaurare *ex novo*, che «ferma restando la necessità di esaminare caso per caso le singole fattispecie, il criterio ispiratore della decisione di accordare o meno il beneficio resta quello, già espresso dalla Corte Costituzionale, di tutelare le situazioni di assistenza già esistenti, la cui interruzione crei pregiudizio allo stato di fatto favorevole al portatore di handicap, che già godeva dell'aiuto del familiare prima che quest'ultimo si dovesse allontanare per lavoro. Ne deriva che in linea di massima le esigenze successivamente determinatesi non sono comprese nella previsione legislativa»).

5. L'orientamento restrittivo, nelle sue varie coniugazioni, come detto, si è storicamente sviluppato in vigenza di una diversa conformazione letterale della norma. L'attuale confronto interpretativo si sposta sul campo dell'interpretazione del requisito dell'assistenza continuativa, sotto il duplice aspetto delle concrete modalità tramite le quali deve prestarsi l'assistenza, e del momento dal quale riconoscere rilevanza al requisito stesso (prima o anche dopo l'assegnazione alla prima sede). Parrebbe intuitivo ritenere che, se esso dovesse essere inteso come assistenza sanitaria e materiale preesistente rispetto alla domanda di trasferimento, la continuità dell'assistenza potrebbe essere garantita solo in fase di prima assegnazione, poiché quella stessa assistenza non potrebbe essere prestata da un parente che venisse, per effetto dell'assunzione e per sua iniziale scelta, collocato presso una sede distante dal domicilio dell'assistito, con conseguente esclusione anche delle ipotesi in cui l'esigenza di assistenza sopraggiunga all'assegnazione di sede lontana dal domicilio del neo invalido (poiché se preesiste l'assistenza, *a fortiori* deve necessariamente preesistere la condizione di invalidità).

La giurisprudenza della Cassazione successiva alla modifica legislativa interpreta proprio in tal modo il requisito dell'assistenza continuativa: la recentissima pronuncia n. 16102/2009 (in *GLav*, 2009, n. 36, 29) afferma infatti che «l'agevolazione è diretta non tanto a garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare, quanto ad evitare che la persona handicappata resti priva di assistenza in relazione alla sede lavorativa del familiare che l'assiste» specificando poi quali siano i limiti a tale diritto «con riguardo alla scelta della sede di lavoro all'atto dell'assunzione» (in senso conforme v. anche Cass. 29 agosto 2002, n. 12692, in *MGL*, 2002, 764 con nota di S. BRUZZONE, *Il trasferimento*

del familiare del lavoratore con handicap solo "ove possibile"). A sua volta, Cass. 20 gennaio 2001, n. 829, in *RIDL*, 2001, II, 478, afferma: «questa Corte non ignora che di recente il legislatore [...] è intervenuto nella materia in oggetto», tuttavia «va evidenziato come, anche alla stregua della più recente regolamentazione, la domanda non possa essere accolta, non avendo fornito alcuna prova di avere sempre assistito con continuità» il parente disabile prima dell'assegnazione in servizio.

Non mancano tuttavia affermazioni ambigue, come in Cass. 8 agosto 2005, n. 16643 (in *MGI*, 2005), nella quale la Corte conferma un provvedimento di rifiuto al trasferimento poiché richiesto successivamente all'interruzione della convivenza dovuta all'assegnazione della sede lavorativa, affermando tuttavia che «il ricorrente, per potersi vedere riconosciuto il richiesto beneficio, avrebbe dovuto dimostrare che nel periodo precedente all'assegnazione della sede di lavoro la madre non aveva bisogno di assistenza continua»: l'affermazione sembrerebbe comportare che se le necessità di assistenza continua fossero sorte *dopo* l'assunzione allora il dipendente avrebbe potuto chiedere il trasferimento.

6. Anche la giurisprudenza di merito insiste nell'attribuire alla norma l'intento di evitare la modifica dell'assistenza a causa della prima assegnazione del lavoratore a sede diversa da quella in cui l'handicappato vive, con la nota conseguenza che la norma tutelerebbe esclusivamente un diritto di scelta iniziale, tipico del momento costitutivo del rapporto (Trib. Roma 9 luglio 2004, in *LG*, 2005, 91; Trib. Milano 4 gennaio 2001, in *D&L*, 2001, 450; Trib. Milano 20 novembre 2008, in *LG*, 2009, 309; Trib. Torino 19 aprile 2000, *GC*, 2001, I, 3107; App. Venezia 29 settembre 2000, inedita), oppure sostiene che la norma non sarebbe applicabile al caso in cui il rapporto di assistenza non sia ancora in essere al momento della relativa domanda di trasferimento (Trib. Roma 14 marzo 2003, in *LG*, 2003, 1178; Trib. Roma 10 aprile 2003, in *NGL*, 2003, 459; nella giurisprudenza amministrativa si veda TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 maggio 2007, n. 3798, in *FA TAR*, 2007, n. 5, 1631; in termini sostanzialmente coincidenti Trib. Milano 2 marzo 2001, in *D&L*, 2001, 699, il quale richiama anche la *ratio* della norma invocata «che è rimasta immutata pur dopo l'intervenuta novella» e che pertanto, riguardo al rapporto di assistenza col soggetto affetto da handicap, non consente di «crearlo se non prima sussistente o comunque [di] ripristinarlo qualora fosse stato successivamente interrotto»).

Significativa, peraltro, la pronuncia resa da Trib. Milano 15 giugno 2000, in *D&L*, 2000, 975, il quale ha affrontato la particolare fattispecie di un lavoratore che, inizialmente assegnato a sede lontana, non aveva comunque interrotto la convivenza ed al quale quindi il Giudice aveva pertanto riconosciuto il diritto al trasferimento. Il caso consente di rilevare che «il requisito di un'assistenza mai interrotta potrebbe sussistere anche laddove il rapporto sia già stato avviato (ad esempio nel caso di distanza non eccessiva e di esistenza di una sede di lavoro ancora più prossima) onde dalla necessità di tale requisito non può automaticamente dedursi, a rigore, che la norma possa operare solo in sede di prima assegnazione e non possa mai dare luogo a diritto al trasferimento» (S. BALESTRO, *Verso il definitivo tramonto del diritto al trasferimento per assistere il familiare invalido?*, in *D&L*, 2001, 699).

7. Alcune corti di merito hanno sostenuto che non necessariamente l'assistenza debba tradursi in una vicinanza spaziale o temporale che implichi forzatamente un'assistenza sanitaria e materiale, ma anche un ausilio morale, psicologico o comunque affettivamente qualificabile sarebbe ritenuto degno di riconoscimento: in tal modo, anche volendo accedere alla tesi restrittiva, non si tratterebbe di instaurare il rapporto assistenziale, bensì di fornire al medesimo i presupposti di un suo consolidamento e sviluppo (v. Trib. Bari 25 ottobre 1999, in *NGL*, 2000, 77: «la situazione di convivenza continuativa, lungi dal poter essere intesa come diuturna ed ininterrotta, si configura ogniqualvolta risulti che in un significativo arco di tempo il lavoratore e il disabile abbiano potuto condividere per con-

grui periodi, ancorché non continuativi, ma in termini di congrua frequenza e abitudine, il medesimo domicilio, anche se lontano dal luogo ordinario della prestazione lavorativa»). Nello stesso senso Trib. Catanzaro 13 maggio 2000, in *D&L*, 2000, 691, nonché TAR Lazio Roma, sez. I-*quater*, 1° aprile 2005, n. 2387, e 13 maggio 2005, n. 3746 (entrambe reperibili al sito www.giustizia-amministrativa.it), in cui il Giudice, valutando anche l'incidenza di circolari amministrative interne che fissavano in 90 km «il termine tollerabile» di distanza tra la sede richiesta ed il luogo di residenza del disabile tale da non pregiudicare l'espletamento del dovere di assistenza, affermava che in presenza di tutti i requisiti prescritti la legge attribuisce al dipendente un diritto condizionato ad ottenere in via di prima assegnazione, o per trasferimento, una sede che consenta la prosecuzione del rapporto di assistenza, ma quest'ultima non necessariamente deve «avere carattere quotidiano ed esclusivo: è difficilmente immaginabile, infatti, che soggetti impegnati in una attività lavorativa, non conviventi con il disabile ed assegnati ad una sede di servizio distante 90 Km dalla residenza del medesimo possano fornire un'assistenza del tipo sopra indicato» pur senza negare che «la situazione sopra descritta non può, comunque, prescindere da una frequente presenza fisica del dipendente, a fianco del congiunto portatore di handicap, e da un suo attivo coinvolgimento in ogni esigenza di vita del medesimo, di modo che non può ritenersi sufficiente la mera intenzione di instaurare il rapporto di assistenza» accordando quindi la tutela in questione a chi già «assista con continuità» (intesa come sopra). Conclusivamente «se non si vuole svuotare la norma di qualsiasi contenuto, dunque, non può aprioristicamente escludersi l'individuazione di un rapporto di assistenza continuativa, ai fini di cui trattasi, ogni qual volta la domanda venga inoltrata per una sede lontana da quella di attuale servizio» (in senso radicalmente difforme v. però TAR Lazio, sez. I-*ter*, 6 marzo 2007, n. 2175, in *FA TAR*, 2007, n. 3, 941) secondo cui «il requisito della continuità – presupponendo un'attività preordinata a garantire il soddisfacimento delle ordinarie necessità del disabile – è sostanzialmente riconducibile ad un concetto di quotidianità»).

8. Così come attualmente strutturata la norma sembra effettivamente presentare difficoltà ricostruttive poiché la prevista «assistenza continuativa», ove interpretata restrittivamente rischia di eludere proprio la *ratio* della eliminazione del requisito della convivenza, ovvero «contemplare anche i casi in cui insorga solo nel corso del rapporto di lavoro la necessità di avvicinarsi al familiare per poterlo assistere». Ecco perché probabilmente sarebbe «preferibile forzare il tenore letterale e interpretare alla luce dell'intento della modifica normativa, di modo da tamponare l'incongruità della disposizione concependo la continuità più in termini di potenzialità che di effettività, al fine di farvi fare rientrare anche le ipotesi in cui il trasferimento sia richiesto proprio allo scopo di apprestare magari per la prima volta quelle cure quotidiane che la lontananza non consente» (L. MERLINI, *Sul diritto del lavoratore a ottenere l'avvicinamento al parente portatore di handicap ex art. 19, l. 8 marzo 2000, n. 53*, in *RIDL*, 2001, II, 479, ma si vedano anche le riflessioni di P. MONTAGNA, *Assistenza ai familiari portatori di handicap*, in *D&L*, 2000, 972).

In questo senso, la sentenza riportata in epigrafe rappresenta una significativa espressione di quella condivisibile corrente che intende dotare l'art. 33, comma 5, l. n. 104/1992, di una portata applicativa più ampia rispetto a quella indotta da una restrittiva ed asettica interpretazione letterale del suo contenuto.

Gabriele Moro
Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Torino

3. Contrattazione collettiva

3.1. Trib. Milano 19 dicembre 2008, n. 6606 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 28).

Contrattazione collettiva - Contratto collettivo “gestionale” - Recesso - Illegittimità - Scioglimento per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge - Legittimità.

Secondo la previsione generale di cui all'art. 1372 c.c. l'accordo gestionale potrà essere sciolto solo per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge non consentendo il recesso ordinario come causa estintiva normale del rapporto.

Sulla recedibilità *ad nutum* dai contratti collettivi “gestionali”

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** L’“accordo gestionale” come categoria negoziale con autonoma disciplina e come fattispecie ad effetti istantanei. – **3.** Sulla libera recedibilità dai contratti collettivi (anche “gestionali”). – **4.** Antigiuridicità come sinonimo di antisindacalità della condotta.

1. Al termine della procedura di trasferimento *ex art. 47, l. n. 428/1990*, la società cessionaria/convenuta sottoscriveva con le organizzazioni sindacali del ramo di azienda acquisito due accordi: il primo, con cui si impegnavano a mantenere per tutti i lavoratori ceduti «le medesime condizioni e caratteristiche contrattuali – economiche e normative – in atto sia di carattere individuale che collettivo nonché tutti gli accordi collettivi attualmente in vigore presso la società cedente nonché le anzianità utili per tutti gli istituti legali e contrattuali»; il secondo, con cui faceva «propri gli impegni assunti tra le organizzazioni sindacali e la cedente» relativi al mantenimento dello stabilimento produttivo di Milano, dei livelli occupazionali, dei volumi produttivi e dell’assetto di controllo della società.

Dopo pochi mesi la società cessionaria ha disdettato tutti gli accordi e il sindacato ricorrente ha proposto ricorso *ex art. 28 Stat. lav.* denunciando l’illegittimità e la conseguente antisindacalità della disdetta.

2. Il giudice muove dalla premessa secondo cui i contratti collettivi disdettati, in quanto «strumento di gestione/regolamentazione di una situazione particolare di transito dell’azienda da una proprietà all’altra», vanno ascritti alla categoria dei contratti “gestionali” e non a quella dei contratti “normativi”. Da tale inquadramento fa discendere conseguenze di disciplina, segnatamente la loro risolubilità, ai sensi dell’art. 1372 c.c., solo per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

Il consolidato orientamento circa la libera recedibilità dai contratti o accordi collettivi a tempo indeterminato, argomenta il giudice, in quanto formatosi alla stregua del contratto collettivo “normativo” quale contratto di durata, non può trovare applicazione al contratto “gestionale” giacché questo non è un contratto di durata.

È già discutibile l’approccio metodologico. Il giudice muove infatti da una qualificazione secondo categorie astratte per desumere da essa dirette conseguenze di diversificazione della disciplina applicabile, richiamando a sostegno una ben nota sentenza della Corte costituzionale (30 giugno 1994 n. 268, in *RIDL*, 1995, II, 237) secondo cui «gli accordi sindacali che stabiliscono i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità non appartengono alla specie dei contratti collettivi normativi i soli contemplati dall’art. 39 Cost. [...] Si tratta di un tipo diverso di contratto».

Da questa sentenza parte della dottrina è stata indotta a porre in discussione il modello unitario fondato su una trama unica tra le diverse manifestazioni della autonomia collettiva privata (in tal senso, G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*

ro, in *Il contratto collettivo di lavoro*, Atti del Congresso Aidlass, Giuffrè, Milano, 1968, 23) e a configurare l'esistenza di tipi di contratto collettivo tra loro distinti e quindi sottoposti a differenti regimi e discipline (hanno affermato l'autonomia di natura e di regime giuridico dei contratti gestionali F. LISO, *Modifiche dell'organizzazione e contratto di lavoro*, in *GDLRI*, 1981, 539; L. VENTURA, *La ristrutturazione ed i diritti individuali dei lavoratori*, in *RG*, 1983, I, 3; G. VARDARO, *Contratti collettivi e rapporti individuali di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, 423; G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, Milano, 1994, 22; R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e della tipologia della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, I, 25). Gli accordi in particolare derivati dalla procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali (A. TURSI, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giapichelli, Torino, 1996, 134), altrimenti liberi sul piano del rapporto individuale di lavoro, hanno assunto il nome di contratti collettivi "gestionali" (su tale particolare tipologia di contratti, si veda M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, 1999, I, 4; è stato però osservato come sia «fuorviante prendere le mosse dall'impostazione secondo cui si dovrebbe distinguere tra contratti collettivi con funzione normativa e contratti collettivi con funzione regolamentare, sia per la difficoltà di operare in concreto una distinzione di funzioni, sia perché a ben vedere non è dato ravvisare una diversità di efficacia», R. PESSI, *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 1998, 757), e sono andati ad "opporci", come distinta categoria, a quella dei contratti "normativi".

Ma la prospettazione offerta dalla Corte è strettamente finalizzata all'obiettivo della legittimità costituzionale dell'efficacia *erga omnes* degli accordi ex art. 5, l. n. 223/1991, coniugata con la procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali (un tipo diverso di contratto, quello gestionale, spiega la Consulta, «la cui efficacia diretta [...] si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti», che «incide sul singolo prestatore di lavoro indirettamente, attraverso l'atto di recesso del datore in quanto vincolato dalla legge al rispetto dei criteri di scelta concordati in sede sindacale»). Se dunque di diversità di funzione vuol parlarsi, da essa non è corretto trarre conseguenze sul terreno della diversificazione di disciplina dei differenti tipi contrattuali.

È poi sorprendente che la sentenza, per giustificare siffatta diversificazione di disciplina con riferimento al caso di specie, elevi, per la categoria "accordo gestionale", a connotato di fattispecie un elemento accidentale quale la produzione di effetti istantanei. Certo, quello considerato dalla Corte costituzionale, avendo come contenuto la determinazione dei criteri di selezione per la mobilità, è un accordo destinato a produrre puntualmente nel tempo i suoi effetti. Ma gli accordi considerati dal Tribunale hanno ad oggetto obblighi – quali la conservazione dei trattamenti in atto, il mantenimento degli organici – all'evidenza proiettati (qui, indefinitamente) nel tempo. Senza dire che nel caso di specie è dubbio che disciplini direttamente un potere del datore di lavoro e solo indirettamente i rapporti di lavoro, come nel caso considerato dalla Corte costituzionale, quantomeno l'accordo con cui il datore si è impegnato a mantenere inalterato il trattamento economico-normativo vigente.

3. A fronte di accordi a tempo indeterminato il giudice avrebbe dovuto quindi darsi carico della generale questione della loro disdettabilità prescindendo dal loro inquadramento in una o altra categoria astratta, priva di riscontro normativo.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale più risalente il recesso dal contratto collettivo non costituisce una facoltà normale delle parti contraenti ma, a norma dell'art. 1373 c.c., una facoltà che deve essere espressamente attribuita alla parte recedente dalla legge o dalla clausola di contratto collettivo; in mancanza, il recesso sarebbe impedito (cfr. da ultimo, Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, in *RIDL*, 1991, II, 290).

Questa opzione interpretativa è stata da anni abbandonata dalla giurisprudenza (sia di merito che di legittimità), la quale, con orientamento ormai consolidato, ritiene che un vincolo illimitato nel tempo finirebbe per vanificare la funzione sociale stessa della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio economica in continua evoluzione. Ne consegue che anche per la contrattazione collettiva opera la regola della libera re-credibilità, di generale applicazione nei negozi privati, quale causa estintiva ordinaria, con l'obiettivo di evitare – nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto – la perpetuità del vincolo obbligatorio (così Cass. 18 settembre 2007 n. 19351, in *NGL*, 2008, n. 1, 1 cui *adde*, tra le altre, Cass. 18 dicembre 2006 n. 27031, in *RIDL*, 2007, n. 3, 616; Cass. 20 settembre 2005, n. 18508, in *MGC*, 2005, 9; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429, in *NGL*, 2002, 10; Cass. 1° luglio 1998, n. 6427, in *RGL*, 1999, II, 90).

Concorde sul punto la dottrina, che afferma come tale possibilità costituisca garanzia dell'effettività del principio di libertà sindacale (cfr. P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predeterminazione di durata e libertà di recesso*, in *MGL*, 1993, 576; A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *ADL*, 1995, n. 2, 35) oltretutto lo strumento più semplice ed idoneo a realizzare la temporaneità dei vincoli obbligatori, "principio generale" dell'ordinamento (P. RESCIGNO, *op. cit.*).

La dottrina (P. RESCIGNO, *op. cit.*) afferma altresì che la libertà di recesso accordata ad entrambe le parti in ragione e sulla base del solo carattere indefinito della durata preclude il controllo dei motivi per cui il recesso viene esercitato.

Concorde la giurisprudenza, secondo cui il recesso dal contratto collettivo dovrebbe sempre ritenersi *ad nutum*, non soggetto ad alcun onere di giustificazione o di allegazione riguardo i motivi, in quanto espressione di un diritto potestativo. I motivi sono irrilevanti anche perché l'eventuale comunicazione delle motivazioni del recesso esporrebbe queste ultime ad un controllo giudiziale degli interessi collettivi sottostanti al contratto, incompatibile con i principi di libertà ed autonomia sindacale (si veda, per tutte, da ultimo, Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031, *cit.*).

La sentenza in commento indugia invece nella valutazione delle ragioni che hanno indotto la società cessionaria a disdettare l'accordo. Il giudice si sofferma infatti a qualificare le ragioni che hanno alterato il sinallagma contrattuale fino ad indurre la società cessionaria al recesso dell'accordo come non sopravvenute ed imprevedibili, ravvisandole nella situazione di perdita economica registrata a bilancio e per ciò stesso nota alla medesima fin dal momento dell'acquisto dell'azienda. Si tratta però di una prospettiva propria del recesso causale, ma non del recesso *ad nutum*.

4. Sempre secondo il giudice *a quo*, non vi sarebbero dubbi circa il carattere antisindacale della condotta dell'imprenditore, atta a determinare il discredito dell'immagine, del ruolo e della funzione negoziale del sindacato.

È pur vero che, fermo l'assunto della libertà di recesso *ad nutum*, il recesso soggiace ad alcuni limiti.

Sia la giurisprudenza che la dottrina censurano il recesso "assolutamente pretestuoso", poiché la manifesta assenza di giustificazione può costituire un elemento «sintomatico di uno sviamento del potere di recesso dallo scopo che gli è proprio e di un suo uso contrario a canoni di buona fede e correttezza»; nonché il recesso inficiato dal carattere illecito *ex art.* 1375 c.c. del motivo sottostante, che potrebbe ravvisarsi laddove la parte recedente si avvalga del recesso non con lo scopo – legittimo – di estinguere il vincolo obbligatorio, ma di compromettere la libertà negoziale della controparte nelle future trattative (cfr. A. MARESCA, *op. cit.*).

«La sola circostanza – al contrario – che il datore abbia disdettato un contratto collettivo a tempo indeterminato senza la previa consultazione del sindacato stipulante non può es-

sere ritenuta comportamento antisindacale». Per rendere la condotta sanzionabile a norma dell'art. 28 «occorre che tale condotta si connoti ulteriormente, per le particolari circostanze del caso, non come semplicemente rivolta a far cessare gli effetti di una disciplina contrattuale dalla quale il datore ritiene di non dover più essere vincolato ma come causa di oggettivo impedimento che il sindacato operi nel contesto aziendale con le iniziative volte a riaffermarvi il proprio ruolo come controparte contrattuale» (cfr. Cass. 22 aprile 2004, n. 7706, in *RIDL*, 2005, II, 65).

Nel caso di specie la sentenza non indica alcuna condotta del datore di lavoro, al di là della mera disdetta degli accordi, atta ad integrare gli estremi del comportamento antisindacale. Il che sarebbe stato necessario volendo porsi nella delicata prospettiva della antisindacalità di un atto (diversamente) legittimo.

È probabilmente per questa ragione che il giudice muove dalla illegittimità dell'atto per adottare poi l'equazione, illegittimità/antisindacalità. Ma anche questa è un'equazione discussa, quantomeno nella sua assolutezza. Si è infatti osservato che l'apprezzamento della antisindacalità di una condotta deve essere tenuto distinto dall'apprezzamento della legittimità degli atti negoziali datoriali. Non tutte le condotte antigiuridiche del datore di lavoro sono, per ciò solo, antisindacali; lo sono soltanto quelle che provocano una lesione dei beni protetti dall'art. 28 Stat. Lav., impedendo o limitando la libertà e l'attività sindacale o il diritto di sciopero (A. BOLLANI, *Recesso unilaterale dal contratto collettivo e comportamento antisindacale nella giurisprudenza di Cassazione*, in *RIDL*, 2005, II, 67); quelle consistenti nella violazione di disposizioni della parte normativa del contratto lo sono solo qualora vi sia la prova dell'*animus nocendi*.

Fabrizia Santini

Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università del Piemonte Orientale

4. Diritti sindacali

4.1. Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

Diritti sindacali - Diritto di assemblea - Assemblea in orario di lavoro e retribuita - Limite annuo di 10 ore - Riferimento del limite al potere di indire assemblee - Sussistenza - Riferimento del limite alla posizione di ogni lavoratore - Esclusione.

Ai sensi dell'art. 20, commi 1 e 2, l. n. 300/1970, il limite massimo di 10 ore annue fissato per le assemblee dei lavoratori durante l'orario di lavoro si riflette sul potere di indire le assemblee riconosciuto alle RSA dell'unità produttiva e non è invece da riferire alla posizione di ogni singolo lavoratore.

4.2. Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

Diritti sindacali - Diritto di assemblea - Art. 4 Accordo Interconfederale 20 dicembre 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil - Diritto di assemblea in orario di lavoro e retribuita - Titolarità - Rilevanza del numero di OO.SS. - Esclusione - Ordine di priorità - Comunicazione della convocazione al datore di lavoro.

L'art. 4 dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil, riconosce alle organizzazioni aderenti alle associazioni stipulanti il Ccnl applicato

nell'unità produttiva il diritto di indire l'assemblea dei lavoratori durante l'orario di lavoro per 3 delle 10 ore retribuite. Il riferimento è indistintamente a tutte le associazioni stipulanti. Il carattere indistinto del riferimento indica inequivocabilmente che le 3 ore sono complessivamente riconosciute a tali organizzazioni, quale che sia il loro numero. Non incide invece sulla questione il riconoscimento a tali organizzazioni della possibilità di indire le assemblee "congiuntamente o singolarmente" perché la lettura complessiva del testo in cui l'inciso è inserito mostra che si tratta di una variabile che non attiene alla entità del monte ore, ma alla gestione interna dello stesso. L'art. 20 della l. n. 300/1970 collega l'ordine di precedenza tra le varie organizzazioni sindacali alla comunicazione della convocazione al datore di lavoro, senza richiedere che questi debba accertare se e quando la convocazione sia stata concretamente portata a conoscenza dei lavoratori.

4.3. Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

Diritti sindacali - Diritto di assemblea - Questione di costituzionalità dell'art. 20, l. n. 300/1970 - Dedotta violazione degli artt. 23, 17 e 39 Cost., e violazione del principio di ragionevolezza - Manifesta non fondatezza della questione.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, l. n. 300/1970, in relazione agli artt. 23, 17 e 39 Cost., e per violazione del principio di ragionevolezza, è manifestamente infondata. Posto che si fa riferimento non al diritto di assemblea in generale, ma allo specifico diritto di assemblea durante l'orario di lavoro e retribuita, la forte compressione delle prerogative datoriali e dell'attività aziendale che esso comporta, giustifica l'apposizione di limiti congrui e rende conforme la delimitazione al criterio di ragionevolezza ed agli equilibri costituzionali tra i diritti di rango costituzionale che vengono a confronto.

(4.1. – 4.3.) Diritto di assemblea e monte ore a disposizione delle organizzazioni sindacali

Sommario: 1. Il caso. – 2. Diritto di assemblea come diritto del singolo ad esercizio collettivo. – 3. Ripartizione del monte ore fra le organizzazioni sindacali. – 4. Conclusioni.

1. La sentenza della Cassazione in epigrafe è l'ultima in ordine di tempo di una serie di recenti pronunce sul tema della ripartizione, fra organizzazioni sindacali, delle ore di assemblea retribuita garantite dalla legge. A partire dal luglio di quest'anno la Cassazione si è pronunciata sui ricorsi promossi, in diverse imprese, dalla rappresentanza Fiom-Cgil per denunciare il diniego opposto alla richiesta di svolgimento dell'assemblea retribuita dei lavoratori, motivato dall'esaurimento del monte ore previsto dall'art. 20 Stat. lav. (l. n. 300/1970), ma ritenuto antisindacale dall'organizzazione sindacale interessata.

L'art. 20 attribuisce, come è noto, ai lavoratori "il diritto di riunirsi, nella unità produttiva in cui prestano la loro opera, fuori dell'orario di lavoro, nonché durante l'orario di lavoro, nei limiti di dieci ore annue, per le quali verrà corrisposta la normale retribuzione". Di queste dieci ore, secondo quanto stabilito dall'art. 4 dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil, tre spettano alle organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il Ccnl applicato nell'unità produttiva, che ne possono usufruire singolarmente o congiuntamente; le altre sette sono a disposizione delle Rsu.

Due sono le questioni che vengono sottoposte nel giudizio in epigrafe al vaglio della Cassazione.

La prima attiene al limite di 10 ore fissato per le assemblee indette durante l'orario di lavoro e retribuite. In particolare, si discute se detto limite sia da riferire ad ogni singolo lavoratore o, invece, al potere di indire assemblee riconosciuto alle Rsa dell'unità produttiva.

Il secondo problema affrontato nel caso di specie, e risolto dalla Cassazione, è relativo alla ripartizione tra le varie organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl delle tre ore di cui all'art. 4 dell'citato Accordo Interconfederale. Si chiede, cioè, se esse spettino a ciascuna organizzazione singolarmente oppure, in base ad un'interpretazione più restrittiva, se siano da intendersi complessivamente.

È appena il caso di osservare, a margine di un'analisi basata esclusivamente sul dato normativo e giurisprudenziale, che, nei quasi quarant'anni di vigenza dello Statuto dei Lavoratori, il problema affrontato oggi dalla Cassazione si è presentato solo recentemente (cfr., tra le prime, Pret. Pavia 9 febbraio 1998, in *RGL*, 1998, 2, 133, con nota di D. BONSIGNORIO). Dato, quest'ultimo, che non sembra casuale se visto alla luce delle fratture verificatesi negli ultimi anni fra le organizzazioni sindacali.

2. In merito alla prima questione la tesi presentata dall'organizzazione sindacale ricorrente è risultata soccombente in primo grado e in appello. In particolare la difesa, sosteneva che il disposto dell'art. 20 Stat. lav., prevedendo il diritto di assemblea come diritto di ogni singolo lavoratore, legittimasse le organizzazioni sindacali ad indire assemblee retribuite finché non residuassero ore in capo anche ad un solo lavoratore. A sostegno di questa interpretazione era data una lettura non coordinata del primo e del secondo comma dell'art. 20. Secondo questa prospettazione il primo comma, che individua la titolarità del diritto di assemblea in capo ai singoli lavoratori, è lo stesso che contiene l'indicazione del monte ore a disposizione per le assemblee. Da ciò deriverebbe che il limite delle dieci ore sia da riferire ai singoli lavoratori e non, invece, alle organizzazioni sindacali, di cui l'art. 20 si occupa solo nel secondo comma, quando dispone in ordine all'aspetto organizzativo dell'esercizio del diritto.

Questa stessa interpretazione trovava un precedente nella giurisprudenza di merito, seppure in un orientamento minoritario e risalente (cfr. Pret. Pavia 9 febbraio 1998, cit.), in cui si osservava che, essendo il singolo il titolare del diritto, la sola appartenenza al gruppo dei lavoratori per i quali viene indetta l'assemblea non consuma per ciò solo il suo diritto di astenersi dal lavoro senza perdita della retribuzione, essendo invece necessario che si verifichi l'effettiva partecipazione del singolo lavoratore a detta assemblea.

Completamente di segno opposto è stato l'orientamento risultato invece prevalente (cfr. Trib. Pordenone 20 settembre 2003, in *MGL*, 2003, 12, 900, con nota di S. FIGURATI; Trib. Torino 24 maggio 2003, in *MGL*, 2003, 7, 496, con nota di S. FIGURATI.). Presupposto comune delle pronunce richiamate la lettura del diritto di assemblea come diritto sì del singolo lavoratore, ma ad esercizio collettivo, secondo quanto chiarito dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 170 del 16 maggio 1995 e dalla dottrina (cfr. C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, Padova, 1972, 263; A. FRENI, G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1971, 92): la titolarità del diritto è in capo ai singoli lavoratori, ma il potere di convocare l'assemblea è riservato alle organizzazioni sindacali. La giurisprudenza, dunque, partendo da questo presupposto, ha giustificato le proprie decisioni alla luce della *ratio* dell'art. 20.

La previsione di un numero limitato di ore a disposizione dei lavoratori per indire assemblee durante l'orario di lavoro e retribuite, costituisce il necessario contemperamento fra libertà sindacale e danno economico subito dal datore di lavoro. Questo bilanciamento verrebbe meno là ove la norma fosse interpretata nel senso opposto a quello appena descritto, ossia come se attribuisse a ciascun lavoratore – e basti pensare a realtà con molti dipendenti – dieci ore, autorizzando di fatto uno stato di assemblea permanente; non solo ma, consentirlo, significherebbe anche e di conseguenza legittimare il datore di lavoro a

tenere un elenco in cui annotare le presenze del singolo lavoratore alle diverse assemblee indette, contro la giurisprudenza costante in tal senso (cfr. Cass. 17 maggio 1985, n. 3038; Cass. 7 maggio 2000, n. 6442).

Nel caso *de quo*, la Corte d'Appello aveva negato l'interpretazione estensiva della norma statutaria motivando proprio con riferimento all'abnormità delle possibili conseguenze. Questa scelta è stata approvata, e ulteriormente esplicitata, dalla Cassazione. Essa propone una lettura integrata di primo e secondo comma dell'art. 20 dello Statuto, esattamente contraria a quella prospettata dalla ricorrente, da cui emerge in maniera evidente che il limite delle dieci ore annue, benché riferito al diritto del singolo lavoratore, si riflette necessariamente sul potere di indire assemblee da parte di Rsu e delle associazioni sindacali. Ciò, proseguono i giudici, trova ulteriore conferma nell'art. 4 dell'Accordo Interconfederale che, distinguendo, come già accennato, le dieci ore complessive a disposizione dei lavoratori, in tre e sette, rispettivamente per le organizzazioni sindacali stipulanti il Ccnl applicato nell'unità produttiva e per le Rsu, mostra di recepire l'orientamento secondo cui il numero di ore si riferisce alla disponibilità delle associazioni sindacali e non dei singoli.

3. In merito alla seconda questione prospettata in apertura, la tesi sostenuta in via subordinata dalla Fiom-Cgil era poi che l'art. 4 dell'Accordo Interconfederale del 1993, nel distribuire le ore tra Rsu e associazioni sindacali stipulanti il Ccnl applicato nell'unità produttiva, ne attribuisse tre a ciascuna di esse, con la conseguenza che integra condotta antisindacale il diniego opposto dal datore di lavoro poiché essa non aveva ancora superato quel limite. Il fondamento giuridico di questa interpretazione viene rintracciato nella necessità di non essere impediti nell'esercizio del proprio diritto dalle richieste precedenti di altre associazioni; viene inoltre precisato che il criterio della precedenza, stabilito nel secondo comma dell'art. 20, non si riferisce al potere del datore di negare ulteriori assemblee, ma serve solo a regolamentare l'esercizio del diritto. Proprio sulla base di questa tesi è stata sollevata, in ulteriore subordine, questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, l. n. 300/1970, in relazione agli artt. 23, 17 e 39 Cost., e per violazione del principio di ragionevolezza. La questione è stata ritenuta manifestamente infondata perché i limiti quantitativi posti dalla legge sono da riferire non al diritto di assemblea *tout court*, ma solo al diritto a svolgere assemblee durante l'orario di lavoro e retribuite.

La medesima conclusione sulla pretesa di incostituzionalità della norma era stata raggiunta, in sede di merito, dalla Corte d'Appello perché, seppure considerata ragionevole, mancava di qualsiasi appiglio legislativo. Effettivamente la questione, in assenza di una pronuncia della Cassazione, era controversa.

Sul punto in esame due erano stati gli orientamenti principali nella giurisprudenza di merito. Da una parte, si era sostenuto che ogni organizzazione sindacale avesse diritto alle proprie ore, onde evitare che una specifica confederazione potesse esaurire, con le proprie tempestive richieste, il numero delle possibili assemblee retribuite in orario di lavoro, con l'effetto di privare le altre organizzazioni del relativo diritto. Tale tesi era sostenuta facendo esplicito riferimento alla situazione di frammentazione del sindacato (così: Trib. Torino 24 maggio 2003, cit.; Trib. Torino 26 maggio 2003.). Un secondo orientamento, invece, sulla base di convincenti argomentazioni letterali e sistematiche, sosteneva il contrario. Dal punto di vista letterale, il riferimento era all'art. 20, comma 2, Stat. lav., dove si legge che «Le riunioni sono indette, singolarmente o congiuntamente, dalle rappresentanze sindacali aziendali nell'unità produttiva». Si è rilevato che la locuzione utilizzata dal legislatore, «singolarmente o congiuntamente», manifesta l'intento di non differenziare il limite delle tre ore a seconda che l'iniziativa sia congiunta o singola. Inoltre, anche l'art. 4 dell'Accordo Interconfederale sembra supportare questa interpretazione, visto che, stabilendo il numero di ore a disposizione delle organizzazioni sindacali, compie un riferimento indistinto a tutte. Più convincenti, poi, sono gli argomenti di ordine sistematico. I

giudici facevano notare come il criterio previsto dall'art. 20, che impone al datore di assegnare le ore sulla base dell'ordine di precedenza delle convocazioni a lui comunicate, sarebbe criterio inutile se ciascuno avesse le proprie ore e risulta invece determinante, come si vedrà a breve, in contesti in cui le ore vanno divise tra varie associazioni (così: Trib. Pordenone 20 settembre 2003, cit.; Trib. Lanciano 4 agosto 2003; Trib. Nola 14 marzo 2005).

La Corte di Cassazione, dunque, pronunciandosi per la prima volta al riguardo, segue l'interpretazione più restrittiva, che vede le tre ore come limite massimo complessivo a disposizione delle organizzazioni sindacali, ritenendo argomento sufficiente la lettura dell'art. 4 dell'Accordo Interconfederale, nel suo riferirsi indistintamente a tutte le organizzazioni sindacali. Per stabilire l'ordine di priorità con cui le organizzazioni sindacali usufruiranno delle ore di assemblea retribuita si dovrà guardare, a parere della Corte, ma del resto la legge è chiara sul punto, non alla convocazione bensì alla comunicazione di convocazione al datore di lavoro, purché sia di un'assemblea già fissata con ora e data.

4. La sentenza in epigrafe conferma l'orientamento, già maggioritario in giurisprudenza, sulla lettura del diritto di assemblea come diritto del singolo ma ad esercizio collettivo, così che non si può distinguere il profilo della titolarità del diritto da quello del suo esercizio, seppure quest'ultimo demandato alle organizzazioni sindacali.

Quanto al punto più controverso, relativo al monte ore disponibili per le organizzazioni sindacali, l'interpretazione più restrittiva, che assegna tre ore cumulativamente alle varie associazioni, è supportata da argomenti letterali e sistematici. Effettivamente, il diritto di assemblea sembra, nel nostro ordinamento adeguatamente garantito. Si tratta di una tutela basata, tuttavia, su due tipi di equilibrio: da una parte, quello di cui all'art. 20, tra imprenditore e lavoratore; dall'altra, quello che emerge dal combinato disposto dell'art. 4 dell'Accordo interconfederale e dell'art. 20 Stat. lav., tra le varie associazioni sindacali. Quest'ultimo, in particolare, si caratterizza per la previsione, a monte, del numero di ore disponibili per le Rsu e per le organizzazioni aderenti alle associazioni sindacali stipulanti il Ccnl applicato nell'unità produttiva, e per il riferimento ad uno specifico criterio – l'ordine di precedenza – che il datore di lavoro deve rispettare nel consentire le assemblee. Appare dunque del tutto condivisibile la tesi secondo cui le tre ore siano da considerare cumulative. Inoltre, pare fuorviante l'assunto secondo cui in questo modo risulta compreso il diritto dell'associazione di indire le assemblee poiché i limiti posti riguardano una modalità assolutamente parziale di esercizio di tale diritto, e cioè le assemblee, retribuite, tenute durante l'orario di lavoro.

Serena Facello
Scuola internazionale di dottorato
in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro
Adapt - Università degli Studi di Bergamo

4. Diritti sindacali (segue)

4.4. Cass. 9 aprile 2009, n. 8725 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 29).

Diritti sindacali - Libertà e attività sindacale - Decadenza delle r.s.a. costituite prime della modifica referendaria: esclusione - Sussistenza dei requisiti posti dall'art. 19 Stat. lav. per l'insorgenza del diritto sindacale - Necessità - Fondamento.

L'art. 19 l. n. 300/1970 non incide sulla possibilità di costituire r.s.a., ma si limita a definire i requisiti che le r.s.a. devono possedere per poter usufruire dei diritti sindacali previsti dal ti-

tolo terzo. Ne deriva che: 1) la modifica di quei requisiti introdotta dal d.P.R. n. 312/1995 è ininfluenza ai fini della possibilità di costituire r.s.a.; 2) se tale modifica è ininfluenza ai fini della costituzione, simmetricamente non può comportare l'estinzione delle r.s.a. che presentavano i requisiti del testo originario della norma, ma non quelli del testo modificato (non vi è pertanto alcuna decadenza delle r.s.a. costituite prima della modifica referendaria); 3) se tali requisiti rilevano non ai fini della costituzione delle r.s.a. ma solo ai fini della titolarità dei particolari diritti previsti dal titolo terzo, è allora al momento della nascita dello specifico diritto sindacale che bisogna avere riguardo per verificarne la presenza o meno.

4.5. Trib. Forlì 2 luglio 2009, n. 1326 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 27).

Diritti sindacali - Associazioni sindacali - Legittimazione attiva all'azione per la repressione della condotta antisindacale - Sindacato costituito da una mera federazione di sindacati aziendali - Requisito della stipulazione del Ccnl - Necessità - Sussistenza.

Solo il dato positivo e formale dell'avvenuta sottoscrizione del Ccnl è elemento sufficiente a dimostrare la forza negoziale del sindacato e la titolarità delle particolari prerogative che a tale forza si riconnettono, quale, nella specie, la legittimazione processuale attiva ex art. 28 Stat. lav.

(4.4. – 4.5.) Sottoscrizione del Ccnl, titolarità dei diritti sindacali di cui al titolo III e legittimazione attiva ex art. 28 Stat. lav.

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La rappresentatività negoziale ex art. 19 ss. Stat. lav. – **3.** La rappresentatività negoziale (a livello nazionale) ex art. 28 Stat. lav. – **4.** Le aporie della tesi dell'esclusiva rilevanza dell'indice negoziale, ai fini della legittimazione all'azione per la repressione della condotta antisindacale.

1. Recenti pronunce di legittimità hanno riconosciuto rilevanza preponderante, ai fini della legittimazione a proporre ricorso per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 Stat. lav., alla stipulazione del contratto collettivo di livello nazionale, quale indice di un'effettiva azione sindacale di carattere nazionale e, dunque, di un adeguato livello di rappresentatività del sindacato (Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, in *GC*, 2007, n. 1, 202; Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, in *MGC*, 2006, 3; Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in *RIDL*, 2008, n. 3, 528; Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, in *MGC*, 2008, 29). Sennonché, muovendo da tale, condivisibile, approdo, taluni giudici di merito sembrano elevare il dato negoziale, da indice privilegiato di una rappresentatività adeguata, a requisito essenziale ai fini dell'esercizio dell'azione per la repressione della condotta antisindacale, in invocata pretesa coerenza con l'art. 19 Stat. lav. Norma che, in effetti, nella versione post-referendaria, fonda sull'effettiva capacità negoziale del sindacato (a qualunque livello espressa) il criterio legale di selezione dei beneficiari della legislazione di sostegno.

Le due pronunce che si annotano offrono dunque l'occasione di mettere a confronto il modo in cui la sottoscrizione del contratto collettivo rileva o può rilevare, rispettivamente ai fini dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III dello Statuto e ai fini dell'esercizio dell'azione per la repressione della condotta antisindacale e di verificare se il criterio post-referendario fondato sulla effettiva forza negoziale del sindacato abbia o no "portata espansiva" (Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, cit.; Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, cit.) tale da soppravanzare ed azzerare ogni altro indice di «collegamento del sindacato con il contesto

socio-economico dell'intero paese», anche ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati all'azione ex art. 28 Stat. lav.

2. Il caso deciso dalla Corte di Cassazione verte sulla legittimità o no del trasferimento, in difetto di nulla osta sindacale, di due dirigenti di una r.s.a. costituita prima della modifica referendaria del 1995 nell'ambito di un sindacato autonomo (SNATER) non firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva. Ove, però, sia il conferimento dell'incarico, sia il trasferimento erano successivi alla modifica stessa.

La questione – ampiamente dibattuta già in passato – riguarda il trattamento da riservare alle rappresentanze sindacali aziendali costituite prima del referendum abrogativo del 1995, ma non più rispondenti ai requisiti di cui al novellato art. 19 Stat. lav.

Come noto, secondo un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale (c.d. teoria del “fatto compiuto”) la legge nuova (non espressamente dichiarata retroattiva) non trova applicazione ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, né «a quelli sorti anteriormente e ancora in vita, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi nel passato e si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di essi». Essa si applica, invece, a quei fatti, *status* e situazioni, esistenti o sopravvenuti, conseguenti ad un fatto passato che siano presi in considerazione in se stessi, «prescindendosi completamente dal fatto generatore, di modo che di quest'ultimo non resti modificata la disciplina» (Cass., sez. un., 28 aprile 1998, n. 4327, in *MGC*, 1998, 895. Cfr. art. 11 disp. prel. c.c., applicabile anche al referendum abrogativo, avente la medesima efficacia *ex nunc* di una legge abrogativa, C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 48, in *FI*, 2000, I, 698).

Orbene, secondo parte della dottrina e la giurisprudenza minoritaria, dal momento che l'art. 19 Stat. lav. si riferisce «al solo momento genetico della rappresentanza aziendale» (“possono essere costituite”), le r.s.a. costituite prima del 27 settembre 1995 conserverebbero i diritti di cui al Titolo III anche se prive dei requisiti post-referendari, dovendo applicarsi alla fattispecie la disciplina vigente al tempo in cui la stessa si è formata (G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina delle r.s.a. dopo i referendum*, in A. MARESCA, G. SANTORO PASSARELLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Rappresentanze e contributi sindacali dopo il referendum*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, 15; Cass. 10 aprile 2003, n. 5698, in *MGL*, 2003, 486, con nota di F. LUNARDON, “Manipolazione” referendaria dell'art. 19 Stat. lav. e riconoscimento delle r.s.a. quali destinatarie dei diritti di informazione e consultazione sindacale).

A tale interpretazione si è, tuttavia, convincentemente obiettato che i criteri di cui all'art. 19 Stat. lav. non rilevano tanto ai fini della costituzione di rappresentanze sindacali sui luoghi di lavoro; prerogativa, questa, garantita a tutti i sindacati e a tutti i lavoratori dagli artt. 1 e 14 Stat. lav., in conformità al precetto di cui all'art. 39 Cost. Essi rilevano, piuttosto, (proprio) ai fini della individuazione del campo di applicazione dei diritti di cui al Titolo III, stante la funzione definitiva e non già permissiva dell'art. 19 Stat. lav. (C. Cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *FI*, 1974, I, 963). Di conseguenza, «tutte le r.s.a. costituite in precedenza restano certamente in vita, perché questa sopravvivenza è assicurata dagli artt. 1 e 14, ma godono di quei diritti soltanto le r.s.a. di cui all'art. 19» (P. ICHINO, *Le rappresentanze sindacali in azienda dopo il referendum. Problemi di applicazione della nuova norma e dibattito sulla riforma*, in *RIDL*, 1996, 135; G. AMOROSO, *Rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum: “nuovi” problemi nel contesto della giurisprudenza sul “vecchio” art. 19 Stat. lav.*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, 87 ss.; Cass. 16 marzo 2001, n. 3813, in *LPO*, 2001, 552 con nota di M. PAPALEONI, *Normativa in tema di r.s.a. e contributi sindacali*).

Anche la sentenza in commento aderisce a tale linea interpretativa, salva la precisazione, di non secondaria importanza, che, ove la prerogativa (tutela contro il trasferimento) sia collegata alla funzione (incarico di dirigente r.s.a.), la sussistenza dei requisiti dovrà esse-

re valutata con riferimento al momento del conferimento dell'incarico (che segna la nascita del diritto) e non già al momento di concreto esercizio del diritto stesso.

Peraltro, come noto, secondo i più recenti approdi giurisprudenziali le medesime prerogative possono essere attribuite anche a rappresentanze sindacali costituite nell'ambito di sindacati terzi, non rappresentativi *ex art.* 19 Stat. lav., con l'unico limite del sindacato di comodo, ovvero del tutto sganciato da un'effettiva rappresentatività (Cass. 1° febbraio 2005, n. 1892, in *OGL*, 2005, 499).

Resta sullo sfondo la questione (non affrontata dalla Corte) se, per l'individuazione dei sindacati le cui rappresentanze sono destinatarie *ex lege* dei diritti e delle tutele previsti nel Titolo III, sia sufficiente la stipula di un contratto collettivo di tipo "gestionale", quale indice di una «incisiva e concreta effettività della [...] specifica forza negoziale» del sindacato (Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, cit.); ovvero se la sottoscrizione di tale tipo di intesa, della quale vanno individuati rigorosamente i confini, non costituisca un indice sufficiente della rappresentatività negoziale del sindacato, o perché espressione di un potere sostanzialmente regolamentare delegato dal legislatore, o perché – pur avendo natura contrattuale – incida in modo solo indiretto sui singoli lavoratori, con la mediazione dell'atto concreto di gestione posto in essere dal datore di lavoro; o, infine, perché non avendo un'effettiva e continuativa vigenza, essa non possa dirsi "applicata" nell'unità produttiva (per l'affermazione che, ai fini della titolarità dei diritti di cui al Titolo III, è necessaria la stipula di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della relativa disciplina, si veda C. Cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *GC*, 1996, 2211. Ritengono sufficiente la stipula di un contratto gestionale Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, cit.; Cass. 20 marzo 2009, n. 6905, in *D&G*, 2009; *contra*, Cass. 11 luglio 2008, n. 19275, in *MGC*, 2008, f. 7/8, 1130. Per l'osservazione che anche il contratto gestionale ha efficacia normativa, pur non rientrando tra quelli di cui all'art. 39 Cost., ult. comma, in quanto non esercita alcuna funzione sostitutiva dell'autonomia individuale, si veda M. MAGNANI, *Articolazione funzionale e tipologica dei contratti collettivi*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Milano 23-25 maggio 1997, 165. Sulla necessità di individuare rigorosamente tale fattispecie, si veda A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. I, *Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2008, 188 ss. Per il dibattito sul tema si veda, in particolare, M. D'ANTONA, *Pubblici poteri nel mercato del lavoro*, in *RIDL*, 1987, I, 226; A. MARESCA, *Le rappresentanze sindacali aziendali dopo il referendum (problemi interpretativi e prime osservazioni)*, in *Rappresentanze e contributi sindacali*, cit., 40; P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 196; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, 1999, 1.

3. Diversa – ma a ben vedere "comunicante" – è la questione affrontata dal Tribunale di Forlì, ove in sostanza il giudice del lavoro, sulla scorta delle richiamate sentenze di legittimità, ha negato legittimazione attiva *ex art.* 28 Stat. lav. al sindacato ricorrente (Federazione Sindacale ATM-PP costituito da una mera «federazione tra alcuni sindacati tra il personale di E.n.a.v. s.p.a.»), in quanto non firmatario del vigente contratto collettivo nazionale di lavoro.

È noto il lungo – ed ancor vivo – dibattito giurisprudenziale in ordine alla individuazione del sindacato titolare dell'azione *ex art.* 28 Stat. lav. («organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse») ed in particolare circa il requisito della "nazionalità". Dibattito che ha visto contrapposti, da un lato, i fautori del criterio c.d. "soggettivo", sostanzialmente incentrato sulle disposizioni degli statuti, dall'altro, i fautori dell'orientamento c.d. "oggettivo", incentrato sull'effettivo "carattere nazionale" del sindacato, a prescindere dalle disposizioni statutarie (rilevanti, invece, per individuare gli organismi "locali" del sindacato stesso, Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, cit.).

In merito, la giurisprudenza ha chiarito che il carattere nazionale del sindacato emerge non tanto dallo specifico modello organizzativo adottato (monocategoriale, intercategoriale, confederale), quanto piuttosto dalla dimensione nazionale dell'azione sindacale, assunta a garanzia di un adeguato livello di rappresentatività. Ed ha individuato quali indici sintomatici l'effettiva promozione di azioni sindacali a livello nazionale, il seguito ottenuto tra i lavoratori, il numero degli associati, il coinvolgimento a livello istituzionale in ordine a iniziative anche legislative, nonché (dando talvolta rilievo esclusivo a tale indicatore) la presenza e lo svolgimento di attività in gran parte del territorio nazionale (cfr. per un riepilogo B. DE MOZZI, *Ancora sulla legittimazione attiva di S.l.a.i. Cobas e S.in Cobas: sindacati a "diffusione", ma non a "dimensione" nazionale*, nota a Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, e Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, in *GC*, 2007, n. 12, 2927).

Senonché, come si è detto, recenti pronunce della Corte di legittimità, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale, hanno precisato che la scelta selettiva di cui all'art. 28 Stat. lav. è intesa a garantire una tutela privilegiata a favore dei soggetti che siano portatori di un interesse sindacale ampiamente condiviso (e cioè a livello nazionale); interesse che, trascendendo sia quelli particolaristici dei singoli, sia quelli localistici, abbia titolo ad emergere nel conflitto con la parte imprenditoriale; ed hanno chiarito che la stipulazione del Ccnl costituisce un indicatore della "dimensione" nazionale del sindacato ben più significativo rispetto al mero dato topografico ("diffusione" sul territorio nazionale) (Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit.; Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, cit.).

In sostanza, il sindacato "nazionale" non è quello che realizza la semplice sommatoria, sia pure a livello territoriale diffuso, di molteplici interessi collettivi, ciascuno dei quali facente capo ad un distinto gruppo di soggetti, ma unicamente quello in grado di realizzare, a tale livello, la sintesi dei diversi interessi in gioco (in senso contrario si veda Cass. 20 marzo 2009, n. 6905, cit., che accerta il carattere nazionale in base allo svolgimento di effettiva azione sindacale su gran parte del territorio nazionale; Cass. 12 dicembre 2008, n. 29257, in *MGC*, 2008, n. 12, 1770, ove però la Corte non prende in considerazione la censura relativa al preteso difetto del requisito di nazionalità, in quanto generica; Cass., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28269, in *MGC*, 2005, n. 7/8).

Orbene, la Corte di legittimità ha, fin da subito, tentato di ancorare tale (condivisibile) lettura restrittiva dell'art. 28 Stat. lav. e, in specie, la particolare rilevanza dell'indice contrattuale al criterio post-referendario di rappresentatività sindacale in azienda, attribuendo al canone dell'effettiva forza negoziale del sindacato portata espansiva anche al di là degli specifici fini per cui rileva (e cioè, della titolarità dei diritti di cui al Titolo III). Ma tale argomentazione non convince.

È ben vero, infatti, che l'ordinamento appronta un duplice livello di tutela, sia sostanziale (artt. 1 e 14 Stat. lav.; artt. 19 ss. Stat. lav.) che processuale (art. 414 ss. c.p.c.; art. 28 Stat. lav.) della libertà sindacale (nei luoghi di lavoro). Ma non vi è (né vi è mai stata) coincidenza tra tutela sostanziale privilegiata della libertà (attività) sindacale nei luoghi di lavoro (artt. 19 ss. Stat. lav.) e tutela processuale privilegiata della libertà, attività sindacale e diritto di sciopero (art. 28 Stat. lav.). La prima, incentrata (ormai) sul criterio selettivo proprio dell'ordinamento "intersindacale", fondato sul reciproco riconoscimento delle parti e privo, come si è detto, di efficacia cogente. La seconda, invece, strettamente ancorata ad una logica selettiva, fondata sul raggiungimento da parte del sindacato di una rappresentatività non solo effettiva, ma anche adeguata (e cioè di rilevanza nazionale) ed oggetto di riserva esclusiva da parte della legge statale (Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit.).

Ed ancor meno convincente appare l'ulteriore "corollario" che il decreto in epigrafe sembra trarre dalle argomentazioni della Corte di legittimità, con l'elevare l'indice contrattuale da modalità "tipica" a modalità "esclusiva" di espressione del carattere nazionale del sindacato, in contrasto non solo con la lettera della disposizione, ma con la ragione stessa

(sostanziale, e non formale) della scelta selettiva in essa attuata (Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, cit.; Cass. 23 marzo 2006, n. 6429, cit.; Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit., secondo cui la stipula del Ccnl configura «tipica – ma non esclusiva – espressione “nazionale” dell’attività sindacale»; C. Cost. 24 marzo 1988, n. 334, secondo cui l’art. 28 Stat. lav. «presuppone una dimensione organizzativa – quella nazionale – [...] non legata [...] alla stipulazione di contratti collettivi»; C. Cost. 17 marzo 1995, n. 89, in *FI*, I, 1735. Cfr. F. BERNINI, nota a Trib. Milano, 24 giugno 2008, in *D&L*, 2008, 4, 1173).

4. Sono del resto evidenti le aporie cui condurrebbe un’eccessiva enfaticizzazione della rilevanza dell’indice contrattuale, quale chiave di accesso alla tutela di cui all’art. 28 Stat. lav., con ingiustificata restrizione della legittimazione attiva a favore dei soli sindacati firmatari di contratto collettivo nazionale di lavoro, a fronte di un – concomitante – progressivo ampliamento dei soggetti titolari delle prerogative di cui al Titolo III. A tutto discapito proprio dell’invocata “coerenza sistematica” che si dichiara di volere perseguire.

È ben vero che, come si è accennato, già in esito ai referendum del 1995 si è acuita la sfasatura tra campo di applicazione della tutela sindacale privilegiata di cui agli artt. 19 ss. Stat. lav. (con rappresentatività misurata anche solo a livello aziendale) e speciale tutela processuale di cui all’art. 28 Stat. lav. (saldamente ancorata alla dimensione nazionale del sindacato). Ma tale sfasatura è in larga misura sterilizzata dalle previsioni del Protocollo e dell’Accordo del 1993, che predeterminano gli agenti negoziali di secondo livello sancendo la colegittimazione attiva di r.s.u. e sindacati territoriali aderenti alle organizzazioni sindacali nazionali stipulanti il Ccnl (cfr. P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2000, 153). E lo stesso accordo quadro del 22 gennaio 2009 con il successivo accordo interconfederale del 15 aprile 2009 non sovvertono, *in parte qua*, il sistema negoziale in atto (cfr. § 1.1. e § 3.5 a.i.).

Sotto tale profilo è, dunque, semmai anomala l’attribuzione delle speciali prerogative di cui al Titolo III a ciascuna componente di r.s.u. (Cass. 1° febbraio 2005, n. 1892, cit.), con la “irrazionale” conseguenza (dell’accoglimento della tesi “pluralistica” in parola) che soltanto le componenti facenti capo ad un sindacato nazionale potranno ottenere tutela *ex art. 28 Stat. lav.*, a differenza delle altre, non organizzate su scala nazionale (ferma l’eventualità che il sindacato agisca comunque in loro difesa, avendovi “interesse”).

Ben più ampia, sarebbe, invero la incrinatura indotta nel sistema dalla riserva di legittimazione a favore del sindacato firmatario di Ccnl, con (definitivo) sovvertimento del tradizionale rapporto tra norma processuale, posta a presidio «del libero sviluppo di una normale dialettica sindacale» (C. Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, *FI*, 1992, 30) – sia pure per le organizzazioni di dimensione “nazionale” – e, dunque, storicamente di più ampia e meno selettiva portata, e ambito dei soggetti destinatari della tutela rafforzata di cui al Titolo III.

Secondo l’interpretazione oggi invalsa dell’art. 19 Stat. lav., infatti, anche un sindacato non firmatario del “vigente” contratto collettivo a contenuto “normativo” applicato nell’unità produttiva può avere accesso a (talune) prerogative di cui al Titolo III: o per concessione pattizia, fermo il limite di cui all’art. 17 Stat. lav. ovvero del sindacato sganciato da un’effettiva rappresentatività, o per essersi la prerogativa stessa incardinata in capo al titolare (dirigente di r.s.a.) nella vigenza del precedente contratto collettivo venuto a scadenza, o (se dovesse prevalere tale indirizzo giurisprudenziale) – per essere firmatario di contratto collettivo di tipo “gestionale”. Ma, secondo la tesi restrittiva in commento, non potrebbe agire a tutela di tali posizioni *ex art. 28 Stat. lav.*

Ed invero, tramontata l’idea dell’inderogabilità dei criteri *sub art. 19 Stat. lav.*, non si dubita della legittimità di clausole contrattuali (a favore di terzo) che riconoscono il godimento dei diritti di cui al Titolo III anche ai sindacati, firmatari delle precedenti intese, dissenzienti dalle politiche sindacali maggioritarie, laddove la legittimazione ad agire re-

sta materia disciplinata in via esclusiva dalla legge (statale), sulla quale nulla può l'autonomia collettiva, una volta individuata la chiave di accesso alla tutela nel modo restrittivo che si è detto (cfr. con riferimento al settore metalmeccanico L. MARIUCCI, *Contrattazione collettiva e rappresentanza sindacale: qualche idea per rilanciare il tema*, in *Rappresentanza, rappresentatività, sindacato in azienda e altri studi. Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005, 474). Ciononostante, non vi è il rischio di un potere di accreditamento ad opera della controparte imprenditoriale, a livello nazionale, né il pericolo di un'ingerenza della contrattazione collettiva in materia coperta da riserva di legge, non essendo rimessa la identificazione della nozione legale ("sindacato nazionale") all'autonomia collettiva, ma semplicemente riconnessa alla circostanza estrinseca dell'avvenuta stipulazione del contratto.

Né la stipula di un accordo "di gestione" potrebbe agevolmente costituire porta di accesso alla tutela processuale di cui all'art. 28 Stat. lav., dal momento che tale intesa, pur potendo «in astratto riguardare interi settori della produzione» (M. PERSIANI, *op. cit.*, 17) è per sua natura destinata ad operare in ben definite situazioni aziendali – sia pure, in ipotesi, su scala territoriale "diffusa" – e dunque difficilmente idonea a realizzare quell'obiettivo di tutela "degli interessi di categorie lavorative" cui, come si è detto, la Corte costituzionale (C. Cost. 6 marzo 1974, n. 54, cit.) e la stessa Corte di legittimità riconnettono la legittimazione all'azione per la repressione della condotta antisindacale (*contra*, Cass. 11 gennaio 2008, n. 520, cit.).

Del resto, se la stessa scelta post-referendaria di garantire i diritti di cui al Titolo III ai soli sindacati "autolegittimatisi" nel sistema sindacale tramite la stipula del contratto collettivo (ad ogni livello), ormai sganciata dall'orizzonte solidaristico dell'originario art. 19 Stat. lav., era stata tacciata di degradare le prerogative sindacali da canale privilegiato di comunicazione con i lavoratori a mero strumento di amministrazione del contratto collettivo a favore del sindacato che già lo avesse sottoscritto, a maggior ragione parrebbe, oggi, incongrua la scelta di riservare al solo sindacato firmatario (a livello nazionale) del vigente contratto collettivo l'esercizio di un'azione che è posta a presidio di prerogative (anche) prodromiche e funzionali alla stipulazione stessa del contratto (sciopero; ammissione alle trattative ove dovuta, ecc., cfr. Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, cit.; cfr. M.G. GAROFALO, *Opinione su Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, 659; P. CAMPANELLA, *op. cit.*, 155).

In effetti, però, con riferimento alla seconda decisione in epigrafe, si deve dare atto che, al di là dell'enfasi posta sul "solo" dato "positivo e in certa misura formale" della (manca) stipula del contratto collettivo, era incontestata in causa la "composizione formale" del sindacato ricorrente, quale «federazione tra alcuni sindacati tra il personale di E.n.a.v. s.p.a.» ed, in definitiva, la carenza anche degli altri "indici" di nazionalità. Con il che, forse, il paventato "azzeramento" degli altri indicatori a favore del solo dato negoziale ai fini della legittimazione ex art. 28 Stat. lav. non si è (ancora) compiutamente delineato in giurisprudenza.

Barbara de Mozzi
Ricercatrice di diritto del lavoro – Università degli Studi di Padova

5. Discriminazioni

5.1. Commissione Tributaria Pistoia 3 aprile 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 35).

Discriminazioni - Consigliera di Parità - Legittimazione processuale - Azione in giudizio ex art. 36, comma 2, d.lgs. n. 198/2006 - Processo tributario - Esclusione.

La figura della Consigliera di Parità può promuovere un giudizio ai sensi dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità fra uomo e donna, solo per i procedimenti indicati dalla disposizione, e cioè innanzi al tribunale ordinario in funzione di giudice del lavoro o davanti al Tar; deve pertanto pronunciarsi, nei confronti della medesima, il difetto di jus postulandi nel processo tributario.

L'azione in giudizio della Consigliera di Parità fra limiti legali allo *jus postulandi* ed esigenze di effettività della tutela antidiscriminatoria

La sentenza in epigrafe, resa dalla Commissione tributaria della Provincia di Pistoia, si mostra di particolare interesse, per quanto svoltasi su questioni di stretto ambito fiscale, poiché induce a riflettere sullo stato di avanzamento della cultura antidiscriminatoria nell'ambito del sistema normativo e giudiziario del nostro ordinamento.

Un ex lavoratore chiedeva all'Agenzia delle Entrate il rimborso del 50% delle somme Irpef versate a titolo di incentivo all'esodo, secondo le agevolazioni che erano previste, per le donne di almeno 50 anni e per gli uomini di almeno 55 anni, dall'art. 19, comma 4-bis, del TUIR applicabile *ratione temporis*. L'Agenzia delle Entrate emetteva provvedimento di diniego del rimborso, che veniva impugnato innanzi alla Commissione Tributaria provinciale, dando origine alla controversia conclusasi con la decisione in commento.

Stando ai limiti di età individuati dalla richiamata disposizione del TUIR, il ricorrente, che all'epoca della cessazione del vincolo aveva 54 anni, sarebbe rimasto escluso dai benefici.

Senonché, come ormai noto, la Corte di Giustizia Europea (C. Giust. 21 luglio 2005, causa C-207/04, in *FI*, 2006, IV, 534) ha ritenuto che la previsione integrasse una discriminazione di genere nei confronti degli uomini – effettivamente destinatari di un trattamento fiscale svantaggioso solo in ragione del sesso – imponendo, in attesa dell'intervento del legislatore, la disapplicazione della norma (si veda G. MELIS, *Motivazioni e argomentazioni nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rass. Trib.* 2005, 401 ss.). È altresì noto che, in esecuzione della sentenza, il legislatore italiano ha successivamente abrogato l'agevolazione, indistintamente per gli uomini e per le donne, con alcune indicazioni per il regime intertemporale, tramite l'art. 36, comma 23, d.l. n. 223/2006, conv. l. n. 248/2006 (per un commento alle varie disposizioni, v., di recente, F. PETRUCCI, *Discriminazioni per sesso: età per il regime fiscale dell'incentivo all'esodo*, in *Mass. GLav*, 2009, n. 11, 819).

Fra i vari motivi di ricorso, che è relativo a fattispecie precedente la succitata abrogazione, il ricorrente indicava, appunto, l'essere la previsione del TUIR illegittima in quanto discriminatoria, argomentando, conseguentemente, che tale illegittimità dovesse comportare – in attuazione della pronuncia della CGE – l'estensione, anche alla sua posizione, del beneficio fiscale ivi contemplato, indipendentemente dal mancato raggiungimento della soglia dei 55 anni.

Il ricorrente, ai fini della tutela della propria posizione, anche sul fronte del rispetto del principio di non discriminazione sotteso alla questione, conferiva delega alla Consigliera di Parità provinciale, che congiuntamente con lui, rilasciava mandato a due legali per il patrocinio della causa innanzi alla Commissione tributaria.

La Commissione tributaria prendeva atto della sentenza della Corte di Giustizia, e dichiarava che, in effetti, atteso il carattere discriminatorio del comma 4-*bis* dell'art. 19 TUIR il ricorso era fondato ed il provvedimento di diniego del rimborso del 50% delle somme Irpef versate illegittimo. Tuttavia, poiché nel frattempo, a seguito di una circolare dell'Agenzia delle Entrate che aveva imposto agli uffici territoriali di conformarsi alla pronuncia della CGE, l'amministrazione convenuta aveva avviato la procedura di restituzione, la pronuncia si concludeva con una dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

L'organo giudicante, che pure ha dato conto, in qualche modo, della fondatezza della domanda del ricorrente, tuttavia lo ha fatto, per venire alla parte della sentenza che qui interessa, antepoendo alle conclusioni una pronuncia di difetto di *jus postulandi* da parte della Consigliera di Parità, poiché – secondo quanto si legge in motivazione – tale figura istituzionale avrebbe funzioni limitate, dalla stessa disciplina di riferimento, alle controversie che si svolgono innanzi al giudice del lavoro o al tribunale amministrativo regionale (cfr. d.lgs. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità fra uomini e donne, art. 36, comma 2, che così dispone: «ferme restando le azioni in giudizio di cui all'articolo 37, commi 2 e 4, le consigliere o i consiglieri di parità provinciali e regionali competenti per territorio hanno facoltà di ricorrere innanzi al tribunale in funzione di giudice del lavoro o, per i rapporti sottoposti alla sua giurisdizione, al tribunale amministrativo regionale territorialmente competenti, su delega della persona che vi ha interesse, ovvero di intervenire nei giudizi promossi dalla medesima»).

Dal tenore complessivo della pronuncia, che al suddetto passaggio ha dedicato uno spazio molto più risicato di quanto l'importanza della questione meritasse, si evincono almeno due dati, entrambi poco confortanti, sullo stato della tutela antidiscriminatoria.

Il primo è l'evidente lacunosità sul piano tecnico, della disposizione posta a disciplina dell'azione in giudizio da parte della Consigliera, difetto che si aggiunge ai numerosi segnalati dalla più autorevole dottrina in materia, sin dall'indomani dell'elaborazione del Codice delle pari opportunità (F. AMATO, M. BARBERA, L. CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul Codice delle Pari Opportunità*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, 227), poiché è evidente che non v'è ragione alcuna per la limitazione della legittimazione della Consigliera a nominati ambiti giurisdizionali, quando il relativo Ufficio è posto dall'ordinamento a tutela di un interesse pubblico e generale, e a «presidio di effettività dei dispositivi antidiscriminatori» (F. GUARRIELLO, *Il ruolo delle istituzioni e della società civile*, in M. Barbera (a cura di), *op. cit.*, 467). Dell'infelice formulazione occorrerebbe pertanto prendere atto, ai fini di una revisione volta a recuperare gli ambiti di tutela a rischio di esclusione.

Il secondo dato si sviluppa come conseguenza del primo, e riguarda la difficoltà degli organi giudicanti meno "avvezzi" alle categorie del diritto antidiscriminatorio, ad astrarre dall'elemento formale – nel caso specifico rappresentato da una norma mal costruita e irrazionale – e a ragionare in una logica di sistema, oltre che più sostanzialistica.

Se è vero, infatti, che dall'art. 36, comma 2, del Codice delle pari opportunità non è possibile ricavare molto spazio di manovra, è comunque vero che la legittimazione ad agire della Consigliera di Parità anche nella causa tributaria trova pieno riscontro nella logica complessiva che informa tutta la normativa sulla parità fra uomo e donna, e che, cristallizzata nell'art. 4, l. n. 125/1991, successivamente integrato dal d.lgs. n. 196/2000, sot-

tende l'attribuzione a tale figura di un ruolo *istituzionale* di contrasto alle discriminazioni di genere, certamente non circoscritto a specifici ambiti oggettivi.

L'intera vicenda, solo apparentemente di scarsa rilevanza, è dunque assolutamente emblematica del fatto che, nonostante gli indubbi progressi dei periodi più recenti, per il diritto antidiscriminatorio il tempo della piena maturità nell'ordinamento nazionale non possa dirsi ancora raggiunto, sia dal punto di vista dell'affinamento delle tecniche, sia sul piano più prettamente ontologico, e che occorre uno sforzo promozionale ulteriore, a qualsiasi livello, affinché la tutela della parità di genere possa acquisire maggiore quota sul terreno dell'effettività.

Lisa Amoriello

Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate

6. Infortuni e malattie professionali

6.1. Cass. pen., sez. IV, 19 dicembre 2008, n. 47374 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 29).

Infortuni e malattie professionali - Violazione norme antinfortunistiche - Esercizio azione penale - Soggetti legittimati - Costituzione di parte civile - Inail - Legittimazione - Sussistenza - Esercizio azione di regresso - Inail - Legittimazione - Sussistenza.

In caso d'esercizio dell'azione penale per i reati d'omicidio colposo e lesioni colpose commessi con violazione delle norme antinfortunistiche, l'Inail è legittimato a costituirsi parte civile e ad esercitare nel procedimento penale l'azione di regresso nei confronti del datore di lavoro imputato del delitto di omicidio colposo e del delitto di lesioni colpose. La legittimazione dell'ente in tal senso discende dall'art. 2 della l. n. 123/2007, che ha imposto al pubblico ministero di informare a tal fine l'Inail dell'avvenuto esercizio dell'azione penale per i reati menzionati.

Il ruolo dell'Inail nel processo penale per reati commessi con violazione di norme antinfortunistiche

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** I rapporti tra processo penale e azione di regresso dell'Inail prima della sentenza in esame. – **3.** Gli interventi della Corte Costituzionale: le decisioni n. 22/1967, n. 102/1981 e n. 118/1986. – **4.** La giurisprudenza della Corte di Cassazione prima del 2008. – **5.** Le nuove disposizioni di cui alla l. n. 123/2007, art. 2, e all'art. 61 del d.lgs. n. 81/2008. – **6.** L'avviso del pubblico ministero. – **7.** L'Istituto come persona offesa dal reato. – **8.** L'art. 61 del d.lgs. n. 81/2008 ed il carattere ricognitivo o costitutivo della norma.

1. La sentenza in esame ben si inserisce nel contesto normativo attuale che riconosce all'Inail un ruolo crescente nell'attuazione di azioni a sostegno delle politiche in materia di prevenzione. In questo ambito proprio l'azione di regresso, come, peraltro, declinata di recente anche nell'ambito del proprio Piano Industriale dall'Istituto medesimo, può costituire una leva efficace su cui agire per favorire l'adozione di misure di prevenzione da parte dei datori di lavoro.

È lo stesso Collegio giudicante a sottolineare che l'art. 2 della l. n. 123/2007 si colloca in un quadro complessivo di rapporti tra l'azione penale e l'azione civile di regresso dell'Inail per il recupero delle somme erogate a favore dell'infortunato, assai complesso e controverso, quale delineato, in particolare, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazio-

ne che si è interessata alla questione sotto il profilo della sospensione del processo avente ad oggetto l'azione civile di regresso in pendenza dell'azione penale.

Con questa previsione normativa viene portato a compimento un percorso che era partito già dalla giurisprudenza di merito attraverso le molteplici ordinanze, nel corso degli ultimi anni, pronunciate in sede di udienza preliminare o dibattimentale, che hanno ammesso la costituzione di parte civile dell'Istituto nei processi penali in materia di violazione di norme antinfortunistiche.

Tale dato ha trovato conferma e consacrazione nella Relazione sull'Amministrazione della giustizia nell'anno 2004 del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione dott. Francesco Favara, nonché in iniziative concrete quale quella assunta dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Marsala, che con una nota in data 20 giugno 2005, invitò tutti i Sostituti Procuratori ad inviare avvisi e comunicazioni all'Inail, in qualità di persona offesa da reati di omicidio colposo e/o lesioni personali colpose commesse in violazione delle misure di prevenzione e sicurezza sul lavoro (L. DAMIANI, N. D'ANGELO, *L'azione di regresso nel processo penale*, in *RIMP*, 2005, n. 2, *Antologia del trentennio*).

2. La sentenza di condanna per un reato perseguibile d'ufficio era considerata condizione sostanziale per il sorgere del diritto di credito da parte dell'Istituto.

L'art. 10, comma 2, d.P.R. n. 1124/1965, prevede al secondo comma che «permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato».

In relazione a tali previsioni normative la proponibilità dell'azione di regresso era subordinata all'esistenza di una sentenza di condanna per un reato perseguibile d'ufficio pronunciata nei confronti del datore di lavoro e/o dei soggetti come nel terzo comma individuati (incaricati della direzione e della sorveglianza).

Lo stesso articolo, al quarto comma, prevede due eccezioni: nei casi di amnistia o morte del reo, in costanza di conseguente sentenza di non doversi procedere, il giudice civile, in seguito a domanda degli interessati, proposta entro tre anni dalla sentenza, decide se, per il fatto che avrebbe costituito reato, sussista la responsabilità civile in capo ai soggetti di cui si è detto.

3. Le sentenze della Corte costituzionale n. 22 del 9 marzo 1967, n. 102 del 19 giugno 1981 e n. 118 del 30 aprile 1986 hanno profondamente modificato quest'assetto coerente, peraltro, con la preminenza del giudizio penale sugli altri tipi di giudizio e con il principio di unità della giurisdizione. L'opera di emancipazione dell'azione di regresso dal processo penale e la sostituzione della sentenza penale di condanna con l'accertamento, affidato *incidenter tantum* al giudice civile è stata favorita, peraltro, dalla riforma del processo penale e dalla introduzione nel nostro ordinamento del rito di stampo accusatorio.

Il quarto comma dell'art. 10 del d.P.R. n. 1124/1965 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla prima sentenza citata in quanto consente che il giudice civile possa accertare che il fatto che ha provocato l'infortunio costituisca reato soltanto nelle ipotesi di estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia, senza menzionare la ipotesi di prescrizione del reato.

La Consulta, negli anni Ottanta, in conseguenza anche dell'illegittimità costituzionale delle norme contenute negli artt. 25, 27 e 28 dell'ormai abrogato codice di procedura penale, venne chiamata a verificare la legittimità costituzionale degli artt. 10 e 11 del TU n. 1124/1965 che impedivano all'Inail l'esercizio dell'azione di regresso in presenza di sentenze dibattimentali di assoluzione, di sentenze istruttorie di non doversi procedere, di proscioglimento in sede istruttoria e di archiviazione della notizia di reato; l'esame della Corte interessò, inoltre, le medesime norme nella parte in cui estendevano l'efficacia del giudicato di condanna pronunciato nei confronti del compagno di lavoro del lavoratore infortunato al datore di lavoro che non aveva partecipato al giudizio penale. In tutti questi

casi, in cui per l'Inail non era possibile proporre l'azione di regresso, venne riconosciuta la illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 10 e 11.

«La sentenza penale di condanna veniva sostituita con l'accertamento affidato *incidenter tantum* al giudice civile» (A. ROSSI, *L'azione di regresso dell'Inail dopo l'art. 61 del decreto legislativo n. 81 del 2008: riflessi sul rapporto tra processo penale e processo civile*, Relazione tenuta presso il CSM il 2 febbraio 2009 all'incontro di studio sulla normativa in tema di *Tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*).

«[...] in base alla "riconversione" operata dalla Corte costituzionale, l'azione promossa dall'istituto per recuperare le indennità corrisposte al lavoratore o ai suoi eredi non ha (più) fondamento [...] nella condanna penale del datore di lavoro, bensì nel reato da questi commesso. I riflessi di tale (re-)interpretazione [in relazione agli artt. 10 e 11 del TU 1124/1965] si colgono agevolmente: essendo il reato un effetto giuridico autonomo, la cui sussistenza può essere oggetto di cognizione *incidenter tantum* anche nella sede civile, le domande relative al risarcimento e al regresso possono essere presentate ed accolte a prescindere dal previo intervento di una pronuncia penale che corrisponda a quelle specificamente indicate nel testo di legge, giacché al magistrato civile si chiede soltanto di riscontrare un illecito con i caratteri del reato» (M. A. ZUMPANO, *Sospensione necessaria per pregiudizialità penale e azioni civili non risarcitorie*, in *GC*, 2002, n. 9, 224). Ancora in quella sede la Zumpano rimarcava a commento della decisione della Cass. 1° marzo 2001, n. 2952, l'impossibilità per l'Istituto di costituirsi parte civile nel giudizio penale sottolineando che «Il diritto che l'Inail fa valere agendo in regresso, pur consistendo in una pretesa economica che ha titolo nel reato [...], non rientra tra quei diritti che l'ordinamento consente di esercitare anche in sede penale. Per tradizione, tali diritti sono ristretti alla restituzione o al risarcimento del danno eziologicamente riferibili alla condotta del soggetto attivo; e poiché gli assicuratori non possono essere considerati né come danneggiati né come offesi dal reato la giurisprudenza ne afferma costantemente la carenza di legittimazione a costituirsi parte civile, non solo con riguardo all'azione di regresso ma anche a quella di surrogazione».

4. Con efficace sintesi il Collegio, con la pronuncia in epigrafe, dà atto del punto di arrivo della evoluzione giurisprudenziale sul tema in esame, lasciando intendere che le decisioni della Consulta non sono andate esenti da critiche e che la giurisprudenza di legittimità non si è espressa in maniera uniforme sull'argomento, ma in più occasioni, ha continuato a riaffermare la necessità che, in presenza di un processo penale, l'Inail debba attendere la conclusione prima di poter esercitare l'azione di regresso (oltre la decisione Cass. 21 gennaio 2004, n. 968, si rammentano Cass. 10 luglio 1998, n. 6749, e, in senso contrario, Cass. 2 febbraio 2007, n. 2242).

In particolare, la Cassazione nel 2008 afferma che la giurisprudenza considera l'azione di regresso nei confronti del datore di lavoro distinta ed autonoma rispetto alla comune azione di restituzione o di risarcimento del danno *ex art. 74 c.p.p.*, tale da poter essere promossa solo in sede civile non riconoscendosi all'Inail «il diritto di costituirsi parte civile nel processo penale, non ritenendosi l'Istituto soggetto "offeso" dal reato legittimato ad esercitare nel processo penale l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno (art. 185 c.p.) nei confronti dell'imputato o del responsabile civile (art. 74 c.p.p.), e non rinvenendosi alcuna legge speciale che ne consentisse la costituzione di parte civile sia pur nei limiti di quanto previsto dall'art. 212 disp. att. c.p.p. Si riconosce però all'istituto la possibilità di agire in regresso senza attendere l'instaurazione o l'esito del procedimento penale, non sussistendo, secondo la prevalente interpretazione civile, alcuna pregiudizialità tra i due giudizi, pur in presenza delle disposizioni dell'art. 10 d.P.R. n. 1124/1965 (in quanto, come chiarito dalla Corte Cost. n. 102 del 1981, la condanna penale non configura elemento di diritto sostanziale del regresso) [...]. In applicazione del disposto di cui all'art. 651 c.p.p., il giudice civile risulta vincolato solo a quanto accertato

nella eventuale sentenza di condanna, mentre l'art. 652 non risulta applicabile in quanto dettato per l'azione di danno e neppure risulta applicabile l'art. 654 c.p.p. atteso che l'opponibilità del giudicato penale di assoluzione in altri giudizi civili è circoscritta alla sola posizione del danneggiato che si sia costituito parte civile e quindi non all'Inail cui tal diritto non compete.

In tale quadro, in cui è evidente l'assenza di collegamento tra quanto accertato in sede penale e in sede civile, si è inserita la l. 123/2008».

In definitiva la sostituzione operata della sentenza penale di condanna con l'accertamento del giudice civile, non elideva il limite posto in capo all'Istituto di non potersi costituire parte civile nel processo penale.

5. Le nuove disposizioni – art. 2, l. n. 123/2007 e art. 61 d.lgs. n. 61/2008 – fanno venir meno il limite summenzionato. Le norme hanno suscitato reazioni differenziate tra i commentatori.

In relazione a tali ultime valutazioni, il Collegio apertamente condivide, nella decisione in epigrafe, quelle secondo cui, in virtù della nuova norma, l'azione di rivalsa di cui l'Inail è titolare per perseguire altresì «lo scopo pratico di incentivare l'adempimento dell'obbligo del datore di lavoro di adottare ogni misura idonea a prevenire i sinistri (C. Cost n. 134 del 1971)» (il riferimento è a C. Cost. 22 giugno 1971, n. 134) viene favorita sotto un duplice aspetto: quello dell'ampia e generalizzata conoscenza dell'esercizio dell'azione penale per perseguire i reati dai quali presumibilmente sono scaturiti gli infortuni sul lavoro o le malattie professionali ammesse alla tutela previdenziale, e quello consistente nella facoltà di agire in regresso anche nel processo penale attraverso la costituzione di parte civile; concludendosi che alla luce della nuova normativa l'Inail può agire indifferentemente in sede penale o in sede civile per cercare di recuperare le somme erogate a titolo di prestazioni previdenziali.

«[...] pur in assenza di elementi di sostegno ricavabili dai lavori preparatori (che nulla dicono sulla specifica disposizione in esame), tale interpretazione dà della disposizione una interpretazione corrispondente alla generale "ratio" dell'intervento posto in essere dal legislatore con la legge n. 123 del 2007, in cui la disposizione stessa è stata inserita come norma di immediata applicazione. Con tale legge infatti, come è noto, è stata conferita apposita delega al governo per il riordino della normativa in materia di sicurezza e salute dei luoghi di lavoro al fine di rafforzare la tutela dei lavoratori, attuata anche attraverso la estensione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche ai reati di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p., commessi appunto con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela del lavoro. In tale ambito, la disposizione in esame deve essere intesa nel significato atto a conferirle la più ampia pregnanza nella prospettiva di un rafforzamento degli strumenti che possono rendere efficace la protezione dei lavoratori». Tra tali strumenti vanno ricompresi tanto la costituzione di parte civile quanto l'esercizio dell'azione di regresso nella sede penale, pur nella diversità di tale ultima azione da quella di risarcimento del danno, «a cui l'istituto deve dunque ritenersi legittimato per espressa previsione normativa».

Nel progetto perseguito dal legislatore queste novità dovrebbero produrre un effetto deterrente più incisivo, spingendo il datore di lavoro a rispettare la normativa in materia di sicurezza sul lavoro con l'adozione di tutti gli accorgimenti necessari per rendere maggiormente sicuro l'ambiente di lavoro, evitando o contribuendo a ridurre, così, gli incidenti sul lavoro, ancora numerosi.

6. In particolare, al fine di consentire all'Inail l'esercizio tempestivo e diffuso su tutto il territorio nazionale dell'azione di regresso, con l'art. 2, l. n. 123/2007, la cui rubrica è *Notizia all'Inail in taluni casi di esercizio dell'azione penale*, è stato imposto al pubblico ministero, in caso di esercizio dell'azione penale per i delitti di omicidio colposo o di lesioni personali colpose, se il fatto è commesso con violazione delle norme per la preven-

zione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbia determinato una malattia professionale, di darne immediata notizia all'Inail ai fini dell'eventuale costituzione di parte civile e dell'azione di regresso.

La stessa previsione, dopo l'abrogazione dell'art. 2, l. n. 123/2007, ad opera dell'art. 304, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 81/2008, è oggi inserita nell'art. 61, comma 1, del suddetto decreto delegato.

L'avviso che il pubblico ministero è tenuto a dare servirà non solo e non tanto a rendere più agevole il compito dell'Istituto di conoscenza degli incidenti verificatisi su tutto il territorio nazionale, ma anche a consentire al medesimo, così come la disposizione stessa espressamente stabilisce pur nella sua lacunosità, di esercitare a propria scelta l'azione civile, di risarcimento o di regresso, nel processo penale ovvero in sede civile, rimanendo assoggettata tale scelta – e le sue conseguenze – alle regole ordinarie dettate dai codici di rito.

I problemi aperti sul punto concernono gli effetti sia dell'omissione di detto avviso, sia, all'opposto, della ricezione del medesimo da parte dell'ente e cioè se la costituzione di parte civile dell'ente previdenziale sia o meno obbligatoria ovvero se essa sia possibile solo quando ricorrono i presupposti oggettivi della comunicazione.

7. L'obbligo del p.m. non risulterebbe coerente con i principi generali dell'ordinamento se non si configurasse l'Istituto come persona offesa o quantomeno persona danneggiata dal reato.

Secondo ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte il "danneggiato" del reato non si identifica solo nel "soggetto passivo" del reato, potendosi in realtà ben individuare "danneggiati" diversi dal "soggetto passivo", che hanno subito in via riflessa un danno dall'azione delittuosa e sono quindi titolari del diritto alla restituzione e al risarcimento dei danni, esercitabile tramite la costituzione di parte civile e che la causalità, ai fini che ne occupano, è quella "in fatto" regolata dall'art. 40 c.p. (si vedano, oltre alla già citata Cass. pen., sez. V, 18 novembre 2004, n. 3996, anche Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2004, n. 7259; Cass. pen., sez. III, 4 luglio 2002, n. 34310).

Tanto è stato, fra l'altro, ribadito dalla Corte Costituzionale, con sentenza 31 marzo 1988, n. 372, laddove è precisato che il diritto di regresso dell'Inail costituisce «posizione giuridica scaturita direttamente dall'illiceità penale del fatto».

Il bene offeso dai reati di cui agli artt. 589 (omicidio colposo) e 590 c.p. (lesioni personali colpose), a seguito di infortunio sul lavoro, si identifica nella integrità psico-fisica del lavoratore. Tale bene gode di tutela rafforzata in relazione a precise norme costituzionali che sono gli artt. 1 (Repubblica fondata sul lavoro), 35 (tutela del lavoro), 38, comma 2 (mezzi adeguati) e 41, comma 2 (l'iniziativa economica non può arrecare danno alla libertà alla dignità e alla salute).

Proprio perché l'integrità psicofisica dei lavoratori costituisce un «valore oggetto di tutela costituzionale rafforzata [...] i reati di cui agli artt. 589 e 590 c.p., quando commessi con violazione della normativa sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, ledono non soltanto la sfera giuridica della vittima del reato, ma anche l'interesse della collettività alla tutela della salute e sicurezza sul lavoro».

«L'Inail è, appunto, l'Ente strumentale dello Stato deputato a dare concreta attuazione alla tutela privilegiata dell'integrità psicofisica» della persona nell'esercizio della propria attività lavorativa. La funzione, attribuita all'Inail dalla legge presuppone, per la sua piena attuazione, che i mezzi finanziari non siano assorbiti nella erogazione delle prestazioni indennitarie in tutti i casi in cui la causa dell'infortunio e/o della malattia professionale sia riconducibile alla responsabilità penale del datore di lavoro.

«La violazione della normativa prevenzionale ed il connesso reato di lesioni o omicidio colposo, costituiscono, pertanto, il fatto causativo di una lesione all'interesse istituzionale dell'Inail a non veder pregiudicata la capacità di realizzazione dei fini di prevenzione de-

gli eventi lesivi e di promozione dei beni che quei reati direttamente coinvolgono, e cioè i beni della vita e dell'integrità psicofisica dei lavoratori, che esigono una tutela rafforzata, che si realizza anche attraverso il riconoscimento della legittimazione dell'Inail alla costituzione di parte civile nel processo penale» (L. LA PECCERELLA, *Azione di regresso dell'Inail e processo penale*, Relazione tenuta presso il CSM il 10 dicembre 2007 all'incontro di studio sul tema *La tutela della sicurezza del Lavoro*).

L'Inail diventa il "soggetto offeso" insieme alla vittima materiale del reato, ossia l'infortunato o, in caso di morte dello stesso ai suoi familiari, dal reato di omicidio colposo e lesioni colpose, reati commessi dal datore di lavoro in violazione delle norme antinfortunistiche. Il riconoscimento della legittimazione dell'Inail a costituirsi parte civile nei reati di lesione ed omicidio colposi commessi con violazione della normativa prevenzionale, contribuisce alla attuazione dei fini dell'Istituto.

8. L'art. 61, comma 1, d.lgs. n. 81/2008 riproduce integralmente il testo dell'art. 2 della l. delega n. 123/2007 e al secondo comma stabilisce che le organizzazioni sindacali e le associazioni dei familiari delle vittime di infortuni sul lavoro possono esercitare i diritti e le facoltà della persona offesa.

Anche questa disposizione conferma la diversità di posizione che si è voluta riconoscere all'Inail rispetto agli altri soggetti menzionati nel comma secondo, e conferma che con il prescrivere l'obbligo di dare notizia all'Inail dell'inizio dell'azione penale ai fini della costituzione di parte civile e dell'azione di regresso si è voluto attribuire all'Istituto quella legittimazione in precedenza discussa e prevalentemente mancante.

Su questa norma i commentatori si sono divisi.

Alcuni ne hanno sostenuto il carattere costitutivo tenuto conto che, in passato, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno escluso la possibilità per l'assicuratore (pubblico o privato) di costituirsi parte civile e che, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, si rinviengono importanti decisioni prese sul presupposto che l'Istituto previdenziale non fosse legittimato a costituirsi parte civile.

La norma contenuta nell'art. 61, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, non rafforza puramente e semplicemente l'azione di rivalsa ed il ruolo dell'Inail nel campo della prevenzione, ma produce i suoi effetti anche sul piano sistematico e, precisamente, sulla disciplina della responsabilità civile del datore di lavoro di cui agli artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124/1965. L'art. 61, comma 2, del d.lgs. n. 81/2008 svuota definitivamente di contenuto il testo dell'art. 10, comma 2, e, precisamente, il riferimento alla sentenza penale di condanna che, nell'iter processuale, interviene inevitabilmente in un momento successivo alla costituzione di parte civile e libera l'azione di regresso dalle sorti del processo penale, risolvendo, conseguentemente, il contrasto giurisprudenziale esistente tra le Sezioni semplici in favore dell'orientamento che considera autonoma l'azione di rivalsa dell'Inail rispetto alla vicenda penale. Infatti se la sentenza penale di condanna fosse ancora considerata una condizione di natura sostanziale dell'azione di regresso, la norma contenuta nell'art. 61 del d.lgs. n. 81/2008 verrebbe vanificata.

Diversamente, ad avviso di altri, ed in coerenza con i principi generali dell'ordinamento giuridico che fanno dell'Inail il soggetto offeso dal reato e diretto danneggiato l'articolo ha un valore meramente ricognitivo dell'ammissibilità della costituzione di parte civile dell'Inail, dal momento che esso, pur costituendo una definitiva ed autorevole conferma di detta ammissibilità, ha al riguardo una valenza meramente ricognitiva di una possibilità che preesiste alla norma (L. LA PECCERELLA, *op. cit.*).

Silvana Toriello

Dirigente dell'Ufficio Tariffe della Direzione Centrale Rischi dell'Inail

7. Lavoro pubblico

7.1. Trib. Napoli 2 marzo 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 28).

Lavoro pubblico - Partecipazione sindacale - Ipotesi di consultazione delle organizzazioni sindacali - Rinvio al Ccnl - Fonti di indirizzo e fonti precettive - Natura dell'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 - Norma di mero indirizzo - Mancata consultazione delle organizzazioni sindacali - Mancata allegazione in giudizio del Ccnl applicabile - Antisindacalità della condotta - Esclusione.

Il primo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 si limita ad indicare in via generica i casi in cui è prevista la consultazione delle organizzazioni sindacali demandando, attraverso il rinvio all'art. 9, alla contrattazione collettiva nazionale l'individuazione concreta delle ipotesi specifiche in cui tale consultazione deve avvenire, e la determinazione delle modalità con cui la stessa deve essere attuata. Esso, pertanto, costituisce una norma di mero indirizzo, priva di contenuto precettivo in assenza di specificazione attuativa da parte della contrattazione collettiva nazionale. Ne consegue che non sussiste comportamento antisindacale da parte del datore di lavoro pubblico per violazione degli artt. 6 e 9 del d.lgs. n. 165/2001, in caso di mancata consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative, ove il sindacato ricorrente non abbia allegato a fondamento della sua domanda il contratto collettivo nazionale applicabile, fondativo del suo diritto.

Partecipazione sindacale, rapporto tra le fonti e comportamento antisindacale nel pubblico impiego

Sommario: **1.** Il caso concreto sottoposto all'esame del giudice. – **2.** L'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, quale norma di mero indirizzo, sulla materia della partecipazione sindacale nel pubblico impiego, e la fonte contrattuale collettiva di contenuto precettivo. – **3.** Gli effetti dell'omessa allegazione del fatto genetico del diritto invocato in giudizio e le diverse questioni della mancata produzione del contratto collettivo applicabile e dell'erroneo, e generico, richiamo ad un diverso contratto.

1. Con la sentenza in commento, il giudice del merito affronta un tema che di rado approda nelle aule dei tribunali: quello dell'individuazione delle materie che, in base alla legge e alla disciplina negoziale, costituiscono oggetto di necessaria consultazione sindacale, nelle diverse forme tipizzate dalla contrattazione collettiva sul pubblico impiego, in attuazione del precetto generale di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 (può essere proficuo rammentare che la contrattazione con le amministrazioni pubbliche si muove all'insegna del principio di legalità, e per il raggiungimento di interessi disomogenei, perché a fronte di quelli privati dei lavoratori troviamo quello pubblico dell'azione ed organizzazione amministrativa di cui all'art. 97, comma 1, Cost.; sul modello della contrattazione collettiva del pubblico impiego, si veda M. RICCIARDI, *Il contratto collettivo nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2004; M. RUSCIANO, *Contratto, contrattazione e relazioni industriali nel "nuovo" pubblico impiego*, in *ADL*, 1997, n. 5, 97). Tale norma, infatti, affida ai contratti collettivi nazionali la disciplina, tra l'altro, degli istituti della partecipazione anche con riferimento agli «atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro» (sulla procedimentalizzazione dei poteri dirigenziali in materia di partecipazione sindacale dopo la privatizzazione del pubblico impiego, si veda A. BOSCATI, *La partecipazione sindacale nel settore pubblico e la negoziabilità dei poteri privatistici del dirigente datore di lavoro*, in *q. Rivista*, 2000, n. 4, 207; per il quadro previgente al d.lgs. n.

80/1998, si veda L. FIORILLO, *Le relazioni sindacali nel pubblico impiego: informazione, consultazione, partecipazione*, in *LD*, 1996, 471; T. TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico: ambiti e struttura*, in *DLRI*, 1994, 1).

Il sindacato ricorrente (trattasi della DIREL Comune di Napoli, organismo decentrato della DIREL-CONFEDIR, Federazione Italiana Dirigenti degli Enti Locali) lamentava la presunta antisindacalità del comportamento datoriale, per non essere stato preventivamente consultato ai fini dell'adozione di atti interni di organizzazione aventi riflesso sui rapporti di lavoro. In particolare, veniva lamentata l'omissione di una compiuta informativa circa la pianificata e poi realizzata modifica dell'assetto della struttura organizzativa dell'ente locale, l'approvazione della nuova dotazione organica dirigenziale e gli indirizzi in tema di copertura dei posti di area dirigenziale; omissione che, a dire del sindacato ricorrente, avrebbe violato il proprio diritto, in quanto "organizzazione sindacale rappresentativa", a essere preventivamente consultata, in occasione delle determinazioni inerenti "l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche" (nell'ambito del pubblico impiego e delle relazioni sindacali con le pubbliche amministrazioni la nozione di organizzazione sindacale rappresentativa non rileva solo ai fini dell'individuazione dei soggetti titolari di attività sindacali ma anche per stabilire i sindacati abilitati all'attività di contrattazione nazionale; per un'analisi delle diversità presenti nell'organizzazione sindacale del pubblico impiego, si veda P. ALLEVA, *Le nuove regole della rappresentanza sindacale tra pubblico e privato*, in *RGL*, 1997, I, 239; N. DE MARINIS, *I modelli della rappresentanza sindacale tra lavoro privato e lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2002). Ai fini dell'accertamento del comportamento datoriale, l'organizzazione sindacale aveva richiamato gli artt. 6, comma 1, e 9, del d.lgs. n. 165/2001, nonché l'art. 7, comma 2, del contratto collettivo nazionale del 1° aprile 1999 relativo al comparto Regioni e Autonomie locali per il personale non dirigente.

La pronuncia in commento affronta dunque due argomenti: il primo, di natura formale, avente ad oggetto il rapporto tra fonti normative primarie (artt. 6 e 9, d.lgs. n. 165/2001) e secondarie; il secondo, di natura sostanziale, in merito all'obbligo alla parte di allegare il fatto fondativo della domanda nel quale sono individuate e disciplinate le diverse tipologie di partecipazione (informazione, concertazione e consultazione) riconosciute alle organizzazioni sindacali.

2. In ordine alla prima questione, la norma legale invocata (art. 6, comma 1), secondo il giudice del merito non è precettiva, ma di indirizzo: rinviando all'art. 9, il quale a sua volta affida ai Ccnl la disciplina degli "istituti della partecipazione", esso non fonda un diritto alla consultazione, che sia azionabile in giudizio senza previa specificazione da parte della contrattazione collettiva.

Pur nei ristretti limiti di un richiamo di concetti, la cui trattazione appare di competenza di altra branca giuridica, e prima di affrontare questo tema, si ritiene di riportare alcune nozioni la cui cognizione appare fondamentale per il discorso che si andrà a svolgere.

Così è, in primo luogo, per le c.d. fonti secondarie del diritto. Se le fonti primarie sono quelle che regolano una materia non ancora disciplinata da altra norma giuridica, quelle secondarie, si presentano come fonti che stabiliscono nuove norme su materie già parzialmente disciplinate da normative di grado superiore (sulla materia delle fonti del diritto del lavoro, si vedano M. NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2002; M. PEDRAZZOLI, *Codice dei lavori*, Giuffrè, Milano, 2001; sulla delicata sistemazione organica delle fonti nel diritto del lavoro, M. SQUEGLIA, *Codice di diritto e processo del lavoro*, Maggioli, Rimini, 2007).

Orbene, l'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, non si presenta come una tipica norma avente un compiuto contenuto precettivo, non essendo dotata di autonomi ed autosufficienti criteri di valutazione delle situazioni riconducibili alla fattispecie in essa espressamente contemplata, bensì si presta ad essere considerata una fonte pianificatoria. L'art. 9, per con-

verso, costituisce una norma di struttura che esplica una funzione complementare e di completamento attraverso il rimando della disciplina dei possibili modelli relazionali a norme contrattuali collettive (sul tema si veda M.V. BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, in *RIDL*, 1989, I, 387). Il legislatore, prevedendo una disposizione di mero rinvio, determina un collegamento tra due fonti di regolamentazione degli interessi collettivi.

Si tratta, dunque, di stabilire se le norme legali di rinvio possono essere assimilate a quelle primarie, che affidano ad una norma secondaria il compito di dettare la disciplina specificativa, integrativa e di dettaglio. In quest'ottica, sarebbe sufficiente il solo richiamo alla fonte legale di mero rinvio a legittimare le deduzioni attoree di violazione dell'art. 28, l. n. 300/1970, posto che l'art. 6, comma 1, sancisce che «l'organizzazione e la disciplina dei pubblici uffici, nonché la consistenza delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate dall'art. 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 9». La circostanza che l'art. 9 rinvii alla contrattazione collettiva la disciplina dei «*rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflesso su rapporto di lavoro*», andrebbe letta con l'intento del legislatore di riconoscere un'efficacia normativa, ma di natura sussidiaria, alla disciplina negoziale abilitandola a regolare le ipotesi concrete di partecipazione e le relative modalità di attuazione. È in questa prospettiva che si collocherebbero gli artt. 7 e 8 del Ccnl del comparto delle Regioni e autonomie locali per il personale dirigenziale, sottoscritto il 23 dicembre 1999 (per il quadriennio normativo 1998-2001 e per il biennio economico 1998-1999), allo scopo di proceduralizzare i diversi modelli relazionali, secondo una scansione dettagliata di tempi, modalità e atti. Il primo articolo sancisce che l'ente informa periodicamente e tempestivamente i soggetti sindacali sugli atti di valenza generale, anche di carattere finanziario, concernenti il rapporto di lavoro dei dirigenti ed il proprio modello organizzativo. Ai fini di una più compiuta informazione, le parti, su richiesta di ciascuna di esse, si incontrano con cadenza almeno annuale. Peraltro, nelle ipotesi in cui si tratti di materie per le quali il contratto prevede la concertazione, o la contrattazione collettiva decentrata integrativa, l'informazione deve essere preventiva. L'art. 8 stabilisce, poi, che ciascuno dei soggetti sindacali, ricevuta l'informazione, può attivare, mediante richiesta scritta, la concertazione nelle materie concernenti i criteri generali relativi all'individuazione dei parametri per la graduazione delle funzioni e delle connesse responsabilità ai fini della retribuzione di posizione; i criteri relativi alle modalità di determinazione e di attribuzione della retribuzione collegata ai risultati e al raggiungimento degli obiettivi assegnati; quelli attinenti alla disciplina delle condizioni, dei requisiti e dei limiti per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro; i criteri relativi ai sistemi di valutazione dei risultati di gestione dei dirigenti, anche con riferimento al procedimento e ai termini di adempimento (è opportuno segnalare che la concertazione si svolge in appositi incontri che iniziano entro il quarto giorno dalla data di ricezione della richiesta; durante la concertazione, le parti si adeguano, nei loro comportamenti, ai principi di responsabilità, correttezza, buona fede e trasparenza. Essa si conclude nel termine massimo di trenta giorni dalla data della relativa richiesta. Dell'esito della stessa è redatto specifico verbale dal quale risultano le posizioni delle parti).

Se il contenuto minuzioso di tali disposizioni dà ragione al legislatore circa la preferenza da accordare alla fonte contrattuale collettiva su quella normativa quale sede privilegiata per la regolazione delle tipologie di partecipazione, non si può escludere che rimanga sempre la fonte normativa a regolare la materia, almeno fino a quando la fonte preferita non provveda alla disciplina oppure vi provveda ma non compiutamente.

Sul punto, può essere di comprensione il rimando operato dal legislatore nel settore privato per la determinazione della categoria dei quadri nella parte in cui si precisa nella fonte

primaria che «i requisiti di appartenenza alla categoria dei quadri sono stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale o aziendale in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa» (art. 2, comma 2, l. n. 190/1985). La l. n. 190/1995, che ha introdotto la categoria dei "quadri" nella classificazione dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2095 c.c., non contiene una precisa definizione della medesima, ma fornisce dei criteri direttivi, di mero indirizzo («i suoi appartenenti svolgono in maniera continuativa funzioni di rilevante importanza ai fini dello sviluppo dell'impresa»), permettendo che i relativi requisiti di appartenenza siano stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale o aziendale «in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa». La contrattazione collettiva deve attenersi a tali criteri, dal momento che la possibile violazione comporterà la sua illegittimità, ed anche la nullità, delle sue disposizioni ove sia dimostrato che la violazione della norma imperativa di legge leda interessi vitali dei lavoratori, in quanto tali di rilievo pubblicistico (Cass. 2 dicembre 1998, n. 12214, in *MGL*, 1998, 2518; sull'obbligo del lavoratore, che invochi il trattamento economico o normativo della qualifica di quadro direttivo, di produrre in giudizio il contratto collettivo, si veda Cass. 9 luglio 1987, n. 6006, in *AC*, 1988, 90). Così, ipotizzando l'assenza, l'illegittimità o la nullità, delle fonti contrattuali integrative sulla materia, occorrerebbe far riferimento unicamente alla fonte c.d. primaria.

Sulla stessa falsariga si pone l'art. 5, comma 4, della l. n. 863/1984 (ora abrogato dall'art. 11 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61), che, nel porre il divieto di prestare lavoro supplementare, fa salva la possibilità per i contratti collettivi, anche aziendali, di adottare una diversa previsione, espressamente giustificata con riferimento a specifiche esigenze organizzative. In questo caso, la norma contrattuale collettiva, a cui rinvia la fonte primaria, svolge una funzione concorrente, evidenziata anche dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 5 marzo 2002, n. 3171; Cass. 7 luglio 2000, n. 9131) che ha precisato che non può ritenersi idonea la clausola di un contratto collettivo nazionale di lavoro che, del tutto genericamente, si limiti a ripetere il dettato della legge, senza indicare le specifiche esigenze aziendali che legittimano il ricorso al lavoro supplementare. L'inidoneità della norma contrattuale comporterà la sopravvivenza del divieto alle prestazioni supplementari.

Tali argomentazioni potrebbero essere mantenute anche per il caso di specie: l'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, sia pure nel suo contenuto programmatico, costituirebbe – in assenza di quella secondaria, contrattuale collettiva – l'unica fonte in grado di assicurare ai sindacati la partecipazione all'organizzazione del lavoro pubblico nei suoi più vari aspetti. La non osservanza della norma lederebbe potenzialmente il prestigio negoziale dell'organizzazione sindacale, che si vedrebbe pretermessa dal suo legittimo potere di intervenire e di esprimere il proprio parere sull'atto deliberando, avente riflesso sul rapporto di lavoro dirigenziale. La sua violazione comporterebbe uno svuotamento del peso contrattuale del sindacato con lesione della libertà sindacale.

Tale costruzione teorica non converge con l'interpretazione offerta dal giudice del merito sull'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, che argomenta di una "norma d'indirizzo", necessariamente collegata a quella contrattuale collettiva di "contenuto precettivo".

La principale conseguenza di tale ragionamento è la rilevanza nel ricorso introduttivo dell'indicazione, tra i mezzi di prova, della norma contrattuale collettiva applicabile.

3. Occorre, dunque, seguire il ragionamento del giudice del merito ed affrontare la seconda questione, vale a dire se l'omessa allegazione del fatto genetico del diritto invocato in giudizio, la mancata produzione del contratto collettivo direttamente applicabile e l'erroneo e generico richiamo ad un diverso contratto collettivo (il personale degli enti locali anziché quello dirigenziale) da parte dell'interessata organizzazione sindacale impediscano la verifica del giudice in ordine al lamentato comportamento antisindacale del datore di lavoro pubblico.

Gli ultimi due argomenti, mancata produzione del contratto collettivo ed errata indicazione della norma contrattuale da applicare al caso di specie, si presentano diversi rispetto alla, più grave, mancata allegazione del fatto genetico del diritto invocato in giudizio.

Difatti, con riferimento alla mancata produzione del contratto collettivo non sarebbe inverosimile riconoscere al giudice il compito di elevare a dovere d'ufficio la ricerca del diritto, specie quando si tratti di precetti aventi carattere giuridico e normativo e si potrebbe, quindi, ritenere che egli abbia l'obbligo di ricercare e applicare tali precetti malgrado la mancata cooperazione delle parti, senza che ciò comporti il dover ricorrere a fonti estranee alla sua scienza ufficiale e tanto meno a indagini personali involgenti l'esercizio di attività istruttorie non previste dalle leggi né richieste dalle parti (cfr. Cass. 17 maggio 1976, n. 1742, in *MGI*, 1976, 460; Cass. 5 luglio 1999, n. 6933, in *MGC*, 1999, 1558; sulla problematica, si veda il significativo saggio di G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *RDP*, 1984, 634). Tra l'altro, è stato anche precisato (Cass. 17 novembre 1994, n. 9724, in *MGC*, 1994, fasc. 11) che il temperamento del principio dispositivo, applicabile al rito del lavoro, con quello della ricerca della verità materiale comporta che, quando non siano controversi l'esistenza e il contenuto del contratto collettivo (occorre rammentare che nel rito del lavoro la produzione di documenti può essere consentita fino all'udienza di discussione, finché non sia iniziata la discussione orale, purché l'altra parte abbia avuto la possibilità di esaminarne il contenuto: cfr. Cass. 7 maggio 1993, n. 5265, in *GC*, 194, I, 465), il giudice ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio all'acquisizione di esso ai fini di una relativa valutazione ed interpretazione senza che a ciò siano di ostacolo preclusioni o decadenza in danno alle parti, specie ove non già espressamente dichiarate. Va detto che un diverso ragionamento potrebbe essere sostenuto ove, al contrario, si argomentasse di un contratto collettivo che fosse espressione di un atto di autonomia privata, in quanto tale necessariamente assoggettato alla disciplina dell'onere della prova e alle relative limitazioni – quale la necessità di fornire idonei elementi di identificazione – nonché alle preclusioni di carattere processuale che attengono all'ammissibilità e alla tempestività delle deduzioni istruttorie (cfr. Cass. 12 agosto 1986, n. 5034, in *FI*, 1988, I, 1980; tuttavia, non mancano pronunce nelle quali si ammette che ove la parte invochi la produzione di un contratto collettivo di diritto comune incombe su quest'ultima l'obbligo di produrlo ma non esclude che il giudice possa acquisirne conoscenza altrimenti: cfr. Cass. 21 luglio 1989, n. 480).

Il diverso profilo dell'errata indicazione della fonte contrattuale (il personale degli enti locali anziché quello dirigenziale) potrebbe essere sanato indicando alla parte le irregolarità degli atti e dei documenti ed assegnando un termine per provvedervi, salvo gli eventuali diritti quesiti. Senza contare che sul piano procedurale l'art. 421, comma 2, c.p.c. consente al giudice di primo grado di disporre *ex officio* qualunque mezzo istruttorio allo scopo non di derogare alle norme comuni sulla necessità di allegazione né di vulnerare i principi di difesa e di contraddittorio, ma semplicemente di prescegliere il mezzo istruttorio più adatto alla verifica delle allegazioni delle parti (cfr. Cass. 11 gennaio 1988, n. 108, in *MGC*, 1988, fasc. 1; sulla discrezionalità di siffatto potere non sindacabile in sede di legittimità, si vedano Cass. 25 marzo 1987, n. 2920, in *MGC*, 1987, fasc. 3; Cass. 15 aprile 1994, n. 3549, in *DPL*, 1994, 2284; Cass. 27 settembre 1999, n. 10658; in dottrina, cfr. E. GRAGNOLI, *Casi e questioni in materia di lavoro*, in *LG*, 1998, 929).

Rimane l'ultimo tema da cui discende per il giudice del merito la soccombenza della parte attrice, anche con riferimento alle spese di lite. Esso attiene alla circostanza che il contratto collettivo nazionale non sia stato indicato in ricorso come base giuridica del diritto azionato e da cui consegue l'impossibilità di stabilire l'esistenza e l'applicabilità nel caso concreto di un testo contrattuale che, in attuazione dell'art. 9, d.lgs. n. 165/2001, disciplina forme e modalità della consultazione sindacale nelle ipotesi previste dall'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 (sulla materia dell'allegazione di parte e sui poteri del giudice

del lavoro, A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2005).

La pronuncia in commento si inserisce nell'orientamento della giurisprudenza di merito che ritiene che il generico e totalizzante rinvio ai documenti non consenta all'attore di ottemperare all'onere di allegazione dei fatti rilevanti, posto che un documento è un mezzo di prova inidoneo ad assolvere all'onere di allegazione, e che non spetta al giudice trarre dai documenti le allegazioni sui cui si fonda la pretesa (cfr. Trib. Milano, 4 novembre 1989, in *OGI*, 1990, 233).

Parzialmente diversa si presenta la posizione della Suprema Corte (Cass. 2 settembre 1996, n. 8020, in *NGL*, 1997, n. 1; Cass. 12 novembre 1994, n. 9550, in *MGC*, 1994, fasc. 11). Essa, pur ammettendo che nel rito del lavoro l'indicazione specifica dei mezzi di prova è stabilita solo ai fini della concentrazione dell'istruttoria nel rispetto del contraddittorio – e non attiene invece all'individuazione della pretesa – è ferma nel sostenere che la mancata indicazione dei mezzi probatori, sebbene non determini la nullità dell'atto o la sua invalidità, comporta la decadenza della facoltà dell'attore di articolare i mezzi di prova non individuati nel ricorso (nell'ipotesi in cui l'omessa indicazione sia stata determinata da cause di forza maggiore, si veda Cass. 20 dicembre 1999, n. 1432). Se la conseguenza è il rigetto della domanda attrice nel merito, non è da escludere che la domanda, ove fosse identificabile in tutte le sue articolazioni attraverso gli elementi richiesti dai n. 2, 3, 4 dell'art. 414, c.p.c. – potrebbe, pur in assenza delle indicazioni di cui al n. 5 dello stesso articolo, non essere destinata all'insuccesso nel merito stante la possibilità di ricevere supporto probatorio attraverso (le ammissioni del convenuto o) i mezzi istruttori eventualmente disposti *ex officio* dal giudice (cfr. Cass. 12 novembre 1996, n. 9896, in *LG*, 1997, 519; Cass. 3 novembre 1992, n. 11908, in *MGI*, 1992; Cass. 9 maggio 1990, n. 3816, in *MGC*, 1990; Cass. 25 giugno 1987, n. 5597, in *MGC*, 1987).

L'esercizio dei poteri istruttori, non comportando il superamento del principio di legalità, lascia prevedere una diversa soluzione al caso di specie che, facendo anche leva sulla differente costruzione dell'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, potrebbe consentire l'assolvimento dell'onere di indicare il fatto costitutivo del diritto azionato, sempreché si offra al convenuto un'esauriente e chiara nozione della pretesa e di tutte le sue possibili articolazioni.

Michele Squeglia
Professore a contratto di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Milano

8. Lavoro subordinato

8.1. Cass. 12 maggio 2009, n. 10864 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 38).

Lavoro subordinato - Condotta illecita del datore di lavoro - Grave violazione dei diritti della persona del lavoratore - Danno risarcibile - Danno non patrimoniale - Configurabilità - Distinzione tra meri pregiudizi e danni - Accertamento del giudice di merito - Necessità - Censurabilità in sede di legittimità - Esclusione - Limiti - Fattispecie (demanzionamento).

Nella disciplina del rapporto di lavoro, ove numerose disposizioni assicurano una tutela rafforzata alla persona del lavoratore con il riconoscimento di diritti oggetto di tutela costituzionale (artt. 32 e 37 Cost.), il danno non patrimoniale è configurabile ogni qualvolta la condotta illecita del datore di lavoro abbia violato, in modo grave, i diritti della persona del lavoratore, concretizzando un vulnus ad interessi oggetto di copertura costituzionale; questi ul-

timi, non essendo regolati ex ante da norme di legge, per essere suscettibili di tutela risarcitoria dovranno essere individuati, caso per caso, dal giudice del merito, il quale, senza duplicare il risarcimento (con l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici), dovrà discriminare i meri pregiudizi – concretizzatisi in disagi o lesioni di interessi privi di qualsiasi consistenza e gravità, come tali non risarcibili – dai danni che vanno risarciti, mediante una valutazione supportata da una motivazione congrua, coerente sul piano logico e rispettosa dei principi giuridici applicabili alla materia, sottratta, come tale, anche quanto alla quantificazione del danno, a qualsiasi censura in sede di legittimità.

La valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale. Nomofilachia della Cassazione e orientamenti della giurisprudenza di merito

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Tipicità e atipicità del risarcimento del danno. – 3. Il danno esistenziale. – 4. Il danno morale soggettivo. – 5. La metodologia risarcitoria. – 6. Dall'analisi delle pronunce di merito l'evidenza dei dubbi irrisolti.

1. Le quattro coeve pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del novembre 2008 (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975) si proponevano di intervenire radicalmente e con intento nomofilattico sull'annoso ed inesaurito problema della valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale.

L'ambizioso proposito, purtroppo, non è stato raggiunto, poiché i principi elaborati dalla Suprema Corte e le conseguenti semplificazioni prospettate hanno generato, a soli pochi mesi dalla pubblicazione delle sentenze, un florido dibattito dottrinale ed una nutrita, quanto contraddittoria, attività giurisprudenziale.

Questo esito ha obbligato la Cassazione ad intervenire nuovamente e più volte (cfr. 12 maggio 2009, n. 10864, in epigrafe, e Cass. 3 maggio 2009, n. 11059, in *La Responsabilità Civile*, 2009, 658, cui *adde* Cass. 23 aprile 2009, n. 9698, in *LG*, 2009, 738, e Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 557) per chiarire, e talvolta contraddire, gli stessi passaggi argomentativi che erano stati elaborati dalle Sezioni Unite proprio per ovviare alle lacune e alle imprecisioni delle pronunce pregresse.

Queste note, muovendo da una breve analisi della pronuncia "madre" delle Sezioni Unite e di alcune successive pronunce della stessa Corte di Cassazione, si concentrano sull'analisi della successiva giurisprudenza di merito in cui si riscontra, specialmente sulle modalità di liquidazione dei danni non patrimoniali, una notevole varietà di orientamenti.

Le sentenze in commento delineano diverse (e contraddittorie) prospettive attraverso cui la materia che ci occupa è stata recentemente inquadrata, sia nelle corti di merito sia presso gli stessi giudici di legittimità (per una lettura critica di alcuni passaggi delle Sezioni Unite si veda: A. VALLEBONA, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, *MGL*, 2009, 62; A. LIBERATI, *Rapporto di lavoro e danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2009, 95).

2. Il percorso logico seguito dalle Sezioni Unite muove dall'osservazione per cui: «il danno non patrimoniale è determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, anche in assenza di reato, sempre che si tratti di interessi presi in considerazione negli specifici casi determinati dalla legge o in via di interpretazione da parte del Giudice chiamato ad individuare la sussistenza di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito». A questa, si affianca l'ulteriore osservazione preliminare, con cui si sottolinea la natura tipica del danno non patrimoniale rispetto alla natura atipica propria del danno patrimoniale.

Benché le due fattispecie di danno abbiano identica struttura, osserva la Corte, e anche se il riconoscimento della risarcibilità in entrambi i casi è subordinato all'esistenza di un

nesso causale tra la condotta illecita e la lesione di una situazione protetta dall'ordinamento, lesione tale da causare un danno grave passibile di risarcimento, l'art. 2059 c.c. diverge completamente rispetto alla struttura dell'art. 2043 c.c. poiché rappresenta una norma "di rinvio" – alle leggi che determinano i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale – e non può legittimare il risarcimento, se non in ipotesi previamente definite.

A tal fine i casi di risarcibilità vengono strettamente individuati dalla Corte in tre classi di fattispecie: a) il danno è causato da un fatto oggettivamente integrante gli estremi di un reato, in forza dell'art. 185 c.p.; b) un'espressa previsione di legge sancisce la risarcibilità del danno pur non derivante da reato (quale, primo tra tutti, l'art. 32 Cost., da cui deriva la configurazione del danno c.d. biologico); c) il danno è causato da un fatto illecito che ha leso un diritto inviolabile della persona, come tale tutelato dalla Costituzione.

La tripartizione appare chiara; tuttavia, la terza categoria si presenta problematica e, da una prima lettura, sembra incrinare la rigidità dello schema proposto dai giudici di legittimità, poiché parrebbe riportare ad una fattispecie generica, non chiaramente individuata e suscettibile di pluriforme interpretazione.

La Corte, evidentemente consapevole di ciò, tenta di limitare la portata della fattispecie subordinando la risarcibilità del danno da lesione di un diritto costituzionalmente garantito a tre condizioni: i) che la condotta illecita abbia leso un interesse garantito a livello costituzionale e sia, pertanto, da ritenere ingiusta (dovendo in altri termini la rilevanza costituzionale riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio conseguentemente sofferto); ii) che la lesione sia grave, nel senso che la risarcibilità sia permessa quando venga superata una soglia minima di tollerabilità; iii) che il danno non sia futile o che il pregiudizio non sia consistito in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti da considerarsi del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità. I meri disagi, infatti, vengono riconnessi ad una quotidiana vita di relazione e, non oltrepassando, secondo l'interpretazione della Corte, la normale soglia di tollerabilità, non vengono reputati meritevoli di tutela risarcitoria.

La Corte, quindi, non afferma una tutela senza riserve di qualsiasi lesione che possa ricondursi ad un diritto di rango costituzionale. Tuttavia, è indubbio che "l'apertura", seppur condizionata, dell'art. 2059 c.c. contraddice l'intenzione della Corte di circoscrivere e limitare le fattispecie di danno non patrimoniale risarcibile, oltre a generare incertezza interpretativa.

Ed in tale ottica è la stessa Cassazione che, inserendosi nel solco tracciato dalle note "sentenze gemelle" del 2003 (Cass. 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *D&R*, 2003, 819) nonché del coevo intervento della Corte Costituzionale (C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *D&R*, 2003, 939), legittima l'atipicità del danno, accettando l'impossibilità di individuare un numero chiuso di casi in cui il danno assume carattere di risarcibilità e rimettendo proprio al giudice tale valutazione: «la tutela non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico ma, in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire – nel complesso sistema costituzionale – indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana» (cfr. Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, cit., punto 2.14: Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso).

La Suprema Corte, quindi, consegna all'autorità giudiziaria la funzione di assicurare ai diritti costituzionali una tutela immediata nel caso in cui manchino il riconoscimento e la protezione da parte del legislatore e di rispondere a tutte quelle esigenze presenti nella società che non hanno trovato pronte risposte. Così facendo, la Suprema Corte sembra in un certo senso spogliarsi in favore dei giudici di merito «di un compito delicatissimo, che

fino ad allora poteva ritenersi di propria esclusiva competenza: quello di selezionare i diritti di rango costituzionale dall'indistinto insieme degli interessi e delle pretese individuali emergenti nella società» (E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *D&R*, 2009, 365).

Alcuni commentatori si sono interrogati su quali effettivamente possano essere considerati gli interessi che vantano protezione costituzionale (F. BIANCHI D'URSO, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 2009, 62; V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni Unite*, in *GI*, 2009, 318; G. FACCI, *Il danno non patrimoniale dopo le sentenze dell'11.11.2008*, in *La Responsabilità Civile*, 2009, 52). La possibilità del giudice di ampliare il panorama degli interessi degni di tutela attraverso l'analisi dei valori della realtà storica del momento potrebbe portare, almeno potenzialmente, all'apertura dell'art. 2059 c.c. al divenire storico ed alla valutazione dell'interprete. Il rischio che si intravede è, da una parte, quello di far cadere il risarcimento del danno non patrimoniale nell'atipicità e, dall'altra, quello di permettere nuovamente, attraverso questa ampia facoltà interpretativa, il risarcimento di alcuni danni futuri, che le Sezioni Unite avevano cercato di delegittimare.

Anche se la Cassazione rifiuta la tesi "esistenzialista" per la quale «ogni attività realizzatrice della persona umana, contribuendo al pieno sviluppo della stessa, potrebbe essere facilmente collocata sotto l'ombrello della norma costituzionale» (cfr. E. LAMARQUE, *op. cit.*, 369), non può tacersi che nel campo del diritto del lavoro accettare tale apertura potrebbe in realtà condurre al medesimo risultato (sul punto si veda il contributo di R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in *RIDL*, II, 2009, 510).

Ed è quanto rilevato, tra l'altro, in un passo della recente Cass. 12 maggio 2009, n. 10864, che qui pure si commenta: «nell'area del diritto del lavoro sono particolarmente frequenti i danni non patrimoniali derivanti da fatti illeciti che ledono diritti della persona, tutelati dalla Costituzione. [...] Nella disciplina del diritto del lavoro si riscontra un reticolato di disposizioni specifiche volte ad assicurare un'ampia e speciale tutela alla "persona" del lavoratore con il riconoscimento espresso dei diritti a copertura costituzionale».

È indubbio, infatti, che molteplici norme della Costituzione siano fonte diretta del tessuto normativo del diritto del lavoro, nelle cui disposizioni trovano realizzazione e piena esplicazione i principi costituzionali volti alla protezione del lavoratore come soggetto debole. L'ampia tutela garantita dalla legislazione giuslavoristica e la sua "matrice costituzionale" potrebbero determinare, di fatto, il riconoscimento al lavoratore del risarcimento del danno non patrimoniale tutte le volte in cui si verifica la violazione di una norma a tutela del rapporto di lavoro.

Il rischio appare ancora più evidente con l'apertura dell'art. 2059 c.c. al divenire storico, poiché l'interprete potrebbe di volta in volta individuare e, soprattutto, investire di rilievo costituzionale i molteplici interessi legati ai diritti inviolabili del lavoratore. In realtà, tale apertura era già stata anticipata proprio dalla giurisprudenza giuslavoristica, attraverso il criterio della "coscienza sociale" in un dato momento storico. Il criterio della "coscienza sociale" veniva individuato in un ulteriore parametro messo a disposizione del giudice per decidere la controversia attraverso un'analisi integrale della fattispecie; un esame complessivo che tenesse in considerazione non solo le risultanze di diritto, ma anche gli ulteriori *standard* valutativi conformi ai valori dell'ordinamento e legati al divenire storico della realtà sociale (cfr. ad es. Cass. 4 maggio 2005, n. 9266, in *MGL*, 2005, 760; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17208, in *LG*, 2003, 344; Cass., sez. un., 19 novembre 2002, n. 16265, in *GD*, 2003, 64).

Questo criterio, utilizzato anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite proprio al fine di meglio applicare la metodologia risarcitoria di "personalizzazione" del risarcimento,

permette, infatti, al giudice di determinare la gravità e serietà delle lesioni che superino la normale soglia di tolleranza «con una valutazione unitaria, coerente e personalizzante» (cfr. Cass. 11 giugno 2009, n. 13530, in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*).

Va soggiunto, altresì, a questa breve riflessione che la giurisprudenza giuslavoristica, sulla base degli obblighi imposti al datore di lavoro di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2087 c.c., aveva già considerato legittimo il risarcimento del lavoratore per la sofferenza morale patita anche nel caso in cui il fatto lesivo non costituisse reato, svincolandosi implicitamente dalle disposizioni dell'art. 2059 c.c. (si veda sul punto M. GAZZARRA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*, in *D&R*, 2009, 279). Veniva in questo modo legittimato il risarcimento di quelle sofferenze morali del prestatore di lavoro che non assurgevano al grado di "malattia", ma erano direttamente connesse al rapporto di lavoro e collegate ad un complessivo comportamento vessatorio del datore di lavoro.

Attraverso questo procedimento argomentativo, il risarcimento del danno non patrimoniale veniva riconosciuto nelle ipotesi di demansionamento, di discriminazione sul lavoro, di mancata fruizione da parte del lavoratore del periodo feriale, dei permessi o dei congedi parentali, nonché in caso di licenziamento discriminatorio o ingiurioso.

Conscia di tale scenario e pur ribadendo la peculiarità della materia giuslavoristica come *corpus* permeato da disposizioni che offrono al lavoratore, inteso come soggetto debole, una tutela rafforzata, la Suprema Corte esorta i giudici ad evitare, in ogni caso, almeno la duplicazione del risarcimento del danno. Tale raccomandazione tende di fatto a proporre un metodo risarcitorio che da una parte ristori completamente il danno subito dal prestatore di lavoro ma che, allo stesso tempo, non gli riconosca una tutela sproporzionata rispetto alla lesione subita (sul punto si veda il contributo di F. BIANCHI D'URSO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno "(in)esistenziale"*, in *MGL*, 2009, 67).

3. Muovendo da questa premessa definitoria la Corte di Cassazione giunge all'analisi critica della ripartizione del danno non patrimoniale in danno morale, danno biologico, danno esistenziale, danno estetico, danno da perdita del rapporto parentale, invalsa, come noto, nella pratica giurisprudenziale, ma anche nella disciplina legale.

Già nel Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) e, perfino, nel recente regolamento per la disciplina dei termini e delle modalità di riconoscimento di particolari infermità da cause di servizio per il personale impiegato nelle missioni militari all'estero, nei conflitti e nelle basi militari nazionali (d.P.R. 3 marzo 2009, n. 37), il legislatore, infatti, distingue e liquida le singole voci di danno, facendo propria tra l'altro l'interpretazione giurisprudenziale che avvalorava la distinzione ontologica del danno morale rispetto a quello biologico riconoscendone l'autonoma risarcibilità.

Le Sezioni Unite, invece, sostengono l'unitarietà del danno non patrimoniale contestando la suddivisione dello stesso in differenti ed autonome voci che – sostiene la Corte – non costituiscono distinte fattispecie, ma descrivono un tipo di pregiudizio costituito dalla sofferenza soggettiva non accompagnato da riflessi di ordine economico.

Nell'ambito della categoria del danno non patrimoniale queste voci rivestono, per la Corte, una mera funzione descrittiva e servono al giudice solo per addivenire alla determinazione quantitativa dell'unitario danno non patrimoniale, assicurando un risarcimento integrale ma, allo stesso tempo, evitando duplicazioni risarcitorie.

E proprio in quest'ottica limitatrice – della cui efficacia, tuttavia, si è già dubitato – si inserisce il rifiuto del danno esistenziale come autonoma fattispecie risarcibile: passaggio di indubbia rilevanza nella tensione verso un auspicato rigore nella definizione delle fattispecie di danno risarcibile, ma di discutibile forza applicativa se, attraverso l'apertura dell'art. 2059 c.c., l'interprete potrà far rientrare dentro il nuovo grande unitario contenitore del "danno non patrimoniale" tutte le fattispecie connesse alla lesione dell'integrità

psico-fisica, della sofferenza non solo transeunte, dei profili dinamico-relazionali del danneggiato.

Leggendo le motivazioni delle sentenze, tuttavia, si comprende che nella concreta applicazione pratica, questi principi si stemperano; la finalità di eliminare le duplicazioni risarcitorie delle distinte voci del danno biologico, morale ed esistenziale di fatto si trasforma spesso solo nell'individuazione di una «complessiva ed unitaria figura di danno non patrimoniale, il quale finisce, peraltro, con l'identificarsi» nella mera somma delle singole voci di danno (V. TOMARCHIO, *op. cit.*, 322).

Sorge il dubbio, cioè, che l'intervento innovativo del giudice di legittimità si risolva in un chiarimento terminologico, mentre nulla di sostanziale muterebbe se non la metodologia di liquidazione (sul punto tra i molti si segnalano i recenti contributi di: G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *RCP*, 2009, 56; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *CG*, 2009, 415; E. BARGELLI, *La bocciatura del danno esistenziale come autonoma categoria risarcitoria*, in *NGCC*, 2009, I, 118; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *RCP*, 2009, 63).

4. Vi è un altro punto nodale della sentenza, sul quale conviene spendere qualche considerazione: l'analisi del *danno morale soggettivo* e la sua inclusione all'interno della categoria del danno biologico.

Questo approdo è stato subito avallato da parte della dottrina nonché da alcune pronunce di merito. Queste ultime, tuttavia, hanno poco condivisibilmente ravvisato nel pensiero dei giudici di legittimità la volontà di abolire la categoria del danno morale soggettivo, attribuendo alla riflessione della Corte una portata che ne supera le intenzioni. Lo rileva l'annotata sentenza del Tribunale di Torino, la quale contesta radicalmente l'interpretazione che ravvisa nell'intervento delle Sezioni Unite il superamento della categoria del danno morale soggettivo e il suo definitivo "accantonamento" (M. FRANZONI, *Cosa è successo al 2059 c.c.?*, in *La Responsabilità Civile*, 2009, 22 ss.).

In particolare, il giudice torinese precisa che «anche dopo le sentenze del novembre 2008, è ammissibile la liquidazione del danno morale conseguente ad una menomazione dell'integrità fisica», affermazione che pare cogliere in modo appropriato l'insegnamento della Cassazione, laddove rifiuta un'applicazione letterale dei singoli paragrafi della decisione delle Sezioni Unite, ma pone in relazione tra loro i vari punti della motivazione. Proprio questa lettura permette di individuare il passaggio logico operato dalla Suprema Corte: la sofferenza morale deve essere risarcita completamente, ma allo stesso tempo il giudice deve scongiurare duplicazioni risarcitorie. La Corte non ammette sovrapposizioni tra le due tipologie di danno (biologico e morale soggettivo), intrinsecamente differenti ma allo stesso tempo componenti del danno non patrimoniale che diventa sì una categoria unica, ma il cui tessuto ovviamente non si inventa *ex novo* ma si compone di quelle stesse voci di danno prima considerate separatamente.

Di fronte a questa lettura, potrebbe subito avanzarsi qualche perplessità, perché se il danno non patrimoniale inteso come categoria unitaria è la *summa* proprio di quelle voci di danno che la Corte avrebbe voluto epurare, è ovvio che nulla è cambiato nella sostanza se non l'introduzione di una modalità classificatoria differente. Di tale critica si trova traccia in una sentenza di merito immediatamente successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite, in cui si sostiene che l'intervento della Suprema Corte del 2008 avrebbe inciso esclusivamente con riferimento agli aspetti formali del metodo di risarcimento invalso dopo l'intervento della Cassazione del 2003, mentre l'aspetto sostanziale non sarebbe in alcun modo mutato (Trib. Lecce, sez. distaccata Maglie, 29 dicembre 2008, in *Corriere del Merito*, 2009, 264 ss., con nota di A. MAIETTA).

Questa opinione, peraltro, non pare riprodurre fedelmente il pensiero della Cassazione. Affermando che il risarcimento del danno alla persona deve essere integrale, la Corte già chiarisce che il ristoro per il soggetto leso deve essere completo.

Ciò, tuttavia, non equivale ad ammettere duplicazioni risarcitorie: il danno morale soggettivo verrà risarcito, in aggiunta al danno biologico, nel momento in cui il giudice ravvisi una sofferenza soggettiva in sé considerata, un turbamento dell'animo, un dolore intimo anche non transeunte che non si trasformi in degenerazione patologica. In tal modo verranno ristorate sia la lesione al diritto alla salute sia la sofferenza soggettiva, slegata finalmente da un concetto di sofferenza transeunte per approdare verso una risarcibilità "ragionata" che tenga conto dell'intensità della sofferenza e della sua durata.

È proprio questa idea di quantificazione del risarcimento ragionata e costruita sul caso concreto che innova la materia. La Corte contrasta la prassi invalsa di un risarcimento standardizzato e predefinito, e chiede al Giudice di valutare caso per caso l'entità del danno, negando cittadinanza a schemi matematici predefiniti per quantificare il risarcimento non patrimoniale (si veda sul punto l'interessante contributo di M. ROSSETTI, *Post nubila Phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 in tema di danno non patrimoniale*, in *GC*, 2009, 930 ss.). Questa linea era già evidente in fase definitoria, proprio nel discusso passaggio in cui la Corte apriva le porte del risarcimento del danno non patrimoniale anche a quegli interessi che, attraverso l'interpretazione del Giudice subordinata all'analisi della coscienza sociale in un dato momento storico, assurgevano a interessi costituzionalmente garantiti.

Si noti, peraltro, come l'insegnamento delle Sezioni Unite di novembre 2008 non sia di fatto penetrato nel ragionamento, non solo delle Corti di merito, ma neppure della stessa Cassazione la quale, con una pronuncia di poco successiva (Cass. 23 aprile 2009, n. 9698, in *LG*, 2009, 738) prescinde apertamente dalla ricostruzione della fattispecie del danno non patrimoniale operata dalle Sezioni Unite, sostenendo, nuovamente, l'autonomia risarcitoria del danno morale rispetto al danno biologico.

5. Non meno rilevante è la questione della metodologia di liquidazione del danno, questione che la Corte affronta ma non risolve. I giudici di legittimità, infatti, si scagliano contro una metodologia risarcitoria predefinita, standardizzata, che non sia intimamente connessa al caso di specie. Il criterio suggerito è quello della "personalizzazione".

Se il metodo "percentualistico" è sicuramente erroneo, perché prescinde da una valutazione di insieme che verrebbe, invece, superata con la personalizzazione, anche tale criterio non è, tuttavia, di per sé risolutivo. Il giudice di merito deve, certo, svincolarsi da uno schema risarcitorio predefinito, che neghi *a priori* la personalizzazione del risarcimento, ma parimenti non si può lasciare l'interprete spogliato di un parametro di riferimento.

Il risultato, come riscontrabile nelle motivazioni delle sentenze di merito, è che ogni giudice potrà autonomamente scegliere il "suo" metodo di personalizzazione del risarcimento: concedendo una somma a titolo di indennizzo, riutilizzando le vecchie proporzioni matematiche e tabelle. Questa disomogeneità di giudizio non favorisce la deflazione del contenzioso, che anzi potrebbe essere alimentato da una proliferazione dei metodi di quantificazione. Sarebbe forse opportuno, allora, riuscire a trovare una soluzione di compromesso, quale ad esempio «un meccanismo che consenta la personalizzazione del risarcimento ma secondo una scala progressiva fondata su presunzioni semplici» in cui la determinazione del *quantum* di risarcimento – individuata attraverso una scala progressiva in base all'incremento dell'invalidità permanente subita dal soggetto – non sia automatica, ma fondata «su una prova presuntiva sicché resta al debitore pur sempre la possibilità di dimostrare che nel caso specifico la menomazione causata dal sinistro non ha avuto conseguenze morali della gravità ritenuta in via presuntiva, e quindi non merita personalizzazione» (M. ROSSETTI, *op. cit.*, 952; sul punto si veda anche: D. POLETTI, *Il danno*

risarcibile, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. IV, t. III, Giuffrè, Milano, 2009, 349 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*).

6. L'analisi delle pronunce di merito intervenute dopo la sentenza "madre" della Corte di Cassazione evidenzia una notevole diversità di orientamenti sia in ordine al riconoscimento della categoria del danno esistenziale, sia in ordine alle modalità di liquidazione del danno non patrimoniale.

Scandagliando alcune pronunce di merito si ravvisa immediatamente un primo interessante filone che recepisce alcuni criteri di giudizio suggeriti dalle Sezioni Unite ma li applica, o disapplica, attraverso un'interpretazione ragionata e spesso critica.

Significativo esempio di questo approccio interpretativo è la pronuncia del Tribunale di Torino (Trib. Torino 28 novembre 2008, in *RCP*, 2009, 181), la quale nega che la decisione della Suprema Corte possa essere letta nel senso di un'inammissibilità della liquidazione del danno morale conseguente alla menomazione dell'integrità fisica (nello stesso senso: Trib. Napoli, sez. distaccata Pozzuoli, 24 novembre 2008, in *GM*, 2009, 76, con nota di R. GIORDANO; nonché Trib. Torre Annunziata, sez. distaccata Castellammare di Stabia, 2 dicembre 2008, in *GM*, 2009, 62).

L'argomentazione del Tribunale appare condivisibile. Se è vero che la Cassazione ha affermato che la liquidazione del danno morale in aggiunta al danno biologico integra una duplicazione di risarcimento, questa asserzione va, tuttavia, correttamente inserita nel percorso argomentativo della Corte. Così facendo, risulta con chiarezza che non si è inteso eliminare in assoluto la risarcibilità del danno morale; piuttosto, si è posto un argine al riconoscimento del danno morale alla stregua di voce di risarcimento autonoma rispetto al danno biologico quando sia riscontrata una «sofferenza soggettiva in sé considerata», ma non una degenerazione patologica della sofferenza. Peraltro, se la sofferenza, il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferto mutano in degenerazione patologica – cioè integrano una lesione del diritto alla salute – essi verranno riassorbiti nel danno biologico per evitare una erronea duplicazione del risarcimento. In questa luce si spiega l'attività decisoria del Tribunale, il quale ha riconosciuto entrambe le voci di danno, e ha utilizzato il criterio della "personalizzazione" del risarcimento ai fini della liquidazione. Su questo punto, peraltro, il Tribunale torinese pare distaccarsi dall'insegnamento della Suprema Corte. Invero, la "personalizzazione" del risarcimento è stata intesa dalle Sezioni Unite come metodo liquidatorio aperto ed intimamente collegato al caso di specie, non come applicazione di un criterio percentuale predefinito da calcolarsi in relazione all'ammontare del danno biologico e applicabile matematicamente in base ad una scala di intensità della sofferenza patita. Il Tribunale, invece, sebbene professando adesione alla sentenza della Suprema Corte, che richiama, applica il criterio della "personalizzazione" facendo ricorso a criteri percentuali predefiniti (nella specie, individuando il pregiudizio sofferto a titolo di danno morale nella misura di 3/5 rispetto a quanto riconosciuto a titolo di danno biologico).

Tale metodologia, che contrasta con l'insegnamento della Suprema Corte, si rinviene anche in altre pronunce che, malgrado richiamino alcuni passaggi della citata sentenza di legittimità, stentano poi in fase liquidatoria a discostarsi dalla prassi "percentualistica". Esempio significativo di questo percorso argomentativo è la pronuncia del Tribunale di Monza del 10 dicembre 2008 (in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*) la quale, nonostante l'esplicito richiamo alle Sezioni Unite sul tema della risarcibilità unitaria del danno non patrimoniale, finisce per discostarsene (nella specie, riconoscendo all'attore un danno morale nella misura di 1/2 rispetto al danno biologico considerato nella sua integrità). Nello stesso senso sia App. Napoli 30 dicembre 2008 (in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*), sia il Tribunale di Cassino, con le pronunce del 13 gennaio e del 3 febbraio 2009 (in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*), che seguono il criterio "dell'appesantimento del punto" interpretandolo, tuttavia, come applicazione di quelle

percentuali del danno biologico – nella specie 1/3 – di cui in realtà si voleva evitare l'applicazione.

Sul significato della “personalizzazione” del risarcimento è, invece, interessante la pronuncia del Trib. Napoli, sez. distaccata Pozzuoli, 24 novembre 2008 (cit.), la quale afferma che lo scopo di questo criterio è quello di evitare una liquidazione del danno biologico come «mera indennità, identica quindi per ogni categoria di soggetti e priva di ogni aspetto individualizzante». Seppur nel contenitore del danno biologico, afferma il giudicante, rientri ogni sofferenza, sia essa fisica o psichica, la personalizzazione del risarcimento deve tener conto di tali sofferenze al fine di garantire l'auspicato integrale ristoro del danno subito. Qui, a essere oggetto di critica è il sistema “dell'appesantimento del punto”, utilizzato per la liquidazione del danno morale, in quanto tale sistema riconosce meccanicamente un'indennità coincidente ad una percentuale del danno biologico come lesione medico-legale, svuotando nei fatti di significato le indicazioni della Suprema Corte. In definitiva, il Tribunale afferma che ad essere «sconfessata non è la risarcibilità della sofferenza o del dolore derivante dalla lesione psico-fisica, bensì la tecnica liquidatoria fin qui seguita, cioè quella basata sulla percentuale del danno biologico». Il problema, quindi, secondo il Tribunale, si sposta sulla prova: «tanto più ci sarà una prova specifica e dettagliata sulla sofferenza subita e da subire, tanto maggiore dovrà essere l'entità risarcitoria»; prova che in linea con il dettato delle Sezioni Unite potrà anche essere presuntiva (cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972: attenendo il pregiudizio – non biologico – ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà anche costituire l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice).

Ed è proprio su questo punto che il Tribunale riconosce la “personalizzazione” del risarcimento interpretandola come il potere del giudice di analizzare il caso concreto, di valutare le prove offerte dal danneggiato e, soprattutto, come la possibilità di liquidare il danno anche in assenza di una prova documentale o testimoniale, utilizzando presunzioni derivanti, ad esempio, da massime di comune esperienza e dall'analisi degli elementi del caso concreto.

Sul punto è interessante segnalare anche la sentenza del Trib. Monza 16 marzo 2009 (in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*) che personalizza l'importo liquidato a titolo di danno non patrimoniale riconoscendo anche, al suo interno, un importo a titolo di danno morale attraverso “l'arrotondamento” dell'importo relativo al risarcimento del danno biologico permanente e temporaneo.

Si segnala, infine, sempre sull'interpretazione del criterio della “personalizzazione”, la pronuncia del Trib. Milano 19 febbraio 2009 (in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*) la quale afferma che «il Giudice anziché procedere alla separata liquidazione del danno morale in una percentuale del danno biologico (procedimento che determina una duplice applicazione di danno), deve procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza». Tale finalità viene raggiunta attraverso la corresponsione di una somma, il cui ammontare è rimesso alla valutazione del giudice nell'ottica di ristorare integralmente il pregiudizio subito dalla vittima (nello stesso senso anche App. Roma 27 gennaio 2009, in *Banca dati – Leggi d'Italia Professionale*).

Accanto a queste letture critiche delle sentenze delle Sezioni Unite, si rinvengono altri due filoni, opposti tra loro: una parte della giurisprudenza che applica fedelmente sia le nuove categorie concettuali su cui è intervenuta la Cassazione sia i criteri liquidatori proposti – seppur con le difficoltà evidenti dovute alla mancanza di un criterio guida definito – e un consistente gruppo di sentenze che, invece, prescinde totalmente dall'intervento delle Sezioni Unite e mantiene la precedente tripartizione del danno in biologico, esisten-

ziale e morale soggettivo, oltre ai criteri liquidatori legati all'applicazione meccanica del punto percentuale.

Quest'ultimo indirizzo è recepito, tra le altre, da Trib. Salerno 12 gennaio 2009, inedita, in cui il ragionamento della Corte non viene ripreso e vengono, invece, liquidate tutte le voci di danno utilizzando criteri percentuali.

Addirittura in esplicito contrasto, la motivazione del Trib. Montepulciano 20 febbraio 2009, n. 74 (in *Banca dati – De Iure*), in cui si critica l'iter argomentativo della Suprema Corte nel punto in cui nega l'autonomia del danno esistenziale rispetto al danno biologico: secondo questo giudice di merito, tale disconoscimento si porrebbe in contrasto con la tutela di interessi di rango costituzionale di cui il danno esistenziale è immediata espressione.

Al contrario, recepiscono fedelmente l'insegnamento delle Sezioni Unite le recenti pronunce del Tribunale di Vicenza (rispettivamente del 27 marzo e 14 maggio 2009, inedite) le quali, oltre a dichiarare di condividere i principî espressi nella sentenza "madre", censurano le interpretazioni che si sono date dagli interventi della Suprema Corte successivi a quest'ultima «da cui si faccia discendere il ripristino dell'orientamento censurato dalle SS.UU.». Si recepisce, quindi, l'assunto per cui il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettibile di suddivisione in sottocategorie variamente qualificate, e si rimarca la portata tendenzialmente omnicomprensiva del danno biologico, negando autonomia sia al danno esistenziale sia a quello morale. D'altro canto, si sottolinea che "la strada della personalizzazione" indicata dalle Sezioni Unite permette sia il riconoscimento dei danni non patrimoniali lesivi di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione, sia l'individuazione di casi in cui il danno morale riacquista una sua autonomia e risarcibilità. Il criterio di personalizzazione seguito diviene, quindi, quello "dell'appesantimento del punto"; nella specie, la liquidazione sulla base del valore tabellare differenziato di punto.

Lo stesso criterio viene seguito dal Trib. Piacenza 4 giugno 2009, n. 401 (in *Banca dati – De Iure*), il quale, tuttavia, segue un percorso argomentativo diverso: meno ossequioso al percorso logico delle Sezioni Unite e, persino, un po' critico, poiché tiene in considerazione anche le successive e parzialmente difformi pronunce dei giudici di legittimità. In particolare, in ordine alla natura del danno morale, il Tribunale, pur richiamando l'assunto per cui non può essere considerato una categoria di danno autonoma automaticamente risarcibile, coglie l'apertura delle Sezioni Unite alla possibilità di riconoscerlo a seguito di accertamento specifico, anche presuntivo, che ne comprovi una natura diversa rispetto al danno biologico (nella stessa logica si pone anche il richiamo alle pronunce che recuperano una concezione di "autonomia ontologica del danno morale" ricollegandosi, come accennato sopra, al d.P.R. 3 marzo 2009, n. 37, in cui il legislatore si riferisce al danno morale come autonoma categoria di danno non patrimoniale). Peraltro, il giudicante, in coerenza con le Sezioni Unite, liquida la sola voce di danno non patrimoniale, ricomprendendo al suo interno le voci di danno biologico e morale; quest'ultimo liquidato personalizzando le tabelle del danno biologico tramite l'appesantimento del punto (in senso conforme alla pronuncia delle Sezioni Unite vedi Trib. Nola 23 giugno 2009, n. 1693, in *Banca dati – De Iure* – che ne riprende esattamente il dettato e nega il risarcimento del danno morale per non incontrare duplicazioni risarcitorie – nonché le precedenti pronunce del Trib. Palermo 12 marzo 2009, in *Banca dati – De Iure*, e del Trib. Pavia 17 dicembre 2008, in *La Responsabilità Civile*, 2009, 282).

Nicoletta Pagni

Dottoranda di ricerca di Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

8. Lavoro subordinato (*segue*)

8.2. Trib. Milano 19 dicembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 29).

Lavoro subordinato - Qualificazione del rapporto di lavoro - Socio accomandante di società in accomandita semplice - Prestazione resa su base paritaria - Potere di determinare l'attività - Subordinazione - Esclusione.

Nel rapporto intercorrente fra i soci di una società in accomandita semplice non può attribuirsi natura di lavoro subordinato alla prestazione lavorativa resa da uno di costoro (nella specie, dal socio accomandante) qualora questi agisca su base paritaria con gli altri soci e autodetermini l'attività necessaria per la gestione della società.

Natura della prestazione lavorativa del socio accomandante

La corretta individuazione degli elementi utili al fine della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato occupa da oltre vent'anni il proscenio dottrinale e giudiziale del diritto del lavoro, anche a motivo del fatto che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità si è ormai da tempo consolidato nel ritenere la piena fungibilità fra i due tipi contrattuali, tanto che si è affermato che ogni attività economicamente rilevante può essere oggetto di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, a seconda delle concrete modalità di esecuzione del contratto (Cass. 10 febbraio 1992, n. 1502, in *RFI*, 1992, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 491; Cass., 17 aprile 2009, n. 9254).

Un tale riconoscimento comporta che la presunzione che le parti si siano correttamente conformate alla qualificazione contrattuale scelta – che vale ad attribuire al *nomen juris* indicato dalle parti al rapporto di lavoro una rilevanza non secondaria (Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622; Cass. 22 agosto 2003, n. 12364) – può sempre essere superata dalla prova che il rapporto, pur qualificato diversamente, si sia di fatto svolto nei termini di cui all'art. 2094 c.c.

Secondo la giurisprudenza prevalente, la prova della subordinazione, il cui onere grava sul lavoratore che la invoca, deve consistere nella dimostrazione dell'esistenza di un vincolo sulla persona, ovvero dell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare dell'imprenditore (Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, in *MGC*, 2003, 931; Cass. 13 febbraio 2004, n. 2482, in *D&G*, 2004, 101; Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, in *MGC*, 2000, 2387; Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, in *MGC*, 2000, 2387; Cass. 17 novembre 1994, n. 9718, in *IPrev*, 1995, 108).

A fronte della ampia pluralità di posizioni che si rinvencono in dottrina (per citarne solo alcune, si veda P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, 256 ss.; M. PEDRAZZOLI, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status*, in *ADL*, 2002, 263 ss.; L. NOGLER, *Ancora su "tipo" e rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*, ivi, 2002, 109 ss.; nonché, dopo il d.lgs. n. 276/2003, M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in ID., *Il diritto del lavoro fra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2006, 257 ss.; M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 11 ss.) e pur dinnanzi ad orientamenti sempre variegati, la giurisprudenza appare dunque più sensibile alle ricostruzioni dottrinali più tradizionali che, al fine di riconoscere l'inquadramento della fattispecie nel tipo descritto all'art. 2094 c.c., richiedono che il potere direttivo (cui il lavoratore deve provare di essere stato sottoposto) debba determinare una prestazione lavorativa che si integri e si conformi a quella resa dai dipendenti che compongono l'organizzazione produttiva dell'impresa (G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza*

sociale, III ed., Ipsoa, Milano, 2000, 5 ss.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, VII ed., Giappichelli, Torino, 1997, 85), sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo (L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971, 42 e ss.). In questo senso si è sottolineato come la prova dell'inserimento del lavoratore nel ciclo produttivo deve ritenersi necessaria sotto il profilo non solo funzionale ma anche, e soprattutto, strutturale (L. GALANTINO, *op. cit.*, 84 e ss.).

Ma è soprattutto il problema della individuazione degli elementi di fatto, che il lavoratore deve offrire a prova della sussistenza di detto assoggettamento al potere direttivo dell'imprenditore, che interessa la giurisprudenza: così, secondo le indicazioni della Cassazione, l'assoggettamento al potere direttivo deve estrinsecarsi nella emanazione di "ordini specifici" (Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, in *MGC*, 2003, 931) ed in un'assidua attività di vigilanza e controllo nella esecuzione delle prestazioni lavorative (Cass. 17 novembre 1994, n. 9718, in *IPrev*, 1995, 108), tale da determinare una sensibile riduzione della autonomia del lavoratore (Cass. 21 novembre 2000, n. 15001, in *MGC*, 2000, 2387). È poi opinione dominante che altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario, la localizzazione della prestazione, assumano natura di "indici" della subordinazione e, quindi, importanza meramente sussidiaria e non decisiva (Cass. 14 aprile 2008, n. 9812, in *DL*, 2008, II, 569).

E' stato peraltro recentemente ritenuto che in particolari organizzazioni aziendali in cui i dipendenti non sono soggetti ad alcun "ordine specifico", ma soltanto a generiche direttive, i sopra descritti "indici" possono assumere rilevanza determinante, sempre e comunque se valutati complessivamente ed unitamente all'imprescindibile requisito dell'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro (così Cass. 17 settembre 2009, n. 20034).

L'onere gravante sul lavoratore di provare la sussistenza del vincolo di subordinazione è ancor più elevato e rigoroso quando la legge preveda forme di coordinamento con il (preteso) datore di lavoro: si pensi alle norme in materia di cooperative (l. n. 142/2001), ai contratti a progetto (artt. 61-69, d.lgs. n. 276/2003) o alla associazione in partecipazione (artt. 2549-2554 c.c.). Resta così confermato che la subordinazione sostanzialmente si individua nel concreto atteggiarsi del lavoratore rispetto all'autorità dell'imprenditore (E. GHERA, *Diritto del lavoro*, XIV ed., Cacucci, Bari, 2003, 62).

Vi sono poi casi in cui i rapporti di fatto in essere tra lavoratore e (preteso) datore di lavoro si atteggiavano secondo modalità del tutto peculiari, come nel caso che ha costituito oggetto della decisione che qui si annota (sulla pretesa di procedere alla riqualificazione di un rapporto societario instaurato nell'ambito di una accomandita semplice, si veda Cass. 4 novembre 2000, n. 14414, in *MGC*, 2000, 2256; Pret. Matera 11 marzo 1995, in *IPrev*, 1995, 1617, e Pret. Perugia 14 aprile 1995, in *Rass. Giur. Umbra*, 1996, 147). Il caso, che trova lontani antecedenti anche negli esempi proposti dalla dottrina più autorevole (si veda L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ediz. anast. a cura di M. NAPOLI, Vita e Pensiero, Milano, 2003, 213), può così riassumersi: il lavoratore conveniva in giudizio la società in accomandita semplice, di cui era stato socio accomandante, chiedendo la qualificazione del rapporto come lavoro subordinato, per l'attività di barista svolta nel locale gestito dalla stessa società. In via subordinata, chiedeva l'accertamento della sussistenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa.

Il lavoratore, a supporto delle proprie pretese, allegava: (i) di avere ricevuto un compenso fisso mensile dal socio accomandatario, (ii) di dovere giustificare allo stesso socio accomandatario la fruizione di permessi, (iii) di ricevere dal socio accomandatario direttive; (iv) che il socio accomandatario gli avrebbe imposto la presenza giornaliera e il rispetto di orari di lavoro.

La peculiarità del caso risiede nel fatto che il lavoratore aveva titolo per lavorare nella società nei confronti della quale asseriva di essere dipendente. Ciò comportava una prova

rigorosa della pretesa riqualificazione del rapporto di lavoro e una approfondita verifica giudiziale in ordine alle concrete modalità di svolgimento del rapporto.

Dall'istruttoria esperita emergeva che il lavoratore agiva su base paritaria con gli altri soci, autodeterminava l'attività del locale, impartiva direttive, al pari degli altri soci, e prelevava direttamente dagli incassi il proprio compenso, aumentandolo di anno in anno.

Il Giudice ha fatto applicazione degli accennati criteri recepiti dalla dominante giurisprudenza e dottrina, secondo i quali l'elemento determinante ai fini della qualificazione del rapporto rimane quello dell'assoggettamento al potere direttivo del datore di lavoro, che deve estrinsecarsi in ordini specifici che limitano l'autonomia del lavoratore. Da qui il rigetto della domanda proposta, anche in via subordinata, in quanto il requisito della coordinazione non risultava necessariamente implicito nella qualifica del socio accomandante.

Il Giudice ha, infine, valorizzato anche il fatto che la disciplina previdenziale applicabile ai rapporti ritenesse un rapporto di lavoro autonomo quello tra soci di s.a.s., escludendone – salvo prova contraria – la natura subordinata.

Francesco Mariani
Avvocato del Foro di Milano

9. Licenziamento individuale

9.1. App. Brescia 13 marzo 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

Licenziamento individuale - Licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Elementi costitutivi della fattispecie - Immediatezza - Esclusione - Esigenza di tempestività - Sussistenza - Fondamento - Applicazione delle regole di correttezza e buona fede.

Il licenziamento può intervenire anche dopo un certo periodo di tempo rispetto al superamento del periodo di comportamento e alla ripresa del servizio, purché detto periodo risulti ragionevolmente contenuto al fine di non lasciare il rapporto in uno stato di prolungata incertezza. Diversamente dal licenziamento per giusta causa ex art. 2119 c.c., l'immediatezza non è elemento costitutivo della fattispecie, per la quale si pone esclusivamente un'esigenza di tempestività in applicazione delle regole di correttezza e buona fede poste dagli artt. 1375 e 1175 c.c.

9.2. App. Brescia 13 marzo 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

Licenziamento individuale - Licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Disciplina del comportamento per sommatoria del Ccnl metalmeccanici - Rinuncia al licenziamento per superamento del periodo di comportamento - Esclusione.

In caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento regolato dal Ccnl dei metalmeccanici, che, con previsione inequivoca, consente al datore di lavoro di recedere a fronte di assenze verificatesi nel triennio anteriore a ciascun nuovo ultimo episodio morboso, non è configurabile da parte del datore di lavoro una rinuncia al licenziamento neppure nell'ipotesi in cui, in relazione a dette assenze, lo stesso datore di lavoro non abbia ritenuto in precedenza di avvalersi della facoltà di recesso.

(9.1. – 9.2.) Principio di “tempestività” e ruolo del “tempo” nella giurisprudenza in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto

Sommario: 1. Premesse. – 2. Il principio di tempestività. – 3. Principio di tempestività e comporto per sommatoria.

1. La pronuncia in epigrafe si occupa del caso di un dipendente licenziato per superamento del periodo di comporto per malattia. Nella vicenda che ha dato origine alla sentenza in esame il lavoratore affermava l'illegittimità del recesso sia sotto il profilo del mancato rispetto del principio di tempestività del licenziamento, sia sotto il profilo della violazione della disciplina dettata in materia di comporto dall'art. 19 del Ccnl metalmeccanici applicabile al rapporto in esame.

La disciplina collettiva richiamata prevede che «in caso di interruzione del servizio dovuta a malattia o infortunio il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto per un periodo» variabile in funzione della sua anzianità aziendale e da riferirsi, nel caso di comporto per sommatoria, «alle assenze complessivamente verificatesi nei tre anni precedenti ogni nuovo ultimo episodio morboso» (art. 19, comma 10). Il contratto prevede, inoltre, alcune fattispecie di comporto prolungato tutte relative ad ipotesi di «evento morboso continuativo» (art. 19, commi 11, 12 e 13; sulle problematiche del comporto nella disciplina del Ccnl metalmeccanici si veda M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2002, 211).

La pronuncia in esame, esclusa l'applicabilità al caso di specie del regime di comporto prolungato sulla base dell'argomento che la malattia allegata dal lavoratore era riconducibile ad un quadro di morbilità frazionata (e ciò del tutto in linea con la consolidata interpretazione delle disposizioni collettive offerta dalla Suprema Corte: si vedano fra le altre Cass. 11 febbraio 1991, n. 1387; Cass. 10 luglio 1990, n. 7187; Cass. 13 dicembre 1989, n. 6799), si confronta con il tema, sempre dibattuto, del ruolo del principio di tempestività. In particolare, la prima massima in commento (conforme al consolidato orientamento della Suprema Corte) fornisce lo spunto per una riflessione sul “principio di tempestività” del licenziamento per superamento del periodo di comporto e sull'effettivo ruolo assegnato al fattore “tempo” dal diritto vivente; la seconda massima rappresenta, invece, un'occasione per declinare, in modo più specifico, il principio di tempestività nella delicata ipotesi di comporto per sommatoria (ed alla luce della peculiare disciplina dell'istituto recata dal Ccnl metalmeccanici).

2. Assurge ormai al rango di *ius receptum* l'affermazione che l'intimazione del licenziamento per superamento del periodo di comporto debba avvenire nel rispetto del principio di tempestività. Il principio, elaborato originariamente dalla giurisprudenza di merito - fra le prime applicazioni si segnala Pret. Torino 3 novembre 1981, in *GC*, 1982, I, 797, con nota di P. TOSI, *Superamento del periodo di comporto per eccessiva morbilità e decadenza dal diritto di recesso del datore* - e successivamente fatto proprio dalla Suprema Corte (sin da Cass. 1° agosto 1984, n. 4572), esprime l'idea che il recesso debba essere comunicato dal datore di lavoro entro il lasso di tempo necessario per valutare convenientemente nel suo complesso l'entità degli episodi morbosi ed accertare una possibile convenienza alla protrazione del rapporto (M. TATARELLI, *op. cit.*, 189). Tale lasso di tempo deve essere determinato temperando l'esigenza datoriale di disporre di un certo *spatium deliberandi* con la «necessità di non lasciare il rapporto in uno stato di risolvibilità in contrasto con l'assetto stabile che l'ordinamento ha inteso conferirgli» (Cass. 13 gennaio 1989, n. 119).

Il principio può definirsi una «vera e propria creazione giurisprudenziale» (V. MAIO, *Sulla «tempestività» del recesso per superamento del comporto*, in *ADL*, 2006, 304; M. DELL'OLIO, voce *Sospensione del rapporto di lavoro*, in *DDPCom*, XV, 1998, 27, osser-

vava come, più in generale, l'intera materia del comporta costituisca terreno privilegiato per operazioni giurisprudenziali consistenti nel «taglio di nodi dottrinali» e nel «superamento di ritardi e vuoti normativi») atteso che l'art. 2110 c.c. si limita a riconoscere al datore di lavoro il diritto di recedere dal contratto a norma dell'art. 2118 c.c. decorso il periodo di comporta, senza nulla prevedere in ordine al tempo della sua intimazione.

L'analisi della giurisprudenza stratificatasi in materia rivela che sotto le rassicuranti spoglie di una standardizzazione definitoria (la prima massima in commento viene riproposta con poche variazioni dalla giurisprudenza di legittimità e di merito dell'ultimo ventennio) si nasconde una certa difficoltà nel calare il principio nella molteplicità dei casi di specie. La sua focalizzazione avviene, da un lato, attraverso raffronti – spesso fuorvianti – con la diversa nozione di immediatezza del recesso per giusta causa (fra le altre, Cass. 8 maggio 2003, n. 7047) ed, in particolare, di immediatezza del licenziamento disciplinare (F. BANO, *Lo spatium deliberandi nel recesso per superamento del periodo di comporta*, in *RIDL*, 2000, II, 62), dall'altro attraverso l'invocazione delle regole di correttezza e buona fede poste dagli art. 1175 e 1375 c.c.

La giurisprudenza sottolinea come alla nozione di tempestività difettino gli «estremi dell'urgenza» (Cass. 8 maggio 2003, n. 7047) e come, conseguentemente, nel suo apprezzamento vadano adoperati «criteri di minor rigore» (Cass. 24 gennaio 2008, n. 1438) rispetto a quelli imposti dalla nozione di immediatezza. Tale operazione, apprezzabile in un'ottica sistematica e di chiarificazione concettuale (nella misura in cui consente di far luce sul diverso fondamento e funzione dei due principi), si rivela tuttavia poco feconda da un punto di vista euristico, non fornendo alcun criterio positivo idoneo a consentire di valutare se un licenziamento sia o meno tempestivo. Tanto più che anche il concetto di immediatezza è di fatto stato interpretato con una certa elasticità dalla giurisprudenza che ha messo in evidenza «l'estrema varietà e diversità di applicazione di quella regola» (E. SIGNORINI, *Sul diverso contenuto della regola dell'immediatezza nel licenziamento disciplinare e in quello per superamento del comporta*, in *RIDL*, 2006, II, 90; sull'interpretazione relativistica del concetto di immediatezza si veda anche M. CARO, *Aporie della giurisprudenza di cassazione in materia di immediatezza della reazione disciplinare*, in *RIDL*, 2004, II, 208 ss.).

Un supporto normativo più solido a tale costruito può essere forse conferito dalle regole di correttezza e buona fede poste dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non a caso tralaticamente richiamate in molte pronunce in tema (ed anche in quella in commento). La clausola generale di correttezza, come esplicito in modo più dettagliato dalle sentenze che ne hanno indagato le potenzialità applicative, imporrebbe un divieto di abuso del diritto di licenziare conferito dall'art. 2110 c.c. e ciò al fine di evitare l'esercizio di un'indebita pressione psicologica nei confronti del prestatore (Cass. 4 dicembre 1986, n. 7200; Cass. 19 aprile 1985, n. 2598; Trib. Ascoli Piceno 18 febbraio 1988, in *IP*, 1988, 1500). Ed in effetti il dovere generale di buona fede contrattuale ha, come quello ancor più generale di correttezza fra debitore e creditore, la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative (come osservato da F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 434, infatti «la legge per analitica che sia non può prevedere tutte le possibili situazioni [...] non può prevenire gli abusi che le parti possono commettere l'una a danno dell'altra»).

Anche il richiamo alla clausola generale, per quanto idoneo a dotare di fondamento giuridico il principio, non consente però di per sé di precisare una volta per tutte nemmeno l'ampiezza del periodo di riflessione «scendendosi giocoforza nella congerie delle valutazioni caso per caso» (R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Artt. 2110-2111*, in P. SCHLESINGHER (diretto da), *Il Codice Civile – Commentario* Giuffrè, Milano, 1992, 382). Per dare un'idea della molteplicità di esiti interpretativi, si consideri che: è stato giudicato tempestivo il recesso intervenuto, rispetto alla ripresa dell'attività, dopo

29 giorni (Cass. 2 maggio 2000, n. 5485), dopo 50 giorni (Cass. 14 dicembre 1986, n. 7200), dopo tre mesi (Trib. Roma, 13 luglio 1982, in *Temì romana*, 1983, 96); viceversa si è ritenuto intempestivo il recesso intervenuto dopo due mesi (Cass. 13 gennaio 1989, n. 119; Trib. Milano 31 luglio 1999, in *LG*, 2000, 61, con nota di E. GHERA), dopo tre mesi (Cass. 6 luglio 2000, n. 9032; Cass. 12 gennaio 1991, n. 267), dopo quattro mesi (Cass. 1° agosto 1984, n. 4572), dopo 5 mesi (Cass. 29 luglio 1999, n. 8235).

Tanta diversità di esiti interpretativi induce a chiedersi se il “tempo” rappresenti davvero un criterio decisivo per la valutazione della legittimità del recesso, così come suggerirebbe la locuzione principio di tempestività. Risultano di grande ausilio ricostruttivo sul punto i risultati raggiunti dalla dottrina in tema di silenzio circostanziato. Si è osservato infatti che «il silenzio non è mai dichiarazione, non è mai consenso [...]. Il silenzio viene sempre in considerazione come circostanza complementare o costitutiva di un comportamento positivo concludente» (R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1997, 45).

In linea con tale insegnamento la giurisprudenza ha in alcune occasioni chiarito come la nozione di tempestività non possa risolversi in un dato meramente cronologico, ma vada «delibata caso per caso con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative» (Cass. 7 gennaio 2005, n. 253). Ed in effetti, a ben vedere, l'esame delle singole decisioni giurisprudenziali rivela come una portata discriminante sia assegnata a circostanze e/o comunque comportamenti positivi verificatisi fra il momento del superamento del periodo di comporto e l'intimazione del recesso: fra di essi possono indicarsi la concessione di un congedo parentale seguita al rientro in azienda (Cass. 23 gennaio 2008, n. 1438) e la concessione di ferie (Cass. 29 luglio 1999, n. 823), ricostruiti quali comportamenti indicativi di rinuncia al potere di recesso, oppure le rilevanti dimensioni aziendali e la notevole intermittenza della malattia (Cass. 18 maggio 1999, n. 4818), ricostruite come circostanze positive atte a legittimare il recesso intervenuto dopo il decorso di un notevole lasso di tempo dal superamento del periodo di comporto.

Sempre in tale materia, tuttavia, il tempo gioca molto spesso un ruolo importante sul diverso piano della prova del nesso causale fra l'intimazione del licenziamento e il fatto – superamento del periodo di comporto – addotto a suo fondamento. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, la prova di tale nesso, «che è in *re ipsa* in ipotesi di licenziamento intimato non appena superato il periodo del comporto, deve essere fornita dal datore di lavoro nel caso di licenziamento intimato dopo un apprezzabile intervallo» (Cass. 12 gennaio 1991, n. 267; Cass. 7 dicembre 1998, n. 12376).

L'analisi della giurisprudenza in materia di licenziamento per superamento del periodo di comporto rivela perciò che, diversamente da ciò che la nozione di tempestività potrebbe indurre a pensare, il tempo non ha un peso decisivo nella valutazione della legittimità del recesso (anche se può determinare importanti conseguenze sul piano della distribuzione dell'*onus probandi*).

3. L'applicazione del principio di tempestività può rivelarsi particolarmente delicata nelle ipotesi di comporto per sommatoria: in particolare nel caso in cui, una volta superato il periodo di comporto, il datore di lavoro consenta il rientro in azienda del lavoratore, salvo poi esercitare il recesso in occasione di un successivo ulteriore episodio morboso. L'eventuale rinuncia del datore di lavoro ad esercitare il recesso per superamento del periodo di comporto, ricostruita sulla base delle circostanze e/o dei comportamenti positivi esaminati sopra, può determinare la sopravvenuta irrilevanza di tutti gli episodi morbosi verificatisi nel cosiddetto arco interno?

La giurisprudenza ha fornito risposte contrastanti a tale quesito. Talvolta si è affermato che la chiusura di un periodo di comporto non seguita da licenziamento aprirebbe un nuovo periodo nel quale i precedenti episodi sono irrilevanti (Cass. 4 dicembre 1986, n. 7201), ciò sulla scorta della considerazione che «attribuire al datore di lavoro una sorta di

diritto potestativo di recedere dal rapporto di lavoro per un indeterminato spazio di tempo, lascerebbe correlativamente il lavoratore in uno stato di assoluta soggezione, indifeso a fronte di incolpevoli nuove assenze per malattia» (Cass. 4 dicembre 1986, n. 7201).

Più recentemente, invece, si è osservato come ogni nuova malattia dia luogo a un nuovo termine interno e esterno, nell'ambito dei quali è irrilevante la parziale compresenza delle medesime assenze (Cass. 2 maggio 2000, n. 5485), sulla base del ragionamento che l'azzeramento della pregressa morbilità produrrebbe «il risultato paradossale che ove il datore di lavoro consentisse il rientro del lavoratore, confidando in una sua normalizzazione delle prestazioni come delle sue assenze per malattia, non potrebbe più licenziarlo pur in presenza di nuovi superamenti del comportamento» (V. MAIO, *op. cit.*, 322).

Tale ultima soluzione è adottata *ex professo* dal Ccnl metalmeccanici applicabile al caso di specie con conseguente «superamento della problematica relativa alla tempestività del recesso» (M. TATARELLI, *op. cit.*, 210). Il Ccnl in questione, infatti, come spiegato nella sentenza annotata, ha previsto un termine esterno mobile che si rinnova di giorno in giorno identificando in ogni nuovo ed ultimo episodio morboso l'elemento fattuale di riferimento per individuare, con procedimento a ritroso, l'arco temporale entro il quale calcolare per sommatoria il periodo di comportamento. Ciò con la duplice conseguenza che, da un lato, il lavoratore vede progressivamente diventare irrilevanti pregresse assenze non più rientranti nel triennio calcolato a ritroso partendo dall'assenza più recente e, dall'altro, non appaiono configurabili atti abdicativi del datore di lavoro.

La sentenza annotata, ricostruito il principio di tempestività sulla base del consolidato orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, respinge le censure del lavoratore stante l'inconfigurabilità di una rinuncia tacita del datore di lavoro al recesso per superamento del periodo di comportamento nel regime di comportamento frazionato previsto dal Ccnl metalmeccanici.

Gianvito Riccio

Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

10. Patto di non concorrenza

10.1. App. Firenze 3 aprile 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 27).

Patto di non concorrenza - Clausola vessatoria - Configurabilità - Sottoscrizione specifica ex art. 1341, comma 2, c.c. - Necessità - Mancanza - Nullità del patto.

Il patto di non concorrenza, come tutti quelli limitativi della libertà contrattuale, qualora inserito fra le condizioni generali di contratto, richiede la specifica sottoscrizione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c. La mancata specifica sottoscrizione della clausola relativa al patto di non concorrenza ne comporta la nullità, che può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, ivi compresa la parte che l'ha predisposta, e può essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Il patto di non concorrenza fra principi consolidati e nodi interpretativi irrisolti

Sommario: 1. Le norme di riferimento. – 2. Il compenso: criteri di quantificazione e modalità di erogazione. – 3. L'ambito territoriale e la validità di criteri alternativi. – 4. Il settore di attività

vietata. – 5. La forma scritta e la riconducibilità delle fattispecie alle condizioni generali di contratto. – 6. Clausole di recesso unilaterale e patto d'opzione.

1. Sul patto di non concorrenza manca un quadro interpretativo univoco e completo, poiché la giurisprudenza di Cassazione è scarsa e quella di merito ha prodotto orientamenti fra loro sensibilmente difformi, a seconda che il singolo giudice veda con più o meno disfavore l'esistenza di un vincolo contrattuale alla libertà di lavoro.

Le norme che regolano la fattispecie sono l'art. 2125 c.c. per quanto attiene al rapporto di lavoro subordinato e l'art. 1751-*bis* c.c. per il rapporto d'agenzia.

Per gli altri rapporti di collaborazione autonoma professionale o per i contratti a progetto, esclusa l'applicazione analogica delle norme sopra richiamate in considerazione della loro specialità (Cass. 6 maggio 2009, n. 10043), valgono gli accordi tra le parti conformi agli artt. 1322 e 2596 c.c. ed ai principi costituzionali.

2. L'assunzione di un obbligo a non operare in concorrenza per un tempo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato o di agenzia deve innanzitutto essere compensata per espressa previsione di legge, qualificandosi il patto come contratto a prestazioni corrispettive a titolo oneroso.

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro subordinato, l'art. 2125 c.c. non stabilisce però alcun criterio di quantificazione del compenso, né sono applicabili i criteri di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost., stante il fatto che l'erogazione non compensa il lavoro, ma la parziale e temporanea astensione dallo stesso (Trib. Milano 16 giugno 1999, in *OGI*, 1999, 429, e Trib. Genova 8 settembre 2004, in *www.giuslavoristi.it*).

Possiamo comunque dare per pacifico che il compenso non possa essere di ammontare simbolico (per tutti: Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, in *RIDL*, 1999, II, 72, con nota di G. CONTE).

Quando vi sia infatti un'abnorme ed ingiustificata sproporzione fra l'obbligo assunto da una parte e la controprestazione promessa dall'altra non si realizza l'equilibrio contrattuale che l'ordinamento reputa essenziale per attribuire ad un'intesa fra privati forza di legge fra gli stessi.

Dall'incongruità del compenso si fa derivare nell'interpretazione pressoché unanime la nullità del patto (Cass. 14 maggio 1998, n. 4891, cit., e Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, in *LG*, 2006, 1016).

E' una soluzione che però non mi convince, posto che non ricorre alcuno dei casi previsti dall'art. 1418 c.c.

In particolare non può sostenersi né la mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto, poiché un compenso seppure incongruo è stato indicato, né la contrarietà a norme imperative, poiché non vi è alcuna norma che stabilisca e quantifichi inderogabilmente un corrispettivo minimo.

Mi parrebbe dunque più corretto sul piano sistematico il ricorso all'azione di rescissione ex art. 1448 c.c., potendosi certamente presumere *iuris tantum*, che l'iniquità delle condizioni contrattuali dipenda dall'approfittamento da parte del datore di lavoro dello stato di bisogno in cui versa il lavoratore, parte debole del rapporto sul piano socio-economico.

Le conseguenze di questa impostazione sono notevoli, poiché la legittimazione all'azione è riconosciuta alla sola parte danneggiata, la prescrizione è annuale ed è possibile al datore di lavoro evitare la rescissione offrendo una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità ex art. 1450 c.c.

Posta questa esigenza di congruità, non è corretto però, a mio avviso, stabilire in astratto la soglia minima di compenso sotto la quale si deve ritenere nullo o rescindibile il patto, anche se nella prassi si indica almeno il 10% della retribuzione.

Ai fini di un giudizio concreto di congruità si dovranno invece tener presenti diversi elementi della fattispecie concreta, quali la misura della retribuzione, l'estensione temporale,

territoriale ed oggettiva dell'obbligo di astensione e la professionalità del dipendente (Trib. Milano 16 luglio 1999, cit.).

Una volta stabilito che il datore di lavoro deve pagare un compenso non simbolico, si pone il problema se detto compenso possa essere corrisposto nel corso del rapporto quale elemento aggiuntivo della retribuzione o solo alla fine.

Registro qui orientamenti seccamente divergenti.

Secondo una parte della giurisprudenza sarebbe nullo un patto di non concorrenza il cui corrispettivo venisse pagato di mese in mese nel corso del rapporto di lavoro, poiché tale metodo renderebbe indeterminato un elemento essenziale del contratto, posto che non è possibile stabilire a priori quale durata possa avere il rapporto.

Si tratta di un'opinione allo stato minoritaria, ma ripresa da recentissime ordinanze pronunciate in sede cautelare da alcuni giudici milanesi (Trib. Milano 14 luglio 2009, inedita, e Trib. Milano 12 agosto 2009, inedita, che in sede di reclamo ha confermato la prima e, nella giurisprudenza edita, Trib. Milano 13 agosto 2007, in *RCDL*, 2007, 1124 con nota di R. SCORCELLI, e Trib. Milano 18 giugno 2001, in *RCDL*, 2001, 968).

Pur autorevolmente sostenuta anche in dottrina (G. PERA, *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1996, 455 e P. FABRIS, *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1976, 117), mi pare una posizione non condivisibile.

Innanzitutto l'art. 2125 c.c. non stabilisce in alcun modo la modalità con cui deve essere erogato il compenso.

Per quanto attiene poi alla pretesa indeterminabilità del compenso ove ne venga stabilita l'erogazione periodica in corso di rapporto, non v'è dubbio che fin da subito il lavoratore è in grado di verificare l'entità simbolica o meno dello stesso a partire dall'incidenza percentuale sulla retribuzione mensile.

Nel momento in cui il rapporto cessa e diviene efficace l'obbligo di astensione sarà inoltre possibile l'ulteriore verifica circa l'inesistenza di un'abnorme sproporzione fra il compenso effettivamente erogato nel corso del rapporto e l'obbligo stesso, con il diritto del lavoratore di chiedere la rescissione del patto, ove tale abnorme sproporzione sussista (reputa legittima una valutazione di congruità del compenso effettuata *ex post*: C. ZOLI, *Clausole di fidelizzazione e rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2008, I, 463).

Il fatto poi che ad una maggior durata del rapporto corrisponda una maggiore entità del compenso appare del tutto logico, poiché lo svolgimento della prestazione di lavoro comporta un accrescimento della professionalità effettiva e cioè del complesso del patrimonio di conoscenze, esperienze e relazioni che il lavoratore si è obbligato a non utilizzare nei limiti previsti dal patto di non concorrenza (Trib. Milano 27 gennaio 2007, in *RCDL*, 2007, 822).

Al maggior valore di detto patrimonio professionale è del tutto logico che corrisponda un maggior corrispettivo.

Allo stato la tesi che reputa ammissibile il pagamento del compenso in corso di rapporto resta maggioritaria nella giurisprudenza di merito (Trib. Milano 27 gennaio 2007, cit.; Trib. Milano 21 luglio 2005, in *OGI*, 2005, 567; Pret. Milano 22 febbraio 1999, in *RIDL*, 2000, 329), mentre è interessante osservare che nei giudizi di Cassazione sono stati spesso esaminati patti di non concorrenza così strutturati, ma non ne è mai stata rilevata la nullità (Cass. 4 aprile 1991, n. 3507, in *MGL*, 1991, 273, e Cass. 26 ottobre 1982, n. 5617, in *RIDL*, 1983, II, 642, che hanno anzi stabilito l'imponibilità contributiva del compenso erogato in costanza di rapporto).

In tema di compenso si pone poi il problema se lo stesso possa essere costituito da un'utilità di natura non monetaria, quale per esempio la remissione di un debito, il godimento di un appartamento per un certo periodo o il pagamento dei costi connessi alla permanenza all'estero del lavoratore o dei suoi figli per corsi di istruzione o formazione.

A tale quesito darei risposta senz'altro positiva, posto che nulla dispone l'art. 2125 c.c. in merito e che è sufficiente che al sacrificio corrisponda una qualche significativa utilità per l'obbligato (Cass. 13 maggio 1975, n. 1846, in *FI*, 1975, I, 2248).

Nel caso in cui il lavoratore cumuli la qualità di socio ed il patto di non concorrenza sia stato negoziato nell'ambito dei patti parasociali ed in considerazione di tale qualità, ritengo che la natura inderogabile dell'art. 2125 c.c. imponga comunque la previsione di un compenso, poiché la limitazione alla libertà di lavoro impatta necessariamente anche sulla libertà contrattuale del soggetto in qualità di lavoratore subordinato.

A tale conclusione si deve arrivare anche se l'assunzione quale lavoratore subordinato sia successiva alla stipula del patto parasociale con necessità di prevedere un compenso, anche ove non previsto all'origine, se si vuole evitare la nullità del patto stesso.

Così pure infine deve essere previsto un compenso nel caso in cui il patto di non concorrenza sia stato sottoscritto in un periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, sempre che sia funzionalmente ricollegabile al pregresso contratto di lavoro subordinato.

In questo caso troverà integralmente applicazione la regolamentazione dettata dall'art. 2125 c.c. in luogo delle più blande previsioni dell'art. 2596 c.c. (Cass., sez. un., 10 aprile 1965, n. 630).

3. Il patto di non concorrenza deve essere poi contenuto in un preciso vincolo territoriale. In considerazione della internazionalizzazione delle attività economiche si può ritenere che sia valido un patto che escluda lo svolgimento di un certo tipo di attività in ambiti anche molto vasti purché determinati.

Riterrei dunque in linea di principio valido un patto esteso all'intero territorio nazionale (Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, cit.) e persino all'intera Unione europea (Trib. Milano 3 maggio 2005, in *OGL*, 2005, 315), ma non ad un continente (che è un'espressione geografica) e men che meno al mondo intero.

Negherei invece validità ai patti di non concorrenza in cui l'ambito di limitazione faccia riferimento non ad un territorio ma a soggetti determinati.

In questo caso il lavoratore si impegna a non prestare la propria attività per aziende nominativamente individuate, che operano in concorrenza diretta con il datore di lavoro.

Poiché l'art. 2125 c.c. indica l'ambito territoriale fra gli elementi essenziali del patto, alla sua mancata indicazione non può che conseguire la nullità di quest'ultimo (*contra*: App. Milano 31 luglio 2002, in *LG*, 2003, 190, che ha ritenuto valido un patto privo di ambito territoriale ma riferito ad un ambito merceologico molto ristretto).

4. Il settore di attività in cui opera il divieto deve essere determinato, o quantomeno determinabile, e non necessariamente coincidente con le mansioni svolte dal lavoratore.

Qui l'autonomia contrattuale privata è davvero molto ampia e l'unico limite è costituito da una clausola che inibisca al lavoratore ogni attività compatibile con la concreta professionalità maturata dallo stesso (Cass. 4 aprile 2006, n. 7835, cit.).

In altri termini il patto può limitare ma non annullare la possibilità del lavoratore di svolgere attività lavorativa confacente al suo grado di esperienza, conoscenze e relazioni professionali, e ciò neppure se fosse previsto per tutta la durata del patto un corrispettivo pari al 100% della retribuzione percepita in costanza di rapporto (Pret. Milano 3 dicembre 1988, in *OGL*, 1988, 388. *Contra*: P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 304, che però non tiene conto del tenore letterale dell'art. 2125 c.c. e del fatto che il diritto al lavoro ha tutela costituzionale e che dunque ne può essere limitato ma non negato l'esercizio).

Se il vincolo consente dunque l'esercizio residuale di una professionalità concreta, non v'è ragione di dubitare della legittimità di un patto che vieti non solo l'attività a favore di imprese direttamente concorrenti col datore di lavoro, ma anche a favore di imprese clienti od utilizzatrici dei beni prodotti o venduti da questo (ne dubita invece, a mio avviso erroneamente, Trib. Milano 12 luglio 2007, in *RCDL*, 2007, 1125).

Così pure è irrilevante il fatto che i lavoratori svolgano mansioni semplici e con marginali contatti con la clientela o che abbiano una brevissima anzianità e dunque presumibilmente che la loro potenzialità concorrenziale sia modesta (Cass. 19 aprile 2002, n. 5691, in *LG*, 2003, 29, con nota di F.M. GALLO, e Trib. Milano 16 marzo 2001, in *OGI*, 2001, 124).

Al giudice infatti è inibita la valutazione circa le scelte di opportunità che hanno indotto le parti a concludere il contratto.

L'indicazione dell'ambito del divieto di concorrenza attraverso il rinvio generico alle «attività dell'azienda, quali risultano dall'oggetto sociale» o, peggio ancora, dell'intero gruppo a cui l'azienda fa riferimento è a forte rischio di nullità per indeterminatezza.

Da un lato infatti l'oggetto sociale comprende spesso attività disparate e solo in parte effettivamente svolte dall'azienda, con il rischio che l'ambito in cui vige il divieto venga ritenuto troppo ampio, al punto da impedire di fatto qualunque attività lavorativa compatibile con la professionalità del lavoratore.

Dall'altro l'oggetto sociale o la composizione del gruppo può variare e dunque l'ambito del divieto resterebbe soggetto a variazioni imprevedibili e quindi incompatibili con l'esigenza di determinatezza, o quantomeno di determinabilità, dell'oggetto del contratto. Per quanto attiene alla durata, la norma è chiarissima nello stabilire i limiti massimi e nel disporre che l'eventuale clausola che stabilisca una durata maggiore è sostituita dai termini legali.

5. Stabiliti i requisiti sostanziali per la validità del patto, restano da esaminare quelli formali.

La forma scritta è prevista *ad substantiam* dalla normativa codicistica.

Se la clausola è inserita nella lettera di assunzione (o in altro negozio con cui vengono disciplinati altri aspetti del rapporto di lavoro, come p.es. una lettera di passaggio ad una categoria o qualifica superiore) la giurisprudenza si è divisa sul problema se la stessa possa qualificarsi vessatoria e dunque necessiti di specifica approvazione ai sensi dell'art. 1341 c.c. (hanno escluso la configurabilità di una clausola vessatoria: Trib. Milano 11 giugno 2001, in *RCDL*, 2001, 967, in considerazione della specialità della disciplina *ex art.* 2125 c.c. e Pret. Milano 22 febbraio 1999, in *RIDL*, 2000, II, 329, con nota di L. PAOLUCCI, ritenendo che sempre l'assunzione implichi una trattativa individuale in ragione dell'*intuitus personae* che connota il rapporto di lavoro; a favore dell'applicabilità della disciplina generale, oltre alla sentenza in commento, Pret. Brescia 11 novembre 1996, in *RCDL*, 1997, 582).

Se in via teorica non si può negare che la clausola possa soggiacere al regime dell'art. 1341 c.c. perché introduce «restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi», in concreto mi pare molto improbabile che ciò possa avvenire.

Perché si possa qualificare la clausola come vessatoria non basta infatti che la stessa sia predisposta dal datore di lavoro e che il lavoratore si rappresenti come la parte debole del rapporto.

Occorre invece che la clausola si inserisca in un regolamento contrattuale predisposto da una sola parte e sia destinato a regolare un numero indefinito di rapporti, senza che all'altra parte sia riconosciuto un effettivo potere negoziale, dovendo la stessa limitarsi ad aderire o meno al regolamento contrattuale.

Tali circostanze debbono essere allegate e comprovate specificamente dal lavoratore.

La prova è tutt'altro che semplice posto che il rapporto di lavoro è un tipico rapporto contrattuale connotato dall'*intuitus personae* e le cui condizioni economiche e normative vengono negoziate di volta in volta in ragione delle specifiche esigenze dell'impresa.

Di tale negoziazione spesso v'è traccia scritta nella stessa lettera di assunzione che contiene riferimenti a precedenti intese verbali, o che perfeziona addirittura impegni preassuntivi scritti precedentemente fissati.

Una volta che il lavoratore sia riuscito a dar prova rigorosa della riconducibilità del patto ad una condizione generale di contratto, potrà farne valere l'invalidità nei confronti del datore di lavoro.

Non condivido le conclusioni della sentenza in commento, poiché ritengo che tale invalidità possa essere fatta valere solo dal lavoratore e non dal datore di lavoro.

Il collegio fiorentino reputa che il generico termine di "inefficacia", utilizzato dall'art. 1341, comma 2, c.c., vada interpretato come "nullità" e come tale la relativa eccezione potrebbe essere sollevata da qualunque soggetto interessato, ivi compreso chi ha predisposto la clausola nulla.

I giudici non si avvedono però che tale interpretazione non è compatibile con l'art. 2125 c.c. e con la *ratio* protettiva della disposizione.

Infatti la sottoscrizione di un contratto di lavoro o di agenzia contenente un patto di non concorrenza a valere dopo la cessazione del rapporto, è produttiva di effetti fin da subito poiché il lavoratore, in virtù del patto sottoscritto, è indotto a rinunciare ad opportunità di lavoro che gli si possono presentare nel corso del rapporto stesso.

Se consentissimo dunque al datore di lavoro che ha predisposto il patto di farne valere l'inefficacia per mancata sottoscrizione ex art. 1341, comma 2, c.c., avremmo l'assurda conseguenza di aver limitato di fatto la libertà contrattuale del lavoratore, che ha confidato nella validità della clausola, senza che gli spetti alcun corrispettivo.

La soluzione è compatibile col sistema solo se si concluda per una "nullità relativa", cioè che può farsi valere solo dalla parte che si assume sfavorita e dunque dal lavoratore.

La soluzione ha un appoggio letterale nello stesso art. 1421 c.c., che stabilisce la legittimazione all'azione di nullità per chiunque vi abbia interesse ma solo «salvo diverse disposizioni di legge».

La disposizione di legge che porta a negare correttezza sistematica alla tesi della nullità assoluta è proprio l'art. 2125 c.c.

D'altro canto anche al di fuori della materia giuslavoristica, è stato ritenuto che la specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie è requisito per l'opponibilità delle stesse al contraente aderente, ma non anche per la loro efficacia nei confronti della stessa parte che le ha predisposte (Cass. 27 marzo 1972, n. 955 e Cass. 23 ottobre 1991, n. 11213) e che l'unico legittimato a far valere la nullità è il contraente aderente (L. BIGLIAZZI GERI, iniziale U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, Utet, Torino, 1986, I, 2, 633).

6. Con la medesima argomentazione sopra utilizzata è stata ritenuta condivisibilmente la nullità della clausola che consente unilateralmente al datore di lavoro di liberare il lavoratore dal vincolo di non concorrenza, facendo a sua volta venir meno l'obbligo di pagare il corrispettivo quando esso non sia stato corrisposto nel corso del rapporto (Cass. 13 giugno 2003, n. 9491, in *GC*, 2004, I, 1036, ed ivi S. BARTALOTTA, *Patto di non concorrenza e facoltà di recesso da parte del datore di lavoro*. Ritiene invece valida la clausola purché l'esercizio della facoltà di recesso avvenga prima della cessazione del rapporto: P. DI CANDILO, *Il patto di non concorrenza successivo alla cessazione del rapporto di lavoro*, in *LPO*, 2009, 784).

In considerazione dell'esigenza di certezza circa l'esistenza o meno di vincoli alla libertà di lavoro, che è bene giuridico costituzionalmente rilevante, escluderei infine la validità di un patto d'opzione con cui il datore di lavoro si riserva il diritto di attivare un obbligo di non concorrenza a carico del lavoratore.

Non mi convincono in proposito quelle interpretazioni che ammettono il patto d'opzione purché la facoltà sia esercitata prima della cessazione del rapporto (Cass. 24 marzo 1980,

n. 1986, in *GC*, 1980, 1113, con nota di G. PONZANELLI), poiché ancora una volta non considerano l'effetto dissuasivo che anche la sola eventualità di un vincolo alla libertà contrattuale produce sulla possibilità del lavoratore di programmare il proprio futuro.

Stefano Bartalotta
Avvocato del Foro di Milano

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Conciliazione vita e lavoro

- prospettive: il caso del lavoro notturno (1.1. – 1.3.)
- incentivi (1.4.)

Lavoro in cooperativa

- quadro normativo, prassi e aiuti di stato (2.1. – 2.3.)

Lavoro pubblico

- lavoro a termine (3.1. – 3.3.)

Mercato del lavoro

- servizi per l'impiego: organizzazione ed efficienza (4.1 – 4.2.)

- servizi per l'impiego: il patto di servizio (4.3.)

Salute e sicurezza sul luogo di lavoro

- appalto: selezione degli operatori e idoneità tecnico professionale (5.1.)

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- conciliazione monocratica (6.1.)

Terziario e servizi

- quadro occupazionale del settore: la grande distribuzione (7.1.)

Nota per la lettura dell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con *Adapt* – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e con *Cisl* – Dipartimento del mercato del lavoro, *Confcommercio* – Servizio sindacale, *Confindustria* – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, *Ires-Cgil*, *Uil* – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Conciliazione vita e lavoro

1.1. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Italia 2020: programma di azioni per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro*, 1° dicembre 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

1.2. Interpello 4 febbraio 2009, n. 1 (Assaereo) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 5).

1.3. Interpello 16 novembre 2007, n. 33 (Assaereo) (in  indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

(1.1. – 1.3.) Salute e sicurezza, maternità, conciliazione dei tempi di lavoro e di non lavoro: il caso dell'esonero dal lavoro notturno del personale di volo

Sommario: **1.** Posizione del problema e quadro normativo di riferimento. – **2.** La prassi amministrativa e il dibattito parlamentare. – **3.** Considerazioni conclusive.

1. La vicenda relativa al passaggio del personale di volo da Alitalia a Cai ha sollevato una importante questione, con interessamento diretto delle istituzioni parlamentari, sulla corretta individuazione della disciplina applicabile, in materia di esonero legale dal lavoro notturno, al personale di volo della aviazione civile. La questione riguarda tanto la disciplina generale sul divieto assoluto per le lavoratrici in gravidanza e neomamme di prestare lavoro nella fascia oraria dalle 24 alle 6, quanto le ipotesi di esonero dal lavoro notturno connesso, a determinate condizioni, alla genitorialità ovvero ai doveri di cura e assistenza per i familiari portatori di handicap. La prassi amministrativa negli ultimi anni è tornata più volte sulla questione, ma ha mutato da ultimo il precedente orientamento, affermando, prima, e negando, successivamente, l'applicazione della disciplina generale (cfr. *infra*, § 2). La questione è di rilievo perché bene evidenzia l'opportunità, divenuta stringente, di considerare unitariamente temi classici del diritto del lavoro ancora troppo spesso tenuti separati. In questa direzione depongono la ricostruzione del quadro normativo e della prassi amministrativa gli argomenti portati nel dibattito parlamentare, incluse le considerazioni in merito ai primi provvedimenti giurisdizionali di cui si ha notizia (per i riferimenti e l'analisi, cfr. *infra*). Il riferimento è a maternità, salute e sicurezza, conciliazione tra tempi di lavoro e di non lavoro, discriminazioni, salvaguardia – nei limiti costituzionali di tutela e promozione della iniziativa economica privata – delle esigenze della produzione. Trattandosi di materia oggetto anche di regolazione comunitaria, il caso in esame conferma una persistente tensione tra diritto interno e ordinamento europeo con riferimento alle tecniche e agli standard di tutela (per l'impostazione del problema, seppure da una diversa prospettiva ricostruttiva, e per la portata sistematica della disciplina del lavoro notturno femminile cfr. per tutti M. LA BARBERA, *Tutto a posto, niente in ordine. Il caso del lavoro notturno delle donne*, in *RIDL*, 1999, 3, 301 ss.). Non solo. La ricostruzione del quadro normativo in vigore e l'orientamento oscillante della prassi amministrativa appaiono esemplificativi della situazione di grave stratificazione normativa che caratterizza le materie interessate. Al riguardo sembra potersi rilevare che anche le recenti iniziative di razionalizzazione non sembrano aver dato una risposta soddisfacente

alle esigenze di chiarificazione e certezza del diritto, il Testo Unico maternità (d.lgs. n. 151/2001), la disciplina riformata dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003) e, ancor più recentemente, il Testo Unico sicurezza (d.lgs. n. 81/2008).

Il primo elemento di confusione riguarda, infatti, il quadro normativo generale, a cui si sovrappone la questione specifica relativa al personale di volo dell'aviazione civile.

I medesimi precetti in tema di esonero legale dal lavoro notturno sono contenuti in due diverse disposizioni collocate in distinti provvedimenti: l'art. 53 del TU maternità e l'art. 11 del d.lgs. 66/2003, in tema di regolazione dell'orario di lavoro.

L'art. 53 fa riferimento alla precedente regolazione del lavoro notturno femminile a cui, con la novella del 1999, era stata aggiunta l'ipotesi di esonero per il lavoratore o la lavoratrice che abbia a carico un soggetto disabile ai sensi della l. n. 104/1992. L'art. 53, infatti, riprende la riformulazione dell'art. 5 della l. n. 903/1977 come modificato della legge comunitaria del 1999, la n. 25, art. 17, volta ad adeguare l'ordinamento interno al diritto comunitario per effetto della sentenza di condanna nei confronti dell'Italia da parte della Corte di giustizia relativa alla disciplina previgente, la quale prevedeva un divieto assoluto di lavoro notturno per le donne nel settore manifatturiero, salve le deroghe e le articolazioni introdotte dalla contrattazione collettiva (cfr. C. Giust. 4 dicembre 1997, in C-207/96, in [📖](#) indice A-Z, voce *Orario di lavoro*).

L'articolo 11, all'interno della disciplina generale sull'orario di lavoro, ripropone le medesime ipotesi legali di esonero di cui all'art. 53 sopra richiamato.

In virtù delle due disposizioni permane oggi un vero e proprio divieto assoluto di adibire le lavoratrici al lavoro dalle 24 alle 6, dall'accertamento dello stato di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. Con riferimento all'attuale formulazione del divieto, peraltro, a fronte della contestazione delle istituzioni comunitarie all'Italia (cfr. *infra* § 2), risulta l'intenzione del Governo italiano di promuovere la modifica del quadro legale equiparando anche queste ipotesi alle restanti di esonero, accordando cioè rilevanza al consenso della lavoratrice e fermo l'accertamento della compatibilità del lavoro notturno con le istanze di tutela della salute della donna e del nascituro (cfr. sul punto il Resoconto stenografico della seduta del Senato, XVI legislatura, n. 292, 26 novembre 2009, qui l'intervento del Ministro Vito). Inoltre non sono obbligati a prestare lavoro notturno la lavoratrice madre di un figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore padre convivente con la stessa, la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni, la lavoratrice o il lavoratore che abbia a proprio carico un soggetto disabile ai sensi della l. n. 104/1992.

La controversa applicabilità di tale disciplina al personale di volo nel settore della aviazione civile deriva sia dalla regolazione generale sull'orario che esclude espressamente tale categoria di lavoratori (cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 66/2003), sia dalle norme di abrogazione pure contenute nel d.lgs. n. 66/2003. L'art. 19, comma 2, dispone infatti che dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo in tema di orario sono abrogate tutte le disposizioni legislative e regolamentari in materia salve le disposizioni espressamente richiamate, tra cui non rientra l'art. 53 del TU maternità.

Si pone quindi il problema se la fonte normativa di riferimento sia l'art. 11 del d.lgs. n. 66/2003 ovvero l'art. 53 del d.lgs. n. 151/2001, che dovrebbe ritenersi abrogato ove riconducibile alla materia "orario di lavoro", ovvero non abrogato e tutt'ora vigente *iure proprio* ove riconducibile alla diversa materia "tutela della maternità". Tale alternativa a fronte dell'identità sostanziale dei precetti non sembra avere un'immediata rilevanza sulla generalità dei lavoratori. Tuttavia, la duplicazione della fonte normativa pone evidenti criticità con riferimento ai principi di tassatività della fattispecie penale attesa la rilevanza della violazione alla stregua di una contravvenzione. L'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66/2003, infatti, dispone per la violazione del divieto l'arresto da due a quattro mesi o l'ammenda da 516 euro a 2.582 euro. La medesima sanzione si applica nel caso in cui i lavoratori e le

lavoratrici che potrebbero godere dell'esonero siano comunque assegnati al lavoro notturno nonostante il loro dissenso espresso in forma scritta e comunicato al datore di lavoro entro 24 ore anteriori al previsto inizio della prestazione.

La questione diventa ancor più complicata per le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione della normativa sull'orario (ivi inclusa quindi la relativa disciplina sanzionatoria), ma non dalla disciplina in tema di maternità. Tra queste, proprio i rapporti di lavoro con il personale di volo dell'aviazione civile per il quale la disciplina in materia di orario risiede nel d.lgs. n. 185/2005, attuativo della direttiva n. 2000/79/CE di recepimento dell'Accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo della aviazione civile.

La regolazione applicabile al personale di volo, quindi, con riferimento al lavoro notturno non accorda specifica rilevanza né alla situazione della lavoratrice in gravidanza o neomamma, né alle altre ipotesi di esonero dettate per i lavoratori e le lavoratrici dagli art. 11 e 53 sopra richiamati. L'unica disposizione in tema di lavoro notturno è contenuta nell'art. 7, comma 2, in base al quale il personale di volo che abbia problemi di salute aventi un nesso riconosciuto con il fatto che presta anche lavoro notturno è assegnato ad un lavoro diurno o a terra per cui è idoneo. Trova applicazione in questo caso, in quanto espressamente richiamato dalla disciplina speciale, quanto previsto in via generale dall'art. 15 del d.lgs. n. 66/2003, in virtù del quale, a fronte dell'accertata sopravvenuta inidoneità al lavoro notturno, il lavoratore è assegnato al lavoro diurno, in altre mansioni equivalenti se esistenti e disponibili. Lo stesso art. 15, al comma successivo, rinvia alla contrattazione collettiva tanto per le modalità applicative dell'obbligo di assegnazione, quanto per il caso in cui la disposizione in esame non risulti applicabile.

Il d.lgs. n. 185/2005 non ripropone quindi una disciplina legale dell'esonero dal lavoro notturno, neppure per le lavoratrici in gravidanza.

Contestualmente va segnalato che è in corso una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei confronti dell'Italia relativamente, proprio, al divieto generale di effettuare lavoro notturno per le donne in gravidanza fino ad un anno di età del bambino. La Commissione rileva che la disciplina attualmente in vigore risulta ultronea rispetto all'obiettivo di tutela della salute della lavoratrice per la scelta di introdurre, a fronte della norma comunitaria che esclude esclusivamente l'obbligo per la lavoratrice gestante di prestare lavoro notturno, un divieto automatico e assoluto collegato al mero accertamento dello stato di gravidanza (cfr. direttiva n. 92/85/CE, art. 7 in [☞](#) indice A-Z, voce *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*). Il meccanismo regolatorio adottato si traduce, infatti, ad avviso delle istituzioni comunitarie, in una discriminazione per la manodopera femminile potenzialmente svantaggiata sul piano delle possibilità occupazionali e dei livelli retributivi, posto che dalla applicazione automatica del divieto deriva una riduzione media della retribuzione pari al 20%. Al riguardo, la Commissione rileva che il fondamento giuridico della citata direttiva n. 92/85/CE è dato dall'art. 118 A del Trattato (ora art. 128) in tema di salute e sicurezza. Pertanto, è certamente possibile introdurre una protezione più elevata, ma non è questo il caso dell'ordinamento italiano, la cui scelta di regolare la fattispecie con un divieto automatico, che non tiene conto delle condizioni di salute della donna, si concretizza in un ostacolo alla parità tra donne e uomini, travalicando l'obiettivo comunitario di protezione anche dalla prospettiva della mancata individuazione di soluzioni alternative pure indicate dalla norma comunitaria, vale a dire l'assegnazione ad un lavoro diurno e, solo ove questa sia tecnicamente e/o oggettivamente impossibile o non possa essere ragionevolmente richiesta per motivi debitamente giustificati, la dispensa dal lavoro o la proroga del congedo di maternità.

In ambito comunitario, pertanto, la regolazione del lavoro notturno con particolare riferimento alla componente occupazionale femminile appare riconducibile essenzialmente ai profili prevenzionistici e di tutela della lavoratrice, rispetto alla *ratio* di conciliazione tra

vita e lavoro, che caratterizza, al pari della precedente, la regolazione italiana della materia.

2. Dopo un primo orientamento della prassi amministrativa che aveva ritenuto applicabile comunque al personale di volo il richiamato art. 53 del d.lgs. n. 151/2001, sulla scorta del dato, invero alquanto formale, che il d.lgs. n. 66 non era applicabile al personale di volo anche nella parte in cui (art. 19) abrogava le disposizioni in tema di orario non espressamente richiamate (cfr. interpello n. 33/2007), l'Amministrazione ha, infatti, mutato orientamento e ha fondato la propria soluzione negativa, muovendo proprio dalla posizione comunitaria sopra sintetizzata. La Commissione europea ha rilevato come la normativa italiana impone un esonero automatico dal lavoro notturno là dove le direttive europee esonerano le lavoratrici madri dal prestare tale lavoro quando ciò va a detrimento della loro salute e dietro presentazione della relativa documentazione sanitaria; con ciò determina una discriminazione nei confronti delle lavoratrici anche in ragione della inevitabile perdita di retribuzione legata all'esonero. Per contro, l'organizzazione dell'orario del personale di volo nell'aviazione civile è oggetto di una disciplina speciale che considera le peculiarità delle attività lavorative e segnatamente il fatto che il pernottamento, anche per periodi relativamente lunghi lontano dal luogo di residenza, rappresenta una caratteristica immanente della prestazione lavorativa. La formulazione sopra richiamata dell'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 185/2005, che rappresenta per specialità la fonte deputata alla regolazione della materia, prevedendo la rilevanza di specifiche circostanze che determinano la legittimità dell'esonero dal lavoro notturno, garantisce allo stesso «un livello di tutela della salute e della sicurezza adeguato alla natura della sua attività» e presuppone una articolazione concreta della materia che rinvia implicitamente alla contrattazione collettiva per la declinazione delle misure da adottare (cfr. interpello n. 1/2009, in epigrafe). A fronte di tale posizione della Amministrazione, come anticipato in apertura, si sono susseguite nel corso del 2009 numerose interpellanze parlamentari nell'ambito delle quali sono state segnalate al Governo, su sollecitazione dei lavoratori coinvolti, i molteplici profili di criticità del quadro normativo con particolare riferimento alle esigenze delle madri lavoratrici, ma anche dei lavoratori conviventi ovvero unici affidatari di minori, rispettivamente di 3 e 12 anni di età, oltre che dei lavoratori che, indipendentemente dal genere, hanno a carico persone affette da handicap grave secondo quanto previsto dalla l. n. 104/1992 (cfr. da ultimo il Resoconto stenografico della seduta del Senato, XVI legislatura, n. 292, cit.). Nella medesima sede, d'altro canto, è stata parimenti ribadita, anche a fronte dei primi riscontri nella giurisprudenza che si è occupata della materia, che tali esigenze scontano le problematiche proprie di un settore fortemente caratterizzato sul piano delle esigenze del servizio, al punto che il medesimo acquista natura di servizio pubblico essenziale. Non solo. Sempre dal Resoconto del dibattito parlamentare emerge un'ulteriore rilevante questione in merito al rapporto tra quadro legale, disciplina collettiva e fonte individuale per la prassi di chiedere ai lavoratori una disponibilità preventiva alla prestazione di lavoro notturno attraverso apposita clausola all'interno del contratto di lavoro da far valere, trattandosi di diritto disponibile, anche nel caso in cui si ritenesse rilevante la regolazione legale in funzione dell'esonero.

3. La questione interpretativa irrisolta ripropone, ad un diverso livello, l'evidente difficoltà del legislatore nazionale, anche a fronte delle istanze di matrice comunitaria, di comporre in modo soddisfacente interessi letti in chiave contrapposta. Per contro, a fronte della corretta individuazione degli interessi rilevanti, segnatamente le esigenze di conciliazione, da un lato, e l'atteggiarsi specifico delle esigenze della produzione nei diversi settori economici, l'indagine svolta evidenzia l'opportunità di valorizzare modalità di regolazione alternative, attraverso la leva della organizzazione del lavoro per trovare sintesi efficienti delle esigenze rilevanti. La soluzione accolta dalla Amministrazione non può che lasciare insoddisfatti sul piano della tenuta argomentativa, anche in un quadro regola-

torio fortemente ambiguo quale quello sopra ricostruito, posto che le ipotesi legali di esonerazione dal lavoro notturno non paiono poter essere realisticamente ricondotte alla tutela della salute e sicurezza (e quindi alla disciplina dell'orario di lavoro), ma piuttosto alle istanze della maternità e della genitorialità e ai doveri familiari di assistenza e di cura. È tuttavia evidente e in sé condivisibile l'urgenza di lasciare spazio alla contrattazione collettiva di settore e aziendale in una materia, quella del tempo di lavoro, che tradizionalmente appartiene alla autonomia collettiva. D'altro lato, la vicenda complessiva del lavoro notturno femminile e da ultimo la recente contestazione all'Italia relativa al divieto persistente per le lavoratrici in gravidanza e neomamme (che pure trova riscontro anche in istanze di conciliazione e nella necessità di tutelare il legame peculiare tra la madre e il neonato nei primi mesi di vita) mostrano ancora una volta come una regolazione generalizzata a priori possa determinare un esito non voluto in termini di segregazione orizzontale delle donne nel mercato del lavoro. Appare così evidente che il tema stesso della conciliazione, a fronte del riconoscimento di alcuni diritti fondamentali, non può essere impostato in termini di normativa generale ed astratta, la quale non può che tradursi in vincoli e oneri per le aziende, dovendo piuttosto essere incentivata la progettazione di soluzioni organizzative innovative che possano realizzare, nelle specificità dei singoli contesti, il miglior temperamento degli interessi coinvolti. Il medesimo approccio risulta idoneo in quanto tale a superare la stessa prospettiva di genere, non perché comporta un ripensamento in senso neutrale dei luoghi di lavoro, ma perché, al contrario, mira a valorizzare le conquiste e i risultati ottenuti per migliorare le politiche di promozione del benessere della persona tanto sul luogo di lavoro, quanto nel proprio contesto sociale. L'analisi svolta con riferimento alla questione specifica del lavoro notturno, tradizionalmente al crocevia tra tema organizzativo dell'orario e dei tempi di non lavoro e materia prevenzionistica, trova più generale conferma nella lettura di genere del recente TU sicurezza. L'impianto del d.lgs. n. 81/2008, così come modificato dal recente decreto correttivo (il d.lgs. n. 106/2009) consente di valorizzare il ruolo fondamentale della valutazione dei rischi da una prospettiva di genere e, al contempo, la complessa relazione che esiste tra incentivi promozionali di modelli di organizzazione efficienti e trasparenti, opportunità di certificazione e codici di condotta e autoregolazione, innalzamento degli standard qualitativi della attività di impresa. Questi strumenti infatti ben possono essere letti in chiave di prevenzione rispetto all'atteggiarsi tradizionale del fenomeno infortunistico, ma, soprattutto, con riferimento ai nuovi rischi c.d. sociali, stress lavoro correlato, molestie, discriminazioni sui luoghi di lavoro (per questa proposta di lettura della variabile di genere del d.lgs. n. 81/2008, cfr. *amplius* C. BIZZARRO, *La prospettiva di genere*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 431 ss.). Questa proposta trova riscontro nel Piano Italia 2020 per l'occupazione femminile, in epigrafe, recentemente diffuso dai Ministeri del lavoro e delle pari opportunità e che si caratterizza, soprattutto a livello metodologico, per una considerazione dei temi dell'occupazione femminile trasversale e integrata tra politiche di welfare e del lavoro in senso stretto. Il Piano, infatti, individua tra le misure strategiche per la promozione dell'occupazione femminile e l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro, accanto a misure tipicamente di welfare come l'incremento dei servizi di cura e assistenza all'infanzia, la promozione di nuove relazioni industriali per una nuova stagione di accordi e intese di secondo livello che accolgano la prospettiva di genere e di parità nella regolazione degli orari e dei tempi di lavoro. Lo stesso piano, poi, richiama l'importanza della messa a regime dei finanziamenti ex art. 9, l. n. 53/2000 (come modificato dall'art. 38 della l. 18 giugno 2009, n. 69) relativi a progetti concreti per la conciliazione dei tempi di lavoro e di non lavoro, con particolare riferimento alla sfera familiare. Come è noto, queste misure, che possono essere attivate a fronte di un accordo che secondo la nuova disciplina potrà essere anche individua-

le, ma che nella gran parte dei casi avrà natura collettiva, sono stati, fino ad ora, utilizzati al minimo del relativo potenziale, rimanendo in gran parte non sfruttati (per un primo esame della nuova disciplina dell'art. 9 cfr. M. BETTONI, *Il dilemma famiglia-lavoro dal contesto europeo all'evoluzione dell'articolo 9 della legge n. 53/2000*, che segue in *q. Osservatorio*). L'esame sopra svolto in merito alle criticità attuali della regolazione legale del lavoro notturno delle donne il riscontro rinvenuto nei recenti provvedimenti in materia di salute e sicurezza, come nelle recentissime politiche nazionali per l'occupazione femminile, evidenziano il ruolo strategico di un coinvolgimento attivo delle parti sociali per rispondere concretamente alle esigenze di conciliazione, declinandole in relazione alla peculiarità dei settori economici, da un lato, e all'atteggiarsi specifico delle esigenze dei lavoratori.

Chiara Bizarro
Senior Researcher

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi

1. Conciliazione vita e lavoro (segue)

1.4. Legge 18 giugno 2009, n. 69 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 38).

Il dilemma famiglia-lavoro dal contesto europeo all'evoluzione dell'articolo 9 della legge n. 53/2000

Sommario: 1. Posizione del problema e quadro europeo di riferimento. – 2. Le modifiche apportate dalla l. n. 69/2009 all'art. 9 della l. n. 53/2000. – 3. Conclusioni.

1. Le politiche per la conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro occupano attualmente una posizione di rilievo nel quadro nazionale ed internazionale.

Esse comprendono tutte quelle misure che sostengono la combinazione di lavoro retribuito e responsabilità di cura, ovvero tutte le strategie tese a conciliare queste “domande oppositive”, al fine di rendere meno problematico il conflitto sull'utilizzo del tempo nella vita quotidiana (S. BOULD, I. CRESPI (a cura di), *La conciliazione famiglia-lavoro in Europa*, F. Angeli, Milano, 2008, 13).

La necessità di adottare misure di conciliazione, sottolineata periodicamente anche dagli indirizzi politici dell'Unione europea, è emersa in concomitanza con il manifestarsi o variare di alcuni fenomeni quali l'aumento dei tassi di partecipazione dei lavoratori al mercato del lavoro (in particolare delle donne), il mutamento del ruolo femminile nella società, l'ingresso e la permanenza delle donne nel mercato del lavoro, la diminuzione della natalità, l'aumento della popolazione anziana, l'aumento delle famiglie monogenitoriali, la permanenza di forti squilibri nella distribuzione dei carichi di cura e delle responsabilità familiari (ISTAT, *Conciliare lavoro e famiglia, Una sfida quotidiana*, in *Argomenti*, 2008, n. 33).

Il tema della conciliazione vita-lavoro si configura, quindi, in modo complesso poiché coinvolge due ambiti nodali della vita individuale, la *famiglia* e il *lavoro*, che si contrappongono idealmente per la loro reciproca natura *privata* e *pubblica* e che si sovrappongono nel sistema famiglia-lavoro creando conflitti nella richiesta di utilizzo del tempo (C. SARACENO, M. NALDINI, *Sociologia della famiglia*, Il Mulino, Bologna, 2001).

Nel contesto di tali mutamenti la domanda di una maggiore flessibilità del mercato del lavoro, la forte competitività, gli andamenti irregolari dei mercati hanno reso meno chiari

i confini tra le diverse sfere della vita quotidiana, in particolare, appunto, tra famiglia e lavoro (S. BOULD, I. CRESPI (a cura di), *op. cit.*, 12). Il tema della conciliazione per questo motivo non può essere considerato un problema *solo privato*.

L'argomento non si risolve tuttavia ascrivendolo unicamente a queste due sfere poiché, come già accennato, implicano azioni che toccano estesamente la sfera politica, sociale, economica, organizzativa aziendale, personale, i rapporti di genere, la partecipazione delle donne al mercato del lavoro, e, in generale, il benessere personale e collettivo.

In passato il tema è stato affrontato in una ottica rivolta quasi esclusivamente alle donne, mentre oggi vediamo protagonisti anche i padri, al fianco delle madri, nella promozione di misure di conciliazione.

È in questa cornice che si inseriscono due eventi recenti: l'attuale modifica dell'art. 9 della l. n. 8 marzo 2000, n. 53, apportata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, e l'accordo quadro sul congedo parentale dalle parti sociali europee a livello intersettoriale (BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e ETUC) dello scorso 18 giugno 2009, di cui si attende la direttiva europea di recepimento.

La parità tra uomini e donne è l'esito di un lungo processo in corso in Europa sin dagli anni Novanta quando con il Trattato di Amsterdam del 1997 viene per la prima volta definito «l'approccio idealtipico alle questioni di genere – la parità di trattamento – riconducendolo ad un concetto di uguaglianza formale che dovrebbe essere il perno di ogni politica antidiscriminatoria. Un modello che ha condotto tutti gli Stati [...] a procedere al necessario adeguamento normativo, riconoscendo e tutelando da un punto di vista giuridico i pari diritti dei lavoratori e delle lavoratrici definiti sul piano europeo» (N. BERNARDI, C. CALDARINI, *Le Pari opportunità nelle politiche sociali dell'Ue. Tappe principali e analisi comparata dei regimi di genere di nove paesi*, in *La rivista delle politiche sociali, Donne e Welfare. Una cittadinanza incompiuta*, 2009, n. 2, 217-248).

Il Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi all'art. 119, comma 3, recita che «Il Consiglio [...] adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

Negli stessi anni il termine conciliazione compare nei primi documenti della Comunità europea per esprimere l'intenzione di predisporre indicazioni, linee guida e direttive per consentire ai diversi Paesi di adottare misure capaci di risolvere il *conflitto* che sta alla base, appunto, della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro. Le politiche dell'Unione europea hanno riconosciuto la centralità di questa tematica fissando alcuni principi attraverso i quali gli Stati membri hanno singolarmente declinato politiche più o meno efficaci (per una ricostruzione della normativa europea di riferimento si veda ISFOL, *Conciliazione vita/lavoro: un traguardo possibile. L'esperienza di Equal*, Isfol, Roma, 2007).

Nel quadro generale la Strategia di Lisbona del 2000 resta uno dei passaggi cruciali anche per quanto concerne gli aspetti relativi alle politiche di conciliazione. Fissando gli obiettivi dei tassi occupazionali da raggiungere entro il 2010, è stata, infatti, stabilita una meta da realizzare anche attraverso strategie che si avvalgano dell'ottica delle pari opportunità, delle azioni positive e del c.d. *gender mainstreaming*. La legislazione europea sembra, secondo il parere di molti autori, essere ancora poco incisiva limitandosi a raccomandazioni e direttive che debbono essere accolte e implementate dai singoli Stati membri. Le direttive in questo campo hanno sinora riguardato essenzialmente i congedi genitoriali, il lavoro notturno per le donne, la promozione delle pari opportunità (P. DONATI, *Per un nuovo welfare locale "family friendly": la sfida delle politiche relazionali*, in *Famiglie e politiche di welfare in Italia: Interventi e pratiche*, Osservatorio nazionale sulla famiglia, 2005, 169-197). Con il rilancio della Strategia di Lisbona, avvenuto nel 2005, si è ribadi-

to che «[l]’enorme potenziale rappresentato dalle donne *doveva* essere ancora pienamente sfruttato [corsivo mio]» (COM(2005)24 def.). Fissando l’obiettivo di un tasso occupazionale per le donne inferiore all’obiettivo complessivo (60%, invece del 70%), il Consiglio ammetteva di fatto lo squilibrio esistente tra il tasso d’occupazione maschile e quello femminile, divario tuttavia ridicibile anche grazie a misure volte a conciliare la vita lavorativa e quella familiare, le quali contribuiscono ad attirare un numero maggiore di persone (soprattutto donne) verso il mercato del lavoro. Nel documento del 2005 possiamo reperire, altresì, un rinnovato impegno a «migliorare le strutture di assistenza all’infanzia, agli anziani e ai disabili, nonché l’estensione dei congedi parentali ai padri [che] contribuiranno a conciliare più facilmente vita professionale e familiare» (COM(2005)24 def.), azioni che certamente vanno incontro alla necessità di negoziazione non solo a livello familiare ma soprattutto laddove entrano in gioco interessi diversi di cui sono portatori anche i datori di lavoro e le imprese.

Sotto un altro aspetto la Tabella di marcia dell’UE, *A roadmap for equality between women and men 2006-2010*, per la parità tra uomo e donna, indica le priorità per il periodo 2006-2010 (COM(2006)92 def.) e prevede sia iniziative specifiche sia l’inserimento della tematica della parità fra i sessi in tutte le politiche e attività dell’UE (approccio di *gender mainstreaming* appunto). Il documento conferma che i «servizi e le strutture si adattano troppo lentamente al fatto che sia le donne che gli uomini lavorano e che [p]ochi uomini prendono il congedo parentale o lavorano a tempo parziale [...] mentre le donne restano maggiormente responsabili dell’assistenza ai figli e alle altre persone a carico» [corsivo mio]. Nella Tabella di marcia si sostiene che «gli uomini andrebbero incoraggiati ad assumersi le proprie responsabilità familiari, segnatamente con incentivi a prendere congedi parentali e ad utilizzare il diritto al congedo come le donne». Viene sostenuto, inoltre, che le «politiche volte a conciliare lavoro e vita familiare contribuiscono a creare un’economia flessibile, migliorando nel contempo la vita delle donne e degli uomini», dando pertanto l’idea di un potenziale *circolo virtuoso* che potrebbe essere alimentato da un maggiore e migliore incremento e utilizzo delle misure di flessibilità nel mercato del lavoro.

Ciononostante si evidenzia anche che «il fatto *che* molte più donne che uomini ricorrono a tali orari causa [...] uno squilibrio tra i generi che si ripercuote negativamente sulla posizione delle donne nel luogo di lavoro e sulla loro indipendenza economica [corsivo mio]».

Se si guarda ai Paesi dell’area mediterranea, e in particolare all’Italia si può notare come l’impegno pubblico sia oggi volto verso una rinnovata visione di welfare che prende le distanze dal cosiddetto modello mediterraneo, dove un sistema di welfare state di tipo *familiista* (G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Cambridge, Policy Press, 1990) vede la protezione sociale centrata sul maschio principale percettore di reddito e una attribuzione alla famiglia della responsabilità ultima del benessere dei suoi membri e dei principali compiti di cura. In Italia la famiglia e le reti parentali tendono, infatti, ancora oggi ad assumersi una responsabilità primaria di tutela, mentre lo Stato è intervenuto sinora principalmente con modalità residuali.

Il declino demografico e il cambiamento delle strutture familiari dovuti ad esempio al ritardo nel lasciare la famiglia d’origine o il rinvio della scelta di una maternità o l’aumento delle famiglie monogenitoriali (G. ESPING-ANDERSEN, *op. cit.*) sono fenomeni che anche a livello europeo destano preoccupazione tanto da riaffermare in più documenti ed in particolare nella Tabella di marcia che «migliori strutture per la sorveglianza dei bambini possono consentire di realizzare un nuovo equilibrio fra il lavoro e la vita privata».

Tra le misure finora sviluppate quelle che hanno ricevuto maggiore impulso sono orientate, infatti, a migliorare e rendere più efficienti ed efficaci i servizi per la cura, a incorag-

giare l'utilizzo dei congedi parentali per entrambi i genitori, a migliorare la gestione della vita quotidiana, dei tempi, degli orari, a sostenere una maggiore condivisione delle responsabilità di cura tra donne e uomini.

Un obiettivo ambizioso a livello europeo è infatti «entro il 2010, rendere disponibili servizi di custodia dei bambini per almeno il 90% dei minori fra i tre anni e l'età dell'obbligo scolastico, nonché per almeno il 33% dei bambini sotto i tre anni d'età» (decisione 2005/600/CE del Consiglio del 12 luglio 2005, sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, in *GUCE*, 6 agosto 2005, L 205).

Le politiche italiane in questo senso non sembrano incoraggiare e sostenere «le famiglie a doppio reddito mediante servizi per i bambini di età inferiore ai tre anni. La percentuale di bambini piccoli in *regulated service* di cura giornaliera è bassa [...] rivelando una scarsa integrazione del sistema dei congedi e del sistema dei servizi di cura (S. BOULD, I. CRESPI (a cura di), *op. cit.*, 68).

Altro tema delicato e discusso è quello della carenza di utilizzo da parte dei padri dei congedi parentali o del lavoro a tempo parziale al fine di una migliore redistribuzione dei carichi di cura e delle responsabilità familiari.

A tal proposito nello scorso giugno 2009, tra le parti sociali europee (BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e ETUC), è stato stipulato un accordo che rinnova e sostituisce il precedente accordo del 1995 e stabilisce le prescrizioni minime per il congedo parentale progettato per contribuire al raggiungimento di una migliore conciliazione tra vita professionale e vita familiare e promuovere la parità tra i sessi sul mercato del lavoro. Oggi, a quindici anni di distanza, si è in attesa dell'emanazione della nuova direttiva europea, in applicazione delle disposizioni del citato accordo, che dovrà abrogare la precedente direttiva n. 96/34/CE (direttiva del Consiglio del 3 giugno 1996 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, in *GUCE*, 19 giugno 1996, L 145).

L'intesa, risultato di sei mesi di negoziati delle parti sociali, prolunga la durata del congedo parentale portandolo da tre a quattro mesi per genitore, e applica il congedo stesso a tutti i lavoratori dipendenti, a prescindere dalla forma del loro contratto (è prevista l'inclusione dei lavoratori a tempo determinato, part-time e dei lavoratori temporanei, figura questa ultima emersa soprattutto negli ultimi decenni in concomitanza alla maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro). Risulta chiaro come esso esprima l'interesse ai cambiamenti sopravvenuti sia nella società sia nel mercato del lavoro dal 1995 (data del precedente accordo) ad oggi.

Se correttamente recepite ed applicate queste novità produrranno un effetto positivo sulla effettiva parità tra uomini e donne nel migliorare l'equilibrio vita-lavoro e la redistribuzione delle responsabilità familiari.

Le innovazioni consistono, infatti, anche nella possibilità per i genitori che rientrano al lavoro dopo un congedo parentale di chiedere l'adattamento delle loro condizioni di lavoro alle nuove necessità di cura utilizzando per esempio una modulazione diversa dell'orario di lavoro. L'accordo, inoltre, introduce una maggiore protezione non solo contro il licenziamento, ma anche contro ogni trattamento sfavorevole legato all'esercizio del diritto al congedo parentale. L'intento è chiaramente quello di incoraggiare i padri ad assumersi maggiori responsabilità nel contesto familiare anche attraverso l'utilizzo di queste misure volte a una migliore distribuzione delle responsabilità di cura, responsabilità in un certo senso *temute* in considerazione dei rischi conseguenti a periodi di interruzione della carriera lavorativa, di cui sinora si è fatta carico soprattutto la donna lavoratrice.

2. In tema di pari opportunità in Italia è presente un esteso *corpus* normativo dedicato alla parità tra uomo e donna, composto da leggi che riguardano diversi aspetti come l'accesso al mercato del lavoro, la parità retributiva, la tutela della maternità, i congedi parentali, le azioni e le misure di sostegno alla conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

Nell'articolato insieme delle trasformazioni sociali sopra illustrate e nella prospettiva della conciliazione vita e lavoro rientra la l. n. 53/2000, *Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi della città*.

Nonostante nel suo titolo la legge non lo espliciti, essa, di fatto, costituisce l'attuazione della direttiva europea n. 96/1934 (R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 1). Con l'entrata in vigore di questa legge è stata infatti modificata la precedente normativa in materia di tutela della maternità e della paternità, in relazione alle nuove disposizioni a livello europeo.

Pur essendo entrata nel linguaggio comune come la "legge sui congedi parentali", essa attesta l'intenzione di passare «dalle sole politiche di conciliazione a quelle che promuovono la redistribuzione dei ruoli familiari, consentendo di riequilibrare le scelte non solo tra lavoro professionale e lavoro di cura, ma anche tra i generi, e, quindi, consentendo al tempo liberato dal lavoro professionale delle donne di non doversi trasformare necessariamente in lavoro di cura di familiari» (R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI (a cura di), *op. cit.*, 2).

Con l'art. 9 sulle *Misure a sostegno della flessibilità di orari* (articolo così sostituito dal comma 1254, art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296) la legge disciplinava, invero, le misure e le modalità di progettazione finanziabili secondo il disegno di erogare contributi in favore di aziende che applichino accordi contrattuali che prevedono azioni positive per la flessibilità.

A seguito della recente modifica apportata dall'art. 38, l. n. 69/2009, che ha riformulato, pur mantenendo il medesimo assetto generale, il testo dell'art. 9, sono stati estesi i requisiti soggettivi ed oggettivi che permettono di accedere ai finanziamenti.

Ad oggi si è in attesa del decreto interministeriale di attuazione che disporrà le modalità di presentazione dei progetti ed il soggetto incaricato alla selezione dei progetti stessi. La concessione dei finanziamenti purtroppo è limitata dal budget individuato nell'ambito del Fondo per le politiche per la famiglia, evento che condiziona la possibilità di accedere concretamente ai contributi, pur in presenza dei requisiti necessari.

Di fatto questa è una misura «che mai ha raggiunto risultati soddisfacenti in ragione di altrettanti disincentivi normativi e/o economici che incidono complessivamente sul sistema delle convenienze imprenditoriali e su tutte quelle situazioni che influenzano la decisione delle donne di iniziare, continuare o riprendere a lavorare» (Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero per le pari opportunità, Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, *Italia 2020: programma di azioni per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro*, 1° dicembre 2009).

L'art. 9 della l. n. 53/2000 si sviluppa attorno al concetto di *azione positiva*. Le azioni positive sono nate negli Stati Uniti come strumento per garantire la parità di diritti a donne e uomini e sono divenute un'elaborazione giuridica e un orientamento europeo in materia di lavoro nella raccomandazione n. 635/1984 e nazionale con la l. n. 125/1991. Esse consistono in provvedimenti per la realizzazione di un'effettiva parità tra uomini e donne nel mercato del lavoro e intervengono sulla formazione scolastica e professionale e sull'orientamento, per diversificare le scelte professionali, e per favorire la progressione di carriera e di stipendio. Le azioni positive, inoltre, comprendono azioni volte a intervenire sull'organizzazione del lavoro, sulla distribuzione del lavoro nel tempo allo scopo di favorire un migliore equilibrio di responsabilità familiari e professionali fra i sessi e anche azioni per promuovere l'inserimento delle donne in settori in cui sono sottorappresentate, in particolare, nelle alte tecnologie (Fonte www.lavoro.gov.it/Lavoro/Europalavoro/SezioneEuropaLavoro/Utilities/Glossario/AzioniPositive).

Le tipologie ammesse nella nuova riformulazione sono riassumibili in tre categorie.

Nel primo gruppo rientrano tutti quei progetti strutturati in modo tale da consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità sia negli orari che nella organizzazione del lavoro, quali, a titolo esemplificativo, lavoro a tempo parziale reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, su turni e su sedi diverse, orario concentrato, con specifico interesse per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e/o dei risultati.

Nel secondo gruppo si collocano programmi e azioni, comprese le attività di formazione e aggiornamento, volti a favorire il reinserimento delle lavoratrici e dei lavoratori dopo un periodo di assenza dal lavoro non inferiore a sessanta giorni a titolo di congedo di maternità e paternità o parentale, o per altri motivi legati ad esigenze di conciliazione.

Nel terzo gruppo vi sono i progetti che, anche attraverso l'attivazione di reti tra enti territoriali, aziende e parti sociali, promuovano interventi e servizi innovativi in risposta alle esigenze di conciliazione delle lavoratrici e dei lavoratori.

Dopo la disamina delle diverse tipologie possiamo passare ad analizzare brevemente le più salienti modifiche intervenute.

Un aspetto rilevante è che nelle nuove disposizioni è stata eliminata la menzione a uno specifico sostegno alle aziende fino a cinquanta dipendenti.

In seconda istanza si rileva che le tipologie di *azione positiva* risultano articolate diversamente.

Secondo la previsione della lett. *a* dell'art. 9, l. n. 53/2000, prima della sua modifica, erano finanziabili i progetti che consentivano alla lavoratrice madre o al lavoratore padre di fruire di particolari forme di flessibilità oraria e organizzativa, fornendo anche l'esempio di alcuni istituti che agevolano tali azioni quali il part-time (presente nella normativa originaria come part-time reversibile, nella riforma del 2006 diviene solo part-time), il telelavoro, il lavoro a domicilio, oppure la modulazione di un orario di lavoro flessibile. La priorità veniva data ai genitori con bambini piccoli o disabili, anche in affidamento o adozione.

Nella nuova formulazione la lett. *a*, così come in precedenza, definisce le categorie dei progetti finanziabili, ma sottolinea che vi è *specifico interesse* per i progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di flessibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati.

La definizione dei beneficiari è data al comma 2 del nuovo art. 9, introdotto dall'art. 38, l. n. 69/2009, e risultano sostanzialmente i medesimi, pur con l'aggiunta di nuove figure professionali quali i dirigenti.

Nella nuova definizione scompare la precisazione *anche quando uno dei due* (genitori) *sia lavoratore autonomo*.

Tanto la precedente formulazione della lett. *b* quanto la nuova esprimono il medesimo intento di incentivare programmi di formazione per il reinserimento dei lavoratori dopo il periodo di congedo, precisando, però, nella nuova versione che il finanziamento è rivolto ai reinserimenti *dopo un periodo di congedo parentale o per motivi comunque legati ad esigenze di conciliazione*.

Risulta invece evidente il taglio del riferimento alla *formazione* facendo intendere che il reinserimento può essere realizzato non esclusivamente attraverso attività formative.

La lett. *c* dell'art. 9, l. n. 53/2000, che prevedeva l'incentivazione di progetti che consentivano la sostituzione del titolare di impresa o del lavoratore autonomo, che beneficiava del periodo di astensione obbligatoria o dei congedi parentali, con altro imprenditore o lavoratore autonomo è stata mantenuta nel comma 3 del nuovo art. 9, che include tra i destinatari i liberi professionisti, ma condiziona il finanziamento a esigenze più generiche («legate alla maternità o alla presenza di figli minori ovvero disabili») e ammette accanto alla sostituzione la possibilità di mera collaborazione.

Un altro elemento interessante è l'ampliamento del complesso di enti beneficiari di finanziamento che ricomprende con le nuove modifiche anche le aziende ospedaliere universitarie e i consorzi o le associazioni di imprese, ivi comprese quelle temporanee.

Infine la lett. *d* dell'art. 9 della l. n. 53/2000, nella nuova formulazione, è stata assorbita nella lett. *c* e non vi è più l'affermazione *ovvero con anziani non autosufficienti a carico*, sostituita con una più ampia e comprensiva di diverse tipologie di disabilità quale *ovvero persone affette da documentata grave infermità*.

3. Le modifiche sin qui riassunte ci suggeriscono una visione più estesa dell'attuale legislatore, attento a una società che cambia, invecchia e ha nuove esigenze assistenziali in considerazione, anche, di un lavoratore che non è solo genitore ma anche figlio o fratello di un familiare da accudire.

Come indicano i dati sul tasso di invecchiamento della popolazione, sempre maggiore è il numero di persone anziane non autosufficienti e secondo il modello familistico cui si faceva riferimento poco sopra, sono ancora prevalentemente le donne (in particolare di età superiore ai 45 anni) a prendersene cura e a dovere spesso rinunciare a opportunità lavorative (PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, MINISTERO PER LE PARI OPPORTUNITÀ, MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Italia 2020: programma di azioni per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro*, 1° dicembre 2009).

La ripartizione delle responsabilità familiari tra uomini e donne resta ancora oggi poco equilibrata e il rischio di povertà è superiore per le donne che per gli uomini, soprattutto se single, con figli a carico. Tutto ciò induce a ritenere il quadro normativo e di politiche di genere e pari opportunità ancora esigente di miglioramenti che, per accrescere la propria efficacia, dovrebbero realmente seguire un approccio integrato e trasversale a tutte le politiche pubbliche (*gender mainstreaming*).

Marina Bettoni

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Lavoro in cooperativa

2.1. Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (in  indice A-Z, voce *Lavoro in cooperativa*).

2.2. Regolamento della Commissione (CE) 6 agosto 2008, n. 800/2008 (in  indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*).

2.3. Regolamento della Commissione (CE) 2 dicembre 2002, n. 2204/2002 (in  indice A-Z, voce *Aiuti di Stato*).

(2.1. – 2.3.) Il settore della cooperazione sociale tra normativa nazionale e comunitaria

Sommario: 1. Quadro normativo di riferimento. – 2. La svolta dell'ordinamento giuridico nazionale attraverso la creazione di una nuova tipologia di impresa sociale. – 3. La tendenza europea all'ampliamento della nozione di "lavoratore svantaggiato". – 4. L'eterogeneità degli

interventi legislativi in materia e la corretta ed efficace applicazione delle norme nazionali e comunitarie.

1. Nel nostro Paese le radici della cooperazione si inseriscono nella storia politica, sociale ed economica di oltre un secolo.

Ed è proprio nel mutevole panorama di questo periodo che nasce un nuovo modo di “essere impresa” che ha saputo coniugare le sfide competitive del mercato con i concetti di solidarietà, collaborazione e democrazia sul lavoro.

La cooperazione può quindi rappresentare una strada per la realizzazione di una nuova idea imprenditoriale; una strada efficace, solida e fortemente coinvolgente. Il modello cooperativo rivela la sua efficacia sia in grandi aziende (leader nei settori della distribuzione, delle costruzioni, assicurativo/finanziario e agro-alimentare) sia in piccole imprese, diffuse su tutto il territorio nazionale e operanti nei mercati più disparati (dalla pesca all’agricoltura, dal turismo all’editoria, dallo spettacolo ai servizi sociali e sanitari, dal terziario più avanzato al manifatturiero innovativo).

L’ultimo ventennio, infatti, è stato caratterizzato da un interessante percorso legislativo, a livello sia comunitario sia nazionale, di supporto alle politiche attive del lavoro, con particolare riferimento alle persone svantaggiate.

Un’attenta analisi delle fonti di produzione del diritto in grado di dispiegare effetti nel nostro ordinamento giuridico conduce ad individuare una produzione normativa concentrata su tre linee di intervento intrecciate tra di loro: gli inserimenti lavorativi di soggetti svantaggiati (il nostro legislatore prende a modello una definizione generale ed astratta di “lavoratore svantaggiato” di matrice comunitaria, identificato come «qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro»); il ruolo del terzo settore; e, infine, gli istituti degli appalti riservati e delle clausole sociali.

Attraverso il supporto di fondi, soprattutto di origine comunitaria, si sono sviluppati progetti a sostegno dell’inserimento lavorativo e di lotta alla marginalità e alla discriminazione; tutto ciò, unitamente ai numerosi interventi del legislatore, ha contribuito a configurare un nuovo profilo di Stato sociale. Si tratta di un sistema ispirato al principio costituzionale di sussidiarietà, che si manifesta attraverso la partecipazione all’esercizio di pubbliche funzioni di soggetti sociali, quali organizzazioni di volontariato e cooperative. Questa particolare tipologia di soggetti del diritto ha, in questo modo, il compito di assicurare e garantire al singolo e alle formazioni sociali nelle quali esplica la propria personalità (innanzitutto la famiglia) una risposta ai bisogni corrispondenti ai livelli essenziali dei servizi, garantendo un certo equilibrio ed una certa reciprocità attraverso una ‘assunzione diretta di responsabilità.

Il fondamento costituzionale della sussidiarietà è stato attribuito con la l.cost. n. 3/2001 di riforma del Titolo V Cost.: il potere legislativo in materia sociale è stato attribuito in forma esclusiva alle Regioni; il nuovo art. 117 Cost., infatti, non inserisce la materia sociale nell’elenco di materie a potestà legislativa esclusiva dello Stato, quindi tale materia rientra nella potestà legislativa residuale delle Regioni.

L’idea di fondo sembra essere quella per cui la costruzione, la salvaguardia e il progresso dello Stato sociale non possono prescindere dall’integrazione delle risorse e delle responsabilità pubbliche con quelle private, in particolar modo con quelle dei soggetti *no profit*. Per realizzare questa integrazione sono necessari nuovi strumenti giuridici di tipo negoziale, in modo da rendere i soggetti *no profit* partecipi dell’esercizio delle funzioni pubbliche nei diversi momenti della programmazione, della progettazione e della gestione.

Si collocano perfettamente in questo contesto tutte le attività relative alla sperimentazione su vasta scala di iniziative a sostegno di figure di accompagnamento di soggetti in diffi-

coltà e a rischio di esclusione sociale, soprattutto attraverso la costituzione dell'impresa sociale vista come soggetto imprenditoriale che offre occupazione.

La spinta delle istituzioni comunitarie è nella direzione di affermare negli Stati membri la capacità delle cooperative di creare posti di lavoro sostenibili e di alta qualità. Le cooperative e l'economia sociale sono state progressivamente inserite nella Strategia europea per l'occupazione. Per esempio, le linee guida per i Piani di azione nazionali (PAN) per l'occupazione, sin dal 1998, hanno richiesto agli Stati membri di riferire sulle iniziative di economia sociale nell'ambito del pilastro Imprenditorialità. Le linee guida 2001 fanno esplicitamente appello agli Stati membri per «sfruttare pienamente le possibilità offerte dalla creazione di lavoro a livello locale e nell'economia sociale».

Ad oggi, i rapporti dei Paesi membri hanno indicato, in quest'area, livelli molto differenti nell'attività, l'Italia, insieme a Spagna, Irlanda e Francia, è tra i Paesi più intraprendenti, laddove in altri Stati membri non vi è una tradizione di economia sociale (il che porta a volte ad un completo fraintendimento del concetto). Le linee guida future della Commissione dovranno chiarire cos'è l'economia sociale riferendosi ai suoi elementi costitutivi (cooperative, mutue associazioni e fondazioni) presenti in tutti gli Stati membri.

In diversi Stati appartenenti all'Unione europea, molte iniziative di successo per migliorare i livelli di occupazione, soprattutto a favore di soggetti svantaggiati, hanno utilizzato appunto le idee delle cooperative e dell'economia sociale. Le istituzioni del mercato del lavoro dovrebbero essere ulteriormente incoraggiate a cercare soluzioni cooperative per i problemi dell'occupazione attraverso l'ulteriore diffusione di buone pratiche.

Imprese sociali sono, in tal modo, nate in tutti gli Stati membri, in buona parte come risposta alla crescente pressione delle strutture dello Stato sociale (*welfare State*). Esse spesso adottano la forma giuridica di cooperativa o di associazione con attività economiche. In alcuni Stati membri esistono delle leggi specifiche che regolano le imprese sociali, in particolare in quei Paesi in cui vi sono restrizioni sulle associazioni che svolgono attività commerciali. In Italia la legge sulle società cooperative, in Belgio la Società a scopo sociale (o Società cooperativa a scopo sociale), in Portogallo e Grecia le Cooperative sociali a responsabilità limitata, in Francia la Società cooperativa di interesse collettivo (SCIC). Questi nuovi quadri legali hanno lo scopo di incoraggiare l'offerta imprenditoriale e commerciale di servizi sociali ed assistenziali e di aumentare la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro, coinvolgendo le parti interessate (gruppi mirati e amministrazioni) nel processo produttivo.

2. La caratteristica comune dei tipi contrattuali destinati alle categorie svantaggiate è quella di essere lavori a basso contenuto qualitativo, a bassa o inesistente connotazione formativa e dunque a insufficiente propensione inclusiva.

Nonostante il contributo potenziale delle cooperative al perseguimento di obiettivi sociali ed occupazionali, è importante, ai fini di una loro decisiva affermazione, che esse non siano percepite semplicemente come strumenti per il mercato del lavoro (supportati dallo Stato). Le cooperative sono una forma di impresa in grado di competere in posizione di parità con le altre imprese. Incoraggiare migliori normative riguardanti gli esercizi di comparazione (*benchmarking*) delle imprese sociali sarebbe un utile strumento di scambio di buone prassi tra Stati membri.

Per quanto riguarda il nostro Paese, infatti, l'approvazione, nel 1991, della legge-quadro sul volontariato (l. n. 266/1991) e della legge sulle cooperative sociali (l. n. 381/1991) ha segnato un momento importante in netta discontinuità rispetto al passato.

La l. n. 381/1991 è stata una novità nel nostro ordinamento, in quanto ha introdotto una nuova tipologia d'impresa sociale, caratterizzata, al contempo, da una natura pubblicistica per quanto riguarda gli scopi e privatistica per quanto concerne la forma organizzativa. Questa nuova "impresa sociale" presenta una sorta di inversione speculare tra i fini, da una parte, e i vincoli e le opportunità dall'altra, rispetto all'impresa ordinaria: non è più lo

scopo della crescita economica, ma il miglioramento del benessere sociale, seppur attraverso una gestione efficiente ed un utilizzo razionale delle risorse. Si delinea, così, un nuovo concetto di cooperativa: non più con il solo scopo di creare benefici ai partecipanti, ma all'intera collettività.

La disciplina delle cooperative sociali fornisce, all'art. 1, una nozione generale di "impresa sociale", specificando che si tratta di particolari organizzazioni che, rispetto alle altre forme d'impresa, hanno la caratteristica peculiare di «[...] perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini» (art. 1, l. n. 381/1991).

Creare un'impresa sociale significa, infatti, adottare un modello imprenditoriale particolare: da una parte si genera ricchezza e quindi si determina lo sviluppo economico e produttivo della comunità di appartenenza; dall'altra, si è attori attivi nella costruzione di un welfare di sviluppo, in cui il cittadino diventa parte attiva e soggetto proponente e non più semplice utente di servizi erogati ed organizzati dall'ente pubblico.

La legge italiana individua due tipi organizzativi per perseguire lo scopo sociale.

Nella prima tipologia rientrano le cosiddette cooperative di "tipo A", destinate ad occuparsi della gestione di servizi socio-sanitari ed educativi. La caratteristica, almeno a livello formale, di questa tipologia di ente è da ricercarsi nella possibilità di operare anche nel campo dell'educazione e non solo in quello dei servizi sociali o sanitari. Inoltre, essendo previsto all'art. 10 della legge, la possibilità di integrare nella compagine sociale professionalità specialistiche, quali ad esempio medici, psicologi e psicoterapeuti se ne ricava come essa dovrebbe essere, oggi, in grado di offrire servizi integrati sia per aree di intervento sia per professionalità impiegate.

Nella seconda tipologia si collocano le cosiddette cooperative di "tipo B", destinate allo svolgimento di attività produttive finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. L'innovazione introdotta dalla legge, in riferimento alle cooperative sociali di "tipo B", era rappresentata dalla possibilità dell'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati (disabili, tossicodipendenti, ex detenuti, ecc.).

Le cooperative sociali di tipo B, sono particolari imprese sociali che svolgono attività eterogenee (agricole, industriali, commerciali o di servizi) finalizzate all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati.

Tali cooperative inoltre dovrebbero rappresentare uno strumento di mediazione fondamentale volto a favorire l'accesso al lavoro delle fasce deboli, gestendo veri e propri processi produttivi che creano valore economico. Queste cooperative, almeno a livello normativo, non mirano soltanto alla creazione di posti di lavoro protetti per soggetti deboli, quanto piuttosto alla creazione di nuove imprese, competitive e competenti sul mercato, che occupino e formino questi soggetti, dando una risposta permanente alle loro necessità lavorative, contribuendo ad eliminare forme di precariato tipiche cui sono esposte tali categorie. Da ciò emerge l'utilità di questa tipologia di persone giuridiche che dovrebbero essere in grado di intervenire a sostegno immediato del singolo lavoratore svantaggiato e, al contempo, di creare un effetto positivo, nel lungo periodo, per il sistema economico, lavorativo e sociale dell'intero Paese. In realtà nel nostro ordinamento giuridico tutto ciò è rimasto ad un mero livello legislativo poiché anche nell'ambito della riforma del mercato del lavoro italiano, il cui decollo lento e accidentato consente di individuare gradualmente lacune e limiti, non sembra essere chiaro il quadro di insieme e la categoria di "lavoro svantaggiato" appare ancora lontana da una collocazione sistematica che mostri un qualche grado di tenuta. Le persone svantaggiate devono costituire almeno il 30% dei lavoratori della cooperativa e devono appartenere ad una delle categorie, esplicitate nella l. n. 381/1991 all'art. 4 («si considerano persone svantaggiate gli invalidi fisici, psichici e sensoriali; gli ex degenti di istituti psichiatrici; i soggetti in trattamento psichiatrico; i tossicodipendenti; gli alcolisti; i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiari; i

condannati ammessi ad alcune misure alternative di detenzione [...]; soggetti indicati con eventuale decreto del Presidente del Consiglio»).

Oltre a questa nozione di “lavoratore svantaggiato” data dalla legge speciale in materia di cooperative sociali è indispensabile tenere in considerazione la definizione presente all’art. 2 del d.lgs. n. 276/2003, dove viene considerato lavoratore svantaggiato «qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi dell’articolo 2, lettera f) del Regolamento CE n. 2204/2002, nonché ai sensi dell’art. 4 comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381».

A questo proposito è indispensabile esaminare quanto statuito dal regolamento CE n. 2204/2002 in relazione alla categoria di “lavoratore svantaggiato”: da un’analisi della fonte normativa comunitaria di riferimento emerge un ampliamento della stessa categoria poiché arriva a comprendere «qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro». Il legislatore comunitario poi, per essere più preciso, indica una serie di criteri di ausilio per l’individuazione di questa categoria di lavoratori («qualsiasi giovane che abbia meno di 25 anni o che abbia completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e che non abbia ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente; qualsiasi lavoratore migrante che si sposti o si sia spostato all’interno della Comunità o divenga residente nella Comunità per assumervi un lavoro; qualsiasi persona appartenente ad una minoranza etnica di uno Stato membro che debba migliorare le sue conoscenze linguistiche, la sua formazione professionale o la sua esperienza lavorativa per incrementare le possibilità di ottenere un’occupazione stabile; qualsiasi persona che desideri intraprendere o riprendere un’attività lavorativa e che non abbia lavorato, né seguito corsi di formazione, per almeno due anni, in particolare qualsiasi persona che abbia lasciato il lavoro per la difficoltà di conciliare vita lavorativa e vita familiare; qualsiasi persona adulta che viva sola con uno o più figli a carico; qualsiasi persona priva di un titolo di studio di livello secondario superiore o equivalente, priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; qualsiasi persona con più di 50 anni priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; qualsiasi disoccupato di lungo periodo, ossia una persona senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti, o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni; qualsiasi persona riconosciuta come affetta, al momento o in passato, da una dipendenza ai sensi della legislazione nazionale; qualsiasi persona che non abbia ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente da quando è stata sottoposta a una pena detentiva o a un’altra sanzione penale; qualsiasi donna di un’area geografica al livello NUTS II nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell’area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti»).

Il regolamento CE appena richiamato, nell’individuare le persone che sono considerate svantaggiate, adotta, pertanto, alcuni criteri che consentono di considerare tali una diversa e variegata tipologia di soggetti che va molto oltre quelle che sono le previsioni dell’art. 4 della l. n. 381/1991. Questa interpretazione estensiva del campo di applicazione della normativa in materia di cooperative sociali è assolutamente legittima, data la caratteristica ontologica dei regolamenti comunitari di essere direttamente vincolanti per gli Stati membri. Inoltre, nella materia in questione, a rafforzare l’applicabilità del regolamento in considerazione vi è il dato per cui quest’ultimo è direttamente richiamato da un atto normativo nazionale, ovvero il d.lgs. n. 276/2003, che ha l’obiettivo di rendere più flessibile il mercato del lavoro, migliorandone l’efficienza, sostenendo politiche attive per il lavoro e favorendo la diminuzione del tasso di disoccupazione.

Il legislatore comunitario ha volutamente distinto il lavoratore svantaggiato dal lavoratore disabile, nell’ottica di una diversa meritevolezza e tipologia di protezione “dal” e “nel”

mercato, mentre il d.lgs. n. 276 ha preferito includere la seconda fattispecie nella prima, salvo poi operare nuovamente la separazione in altre parti del testo.

Più denso di problematiche appare il riferimento alla l. n. 381/1991, poiché è introdotto, innanzitutto, un criterio (quale quello della condizione familiare del minore in età lavorativa) suscettibile di valutazione in concreto, pertanto in contrasto agli altri parametri ancorati, invece, a dati di rilevanza obiettivi.

Inoltre nella l. n. 381/1991 è presente un ulteriore meccanismo di rinvio che abilita una fonte secondaria (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri) ad individuare nuovi indici di svantaggio sociale, e dunque ad ampliare ulteriormente la categoria.

Questo sistema di rinvii e di implementazioni costituisce il presupposto per una possibile costante rivisitazione della portata della nozione di “svantaggio” poiché, di volta in volta, la contrattazione collettiva, le Regioni, le fonti secondarie possono dilatare il campo di applicazione delle singole discipline così da creare una pluralità di tipologie di lavoratore svantaggiato.

3. La Commissione europea ha, dunque, adottato, il 6 novembre 2002, un regolamento che, come evidenziato, oltre ad ampliare la categoria di “lavoratore svantaggiato” (destinatario di numerosi interventi legislativi sia nazionali sia comunitari) statuisce anche in materia di “aiuti all’occupazione”, ai fini di una facilitazione delle iniziative degli Stati membri per la creazione di nuova occupazione. In base al nuovo regolamento gli Stati membri potranno concedere aiuti alla creazione di nuovi posti di lavoro e all’assunzione di lavoratori svantaggiati e disabili, senza dover chiedere l’autorizzazione preventiva della Commissione. Per i disoccupati di lunga durata e per gli altri lavoratori svantaggiati, gli Stati membri potranno sostenere fino al 50% dei costi salariali e dei contributi sociali obbligatori di un anno. Nel caso dei disabili, gli Stati membri potranno coprire fino al 75% di tali costi. Il nuovo regolamento lascia impregiudicati altri tipi di aiuti a favore dell’occupazione, che dovranno tuttavia essere notificati ed esaminati dalla Commissione caso per caso.

Questo regolamento, perciò, mira a consentire un’attuazione più rapida delle misure adottate dagli Stati membri per creare nuova occupazione. Non sarà più necessario notificare alla Commissione tutte le misure adottate che soddisfano le condizioni previste dal legislatore comunitario. Il regolamento è in linea con l’invito rivolto agli Stati membri a ridurre le sovvenzioni alle singole imprese, che comportano un rischio maggiore di distorsione della concorrenza. È necessario privilegiare altri tipi di finanziamento quali gli aiuti generali a favore dell’occupazione e del capitale di rischio, che non sono destinati a singole aziende. Questo regolamento realizza il giusto equilibrio, in base ai “principi di Lisbona” (in occasione del Consiglio europeo di Lisbona, nel marzo 2000, i capi di Stato o di governo hanno avviato una strategia detta “di Lisbona” con lo scopo di fare dell’Unione europea l’economia più competitiva del mondo e di pervenire alla piena occupazione entro il 2010), tra la creazione di pari condizioni di concorrenza tra imprese e la concessione di incentivi reali per inserire sul mercato del lavoro comunitario le categorie problematiche, quali i disoccupati di lunga durata, i disoccupati giovani e quelli più anziani.

Da alcuni anni, la cooperazione sociale inserisce nel mercato del lavoro circa il 50% dei soggetti svantaggiati intesi nell’ottica allargata della legislazione europea. In tale contesto si inserisce il concetto di “appalto riservato” che nasce dalla direttiva europea n. 2004/18/CE il cui art. 28 fa emergere con chiarezza che l’occupazione e le condizioni di lavoro costituiscono elementi in grado di garantire pari opportunità a tutti e contribuiscono alla integrazione, attraverso la costruzione di *laboratori protetti* e di *programmi di lavoro protetto* nel comparto sociale. Nell’ambito delle politiche attive del lavoro i *laboratori protetti* ed i *programmi di lavoro protetti*, pertanto, sono intesi a promuovere l’integrazione dei soggetti svantaggiati nel mercato delle politiche attive. In Italia, man-

cando una precisa indicazione normativa, la tendenza è quella di prendere in considerazione, per questo tipo di iniziative, la sola categoria dei disabili, dando, così, un'interpretazione restrittiva e non conforme ai parametri europei, del concetto di "soggetto svantaggiato", con l'inevitabile conseguenza di non rispondere alle esigenze del mercato del lavoro dettate dal cambiamento e dal continuo ampliamento delle figure sociali rappresentative del disagio odierno.

In questo senso è importante analizzare il sistema delle procedure di affidamento di servizi sociali in relazione a progetti di inserimento lavorativo gestiti da imprese sociali volti ad una platea di destinatari che rientrano nelle aree di svantaggio sociale.

La sopra citata direttiva europea n. 2004/18/CE è stata parzialmente recepita nel panorama nazionale attraverso il d.lgs. n. 163/2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE*). Nell'ambito della normativa nazionale rileva quanto sancito dall'art. 52 del citato decreto, in base al quale, fatte salve le norme vigenti sulle cooperative ed imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione, in relazione a singoli appalti o in considerazione al loro oggetto, a "laboratori protetti", nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di "lavoro protetto", nel caso in cui la maggioranza di lavoratori sia composta da disabili, i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Con l'art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 il legislatore ha inteso, di conseguenza, perseguire le esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo, introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, nel caso dell'art. 52, attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi esclusivamente concorrenziali.

Pertanto nell'art. 52 (recependo l'art. 19 della direttiva n. 2004/18 e l'art. 28 della direttiva n. 2004/17) il legislatore nazionale istituisce gli appalti riservati che individuano una riserva di aggiudicazione a favore del settore dell'handicap e dello svantaggio socio-sanitario.

La norma appena citata va letta in combinato disposto con il successivo art. 69, il quale stabilisce che le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto purché siano compatibili con il diritto comunitario (in particolare modo con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità) e purché siano precisate nel bando di gara o, nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolo oneri.

La costituzione della riserva di aggiudicazione degli appalti ai "laboratori protetti" o all'esecuzione di "programmi di lavoro protetti" introduce le due nuove fattispecie citate, senza però darne la corrispondente definizione giuridica. Per tale motivo, mentre per quanto attiene ai primi occorre ricercare strutture operative o forme giuridiche che possano qualificarsi come "laboratori protetti", per quanto attiene ai secondi si deve invece individuare una organizzazione o modalità di esecuzione capaci di garantire uno svolgimento del lavoro che consenta la partecipazione di soggetti disabili o svantaggiati.

Non esistendo nella legislazione italiana una definizione o una classificazione giuridica di "laboratorio protetto" o di esecuzione di "programmi di lavoro protetti", è interessante rilevare come lo spirito della disposizione comunitaria e dell'art. 52 della norma italiana sia stato nei fatti anticipato da alcune leggi regionali, fra le quali la l.r. Lazio 27 giugno

1996, n. 24, che all'art. 13, comma 3, e all'art. 9, comma 5, esplicitano la volontà di favorire l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. A tale scopo l'amministrazione regionale e quella degli enti da questa dipendenti riservano annualmente una quota dell'affidamento dei lavori concernenti la manutenzione ordinaria e straordinaria, nonché per l'acquisizione di beni e servizi, alle cooperative sociali di cui all'art. 2, comma 1, lett. b, e loro consorzi.

Come si può verificare, la norma regionale ammette la possibilità di indire gare di appalto riservate senza riferimento ad alcuna soglia ponendosi perfettamente in linea con quanto previsto dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

Più precisamente la riserva evidenziata nella legge regionale a favore delle cooperative sociali corrisponde a quella evidenziata nella norma sugli appalti (art. 52) a favore dei laboratori protetti.

Nell'ordinamento giuridico nazionale le cooperative sociali di inserimento lavorativo così come previste dal legislatore comunitario sono state recepite, pertanto, solo a livello locale e solo in riferimento alla categoria dei soggetti disabili. Altri esempi sono dati dalle iniziative legislative nel Comune di Torino, nella Regione Veneto e nella Regione Friuli Venezia Giulia. Sin da subito è emersa la gran difficoltà di applicare la normativa di riferimento agli enti pubblici e ciò in ragione delle difficoltà interpretative di norme nazionali che hanno recepito in modo testuale e acritico le direttive n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, senza dare un corretto adeguamento e coordinamento con il contesto legislativo di riferimento e soprattutto con la l. n. 381/1991 di disciplina delle cooperative sociali di inserimento lavorativo.

È importante sottolineare ancora che le cooperative sociali, disciplinate dal legislatore del 1991, e i "laboratori protetti", introdotti nel nostro ordinamento giuridico con il d.lgs. n. 163/2006, non coincidono perfettamente seppure abbiano in comune il medesimo scopo del perseguimento di fini sociali. Questa asimmetria è dovuta al fatto che le caratteristiche strutturali del "laboratorio protetto", non corrispondono a quelle normativamente previste in capo alle cooperative sociali, sia per quanto riguarda le persone individuate (la norma del 1991 fa riferimento, infatti, a *sogetti svantaggiati* e non a *disabili*), sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone (il legislatore del 2006 indica il 50%, mentre quello del 1991 il 30%).

La normativa sia comunitaria sia nazionale sancisce la possibilità di riservare la partecipazione ai bandi di gara ai "laboratori protetti", ovvero ad un soggetto istituzionale che normativamente in Italia non esiste (molti esperti del settore ritengono addirittura che sia stato ampiamente superato dalla cooperazione sociale), a differenza di quanto accade in altri Paesi europei in cui l'espressione comunitaria di "laboratorio protetto" è stata recepita a livello nazionale attraverso l'istituzione dei "laboratori riabilitativi" e "semiproduttivi".

Considerato tutto quanto appena illustrato, si può cercare una soluzione a livello di ermeneutica per colmare una lacuna lasciata dal legislatore; riprendendo la definizione di "impresa sociale" data dalla legislazione italiana del 1991 e considerando altresì che può qualificarsi, in via interpretativa, come "impresa sociale" qualunque organizzazione privata che eserciti in via stabile e principale una attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni o servizi di utilità sociale, si può osservare come in tale schema, attraverso un'interpretazione teleologica, possa rientrare pienamente il concetto di "laboratorio protetto" individuato dalla norma europea.

In Italia sono le già citate cooperative sociali di tipo B le sole imprese che, nel momento in cui perseguono gli stessi obiettivi di inserimento lavorativo previsti nel modello legale che le disciplina (l. n. 381/1991), si potrebbero dimostrare il solo strumento efficace di politica attiva del lavoro. Nel nostro paese risulta fortemente penalizzata, a causa di una carenza di chiarezza e certezza a livello normativo, l'innovazione e l'assoluta originalità

di una forma imprenditoriale che ha una capacità di inserimento lavorativo di persone svantaggiate 20 volte superiore rispetto agli altri operatori economici. Una recente indagine Istat ha rilevato che nel corso del 2008 le persone svantaggiate presenti in cooperative sociali di tipo B si attestavano intorno al 28,1% in più rispetto al 2005 e la percentuale di soggetti svantaggiati presenti in cooperativa rispetto al personale regolarmente retribuito si attestava mediamente, su scala nazionale, al 60%, quindi ben al di sopra del limite minimo del 30% di cui alla l. n. 381/1991. Le indagini statistiche rilevano, inoltre, che rispetto alle tipologie di soggetti svantaggiati, le categorie più numerose sono nell'ordine quelle dei disabili, tossicodipendenti, pazienti psichiatrici, detenuti. Inoltre, oltre a queste categorie, è presente tra gli occupati una ulteriore quota del 27% di soggetti che rientrano nella definizione di persone con difficoltà ad entrare senza assistenza nel mercato del lavoro, secondo quanto previsto dal già citato regolamento europeo n. 2204/2002, ovvero lavoratori provenienti da situazione di disoccupazione di lungo periodo, lavoratori adulti che hanno perso l'occupazione, madri sole con figli, immigrati.

Quindi sebbene, a livello normativo, non ci sia perfetta coincidenza tra le nazionali *cooperative sociali di tipo b* e i comunitari *laboratori protetti*, nella prassi, attraverso il già evidenziato criterio interpretativo di tipo teleologico, si giunge ad accreditare le prime quali *laboratori protetti* per potersi avvalere della riserva di cui all'art. 52, a condizione che dimostrino in sede di partecipazione alla gara la presenza del 50% di lavoratori disabili.

Ciò significa che, per ottenere risultati davvero positivi per il mercato del lavoro, non ci si può fermare al dato letterale ed escludere aprioristicamente che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lett. b, della l. n. 381/1991 e s.m.i. possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma anzi, data anche l'autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, possono accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati.

È facile allora giungere alla ulteriore ed immediata conclusione per la quale, in assenza di una qualunque diversa definizione legislativa, le disposizioni riguardanti il "laboratorio protetto" si dovrebbero applicare teoricamente a tutte le forme di impresa sociale, ma nel concreto riservano principalmente alle cooperative sociali di tipo B (che rappresentano la forma più evoluta dell'impresa sociale) la possibilità di attuazione della nuova previsione legislativa.

È infatti necessario rilevare come una recente ed autorevole giurisprudenza (TAR Piemonte, sez. II, 31 marzo 2006, n. 1604; TAR Campania – Napoli, sez. I, 21 marzo 2006, n. 3109; TAR Emilia Romagna, sez. II, 14 giugno 2005, n. 822; TAR Piemonte, sez. II, 15 aprile 2005, n. 1043) abbia escluso che altre tipologie di soggetti del terzo settore, quali le associazioni di volontariato, possano partecipare a gare di appalto per servizi pubblici ed essere aggiudicatari dei corrispondenti lavori, ancorché riservati, in quanto mancanti di quella forza lavoro stabile che è in grado di garantire la corretta e completa realizzazione delle opere appaltate.

In questo senso la partecipazione alla gara è riservata a tutte le organizzazioni, associazioni, società cooperative, dotate di un complesso stabile ed organizzato di forza lavoro, che si avvalgono, ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili.

Nella partecipazione a gare riservate ai laboratori o ai programmi di lavoro protetto l'unico principio al quale si può derogare per il perseguimento di obiettivi di tipo sociale è quello di economicità. Tutti gli altri principi alla base del Codice degli appalti (trasparenza, *par condicio*, ecc.) devono, pertanto, trovare applicazione. In particolare è necessario il rispetto dei principi di *affidabilità morale e professionale* dell'operatore economico e di *qualità della commessa*. Inoltre, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le

stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del *principio di proporzionalità* che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche, sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva.

Il settore della cooperazione sociale in questione per poter operare efficacemente necessita di una corretta applicazione del già citato principio costituzionale di sussidiarietà (art. 118 Cost.) il quale stabilisce che le attività amministrative dovrebbero essere svolte dall'entità territoriale amministrativa più vicina ai cittadini (i comuni), e che può essere delegata ai livelli amministrativi territoriali superiori (Regioni, Province, Aree metropolitane, Comunità montane ed isolate) solo se questi possono rendere il servizio in maniera più efficace ed efficiente. Si parla di *sussidiarietà verticale* quando i bisogni dei cittadini sono soddisfatti dall'azione degli enti amministrativi pubblici, e di *sussidiarietà orizzontale* quando tali bisogni sono soddisfatti dai cittadini stessi, magari in forma associata e/o volontaristica. In questo senso l'innovazione, nel settore in esame, deve essere fatta emergere non dall'alto ma dal basso. Sarà quindi fondamentale, a livello organizzativo regionale e locale, sperimentare modalità di affidamento di servizi autenticamente basati sul principio di sussidiarietà orizzontale che valorizzino la capacità della cooperazione sociale di cogliere nuovi bisogni e di innovare le proposte.

La riserva, sancita a livello comunitario e recepita dal legislatore nazionale, a favore dei "programmi di lavoro protetto", è basata essenzialmente sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego di una maggioranza di lavoratori disabili. Ai fini di un corretto perseguimento di tale obiettivo è necessario diffondere una "cultura della cooperazione sociale", prendendo come punto di partenza la necessità di fare chiarezza cercando di integrare coerentemente il dato normativo comunitario a quello nazionale. Regna, infatti, una grande confusione terminologica. L'introduzione di espressioni quali "laboratorio protetto" e "programmi di lavoro protetti", inesistenti nel contesto giuridico normativo italiano, dipendono dal fatto che con tali termini si fa riferimento a quanto è previsto nell'ambito della normativa comunitaria: si tratta di una traduzione letterale, priva di uno specifico riferimento nell'ambito del contesto legislativo del nostro Paese.

In sostanza, la disciplina comunitaria sui "laboratori protetti" dovrebbe essere vista, a livello nazionale, come uno strumento che conferisce la possibilità anche alle cooperative sociali più piccole di investire in percorsi di inserimento lavorativo, basati sulla stabilità occupazionale e sulla completa inclusione sociale. È necessario che le Regioni, nell'ambito delle loro competenze individuate, attraverso l'applicazione del principio di sussidiarietà, facciano un passo in avanti puntando sul lavoro e non semplicemente sul servizio ed utilizzando le cooperative sociali di tipo B come soggetti protagonisti di questa iniziativa.

Inoltre le criticità presenti nelle strutture normative relative alla disabilità e allo svantaggio che emergono dall'analisi dei contenuti e degli obiettivi della legislazione nazionale (integrazione e coesione sociale e inclusione lavorativa) e di quella comunitaria (massima occupazione per le persone in età lavorativa) consentono di sottolineare le ambiguità presenti nelle intersezioni delle diverse previsioni di legge. Ad esempio, dopo che il regolamento europeo n. 800/2008 in materia di aiuti pubblici ha giustificato l'adozione di misure dirette ad incentivare i livelli occupazionali in particolare a beneficio dei lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati (elencandone le categorie), è inevitabile chiedersi come valutare le diverse difficoltà di accesso al lavoro, soprattutto nella definizione della graduazione di priorità in un ambito che, sommato lo svantaggio di ieri a quello di oggi, è divenuto davvero molto vasto.

In altre parole il sopra citato regolamento europeo n. 800/2008 del 6 agosto 2008 dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87

e 88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria): nella Sezione 9 parla di «aiuti in favore dei lavoratori svantaggiati e disabili»; all'articolo 40 fa riferimento agli aiuti per l'assunzione dei lavoratori svantaggiati sotto forma di integrazioni salariali; all'articolo 41, invece, fa riferimento agli aiuti all'occupazione di lavoratori disabili sotto forma di integrazioni salariali. Questo ulteriore intervento del legislatore comunitario non aiuta nella realizzazione di una lettura sistematica e coerente dei diversi interventi normativi, anzi l'incertezza sembra essere accentuata.

Peraltro, è opportuno tenere presente che l'art. 43 del Capo II del suddetto regolamento del 2008 stabilisce che i riferimenti al regolamento abrogato e ai regolamenti (CE) n. 68/2001, (CE) n. 70/2001 e (CE) n. 2204/2002 si intendono fatti al presente regolamento: si tratta di un mero suggerimento di carattere formale dato dal legislatore ma assolutamente privo di carattere risolutorio a livello applicativo.

4. Il problema di fondo è che l'applicazione della normativa in materia di cooperazione sociale continua ad essere troppo differenziata e a non avere un unico orientamento nazionale; questo porta a rimanere sempre ancorati sulle stesse problematiche di fondo, quali la reale portata del concetto di "svantaggio" e la necessità o meno di implementare le leggi sull'impresa e sulla cooperazione sociale.

La cooperazione sociale attualmente inserisce circa il 50% dei soggetti svantaggiati, per cui sembrano ormai maturi i tempi per una riforma della l. n. 381/1991; uno dei problemi di fondo è che lo strumento delle convenzioni e la l. n. 68/1999 sul collocamento obbligatorio hanno relegato la cooperazione alla semplice funzione di assistenza sociale pubblica. Si è, quindi, reso necessario guardare ad un nuovo ruolo della cooperazione sociale all'interno delle politiche attive del lavoro.

Nei Paesi europei caratterizzati, almeno fino agli anni Ottanta, da sistemi di welfare pubblici molto sviluppati, al settore della cooperazione sociale era riconosciuto quasi esclusivamente il ruolo di tutela e promozione, mentre era considerato irrilevante il suo contributo sia alla redistribuzione del reddito che alla produzione di servizi di utilità sociale. Nei Paesi in cui quest'ultima era, almeno parzialmente riconosciuta (come Germania, Francia, Olanda, Irlanda), le cooperative sociali, pur diffuse, si caratterizzavano per una limitata autonomia decisionale e un'elevata dipendenza dai finanziamenti pubblici. Questo assetto istituzionale, come già parzialmente sottolineato, si è venuto modificando a partire dagli anni Ottanta. La crescita della domanda di servizi di utilità sociale e la sua sempre più marcata differenziazione, da una parte, e la crisi fiscale dei sistemi di welfare, dall'altra, hanno aperto spazi crescenti per lo sviluppo di forme di cooperazione orientate alla produzione di servizi di utilità sociale, più autonome dalla pubblica amministrazione di quelle preesistenti, soprattutto nella individuazione dei servizi da produrre e nelle modalità di realizzazione. Non si tratta semplicemente di tipologie organizzative identificate solo, o prevalentemente, dall'obbligo di non distribuire utili, questa caratteristica non è sufficiente a coglierne le specificità. Per sottolinearne, rispetto alle altre organizzazioni appartenenti al settore, la natura imprenditoriale e la finalità produttiva, si è diffuso l'utilizzo del concetto di "impresa sociale" o "impresa a finalità sociale". Con esso si vogliono individuare quelle organizzazioni la cui caratteristica principale non è costituita dall'essere vincolate nella distribuzione di utili ai proprietari, ma quella di combinare una natura imprenditoriale con la produzione di un servizio a favore della comunità, con connotati anche di volontarietà, autonomia e propensione al rischio ed all'innovazione.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di gestione dell'organizzazione, le imprese sociali sono generalmente caratterizzate da processi decisionali democratici volti a favorire quanto più possibile la partecipazione dei soci ed ad incorporare, nelle dinamiche decisionali, le istanze dei diversi *stakeholders*. Da queste caratteristiche consegue che le imprese sociali possono generalmente contare, a differenza delle imprese *for-profit*, su un insieme di risorse di diversa provenienza e con costi di reperimento assai diversi, di nor-

ma inferiori a quelli delle altre tipologie organizzative. Al finanziamento dell'attività attraverso la vendita di servizi di utilità sociale o di altri beni e servizi si affiancano, infatti, sussidi e risorse non commerciali di provenienza pubblica e donazioni private. Il costo del capitale e, soprattutto, il costo del lavoro risultano, inoltre, generalmente inferiori a quelli delle tipologie organizzative concorrenti (sia pubbliche che *for-profit*), anche perché le imprese sociali possono contare su apporti di capitale per il quale non è richiesta remunerazione e sul lavoro volontario.

La "cultura della cooperazione sociale" che, come già sottolineato, deve essere diffusa nel nostro Paese deve basarsi proprio sul chiarimento della portata della cooperazione sociale nell'ambito delle politiche attive del lavoro, attraverso una razionalizzazione, a livello interpretativo, della normativa, nazionale e comunitaria, attualmente produttiva di effetti nell'ambito del nostro ordinamento giuridico.

Emanuela Durante

Collaboratrice al Dipartimento di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Genova

3. Lavoro pubblico

3.1. C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a 380/07, *K. Angelidaki, et. Alii* (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

3.2. C. Giust. 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adeneler* (in  indice A-Z, voce *Lavoro a termine*).

3.3. Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (in  indice A-Z, voce *Lavoro a termine*).

(3.1. – 3.3.) I contratti a termine nel pubblico impiego

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La tutela risarcitoria nell'ordinamento comunitario. – **2.1.** *Segue:* la tutela risarcitoria nell'ordinamento nazionale. – **2.2.** Dubbi di costituzionalità della tutela risarcitoria per i lavoratori a termine nel pubblico impiego. – **2.3.** Adeguatezza ed effettività della tutela risarcitoria. – **3.** I procedimenti di sanatoria. – **3.1.** Le leggi di sanatoria delle regioni.

1. Il tema del pubblico impiego si recentemente è arricchito di nuovi spunti attinenti al lavoro flessibile. La portata del fenomeno nella pubblica amministrazione ha palesato l'uso illegittimo di alcune tipologie contrattuali ed ha generato delle criticità che non hanno trovato un efficace riscontro negli attuali strumenti normativi, dimostratisi inadeguati rispetto alla portata del problema ed inefficaci per effettuare una valida azione preventiva. Tra i vari argomenti che caratterizzano tali criticità due temi appaiono particolarmente significativi e meritevoli di specifico approfondimento: la tutela risarcitoria, che rappresenta un elemento costante della regolamentazione del rapporto di lavoro a termine nella PA, i procedimenti di sanatoria dei precari che caratterizzano l'attuale crisi del pubblico impiego.

2. L'istituto del risarcimento è stato alquanto dibattuto e deve essere esaminato sia sotto l'aspetto della legittimità avuto riguardo ai principi ed alle norme del nostro ordinamento che dell'adeguatezza rispetto al fine da raggiungere.

Con la direttiva n. 99/70 la Comunità europea ha recepito ed attuato l'accordo quadro siglato dagli organismi rappresentanti delle parti sociali a livello continentale, CES, UNICE e CEEP, in merito all'utilizzo del lavoro a termine (ai sensi dell'art. 139, paragrafo 2, del trattato dell'Unione, le parti sociali possono chiedere congiuntamente che gli accordi a livello comunitario siano attuati da una decisione del Consiglio su proposta della Commissione). La portata precettiva dell'accordo risulta circoscritta ai due obiettivi enunciati nella clausola 1: a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato. Con riferimento, specificatamente, al secondo di questi obiettivi, la clausola 5 del medesimo accordo prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di introdurre, in assenza di norme equivalenti e tenendo conto della particolarità dei diversi settori interessati, delle disposizioni di legge atte a prevenire gli abusi.

Più di uno Stato membro, alla luce dell'assenza di una disposizione chiara a livello legislativo, ha avuto perplessità e dubbi interpretativi in merito alla esatta individuazione della forza vincolante ed all'ambito di operatività del disposto sanzionatorio.

La Corte di Giustizia, pertanto, è stata interpellata più volte, in questo ultimo lustro, al fine di esprimere un parere sulla compatibilità tra la direttiva comunitaria n. 70/1999 ed i vari ordinamenti dei Paesi membri che non hanno applicato *tout court* la regola della conversione automatica in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato che siano stati instaurati, proseguiti, prorogati o rinnovati in modo illegittimo.

L'attuale orientamento del Giudice europeo, che ormai può dirsi consolidato, è stato esternato per la prima volta con la pronuncia emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia il 4 luglio 2006 relativa al procedimento C-212/04 (*Adeneler ed altri c. Ellinikos Organismos Galaktos*).

La pronuncia, per i profili qui di interesse, stabilisce che l'accordo quadro e la direttiva che lo ha trasposto non presentano alcuna disposizione o indicazione che consenta di escluderne l'applicabilità al settore del pubblico impiego (tale interpretazione è supportata dal fatto che il disposto della direttiva non opera alcun tipo di distinzione tra i datori di lavoro che possono stipulare i contratti a tempo determinato, anzi il campo di applicazione viene inteso in senso molto ampio poiché riferito a «i lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro»), nonché l'assenza di un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato che non risultino rispettosi dei limiti posti alla loro utilizzazione. Tuttavia, prosegue la Corte, l'assenza di una sanzione specifica nella direttiva obbliga le competenti autorità nazionali ad adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da *a* a *c*, dirette a prevenire in misura funzionale ed efficace l'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, nonché misure sanzionatorie adeguate ed idonee al fine di garantire l'efficacia pratica della direttiva in oggetto.

La sentenza, pertanto, evidenzia una forte autonomia degli ordinamenti dei paesi membri nel recepire la direttiva, stabilendo che l'inadempimento dello Stato membro può riscontrarsi solo nella totale assenza di misure dissuasive e sanzionatorie, come nel caso della Grecia, o nella loro inadeguatezza ed insufficienza rispetto allo scopo dissuasivo a cui devono essere preposte, delegando al giudice nazionale la verifica della proporzionalità e dell'effettività del loro potere dissuasivo e repressivo (il rinvio al giudice nazionale è ri-

badito come necessario anche nella sentenza C. Giust. 15 aprile 2006, causa C-286/06, *Impact ed altri*, in cui è specificato che, in presenza di una norma interna attuativa della direttiva comunitaria non è possibile l'applicazione diretta di quest'ultima per quanto dettagliata). Nel caso in cui quest'ultimo non riscontri tali caratteristiche, pur essendo presenti norme sanzionatorie, lo Stato membro potrà considerarsi inadempiente.

2.1. Nell'ordinamento italiano il problema dell'aspetto sanzionatorio si pone segnatamente per il contrasto tra la norma speciale prevista per il pubblico impiego e la norma generale per l'impiego privato che, secondo la comune impostazione, dovrebbe essere applicata anche nel settore pubblico.

La differenza sussisteva anche in precedenza ma oggi si è fatta più stridente, in primo luogo perché la direttiva europea in materia non prevede alcun tipo di differenza di disciplina tra datore di lavoro privato e pubblico, in secondo luogo perché il testo del d.lgs. n. 368/2001, con cui la direttiva n. 70/99 è stata recepita, dispone una abrogazione piena delle norme con esso contrastanti.

Seguendo un primo orientamento, maggiormente aderente al testo normativo ed alle disposizioni preliminari al codice civile, le norme speciali rimarrebbero in vigore solo se compatibili ovvero se chiaramente richiamate (l'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile prevede esplicitamente che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»). Per l'effetto si produrrebbe una abrogazione ad ampio raggio che porrebbe in secondo piano la specialità della norma abrogata e creerebbe, peraltro, un contrasto con il noto brocardo "*lex posteriori generalis non derogat priori speciali*".

Un secondo orientamento, invece, vede proprio nell'operatività del brocardo citato il presupposto della permanenza in vigore della norma derogatoria. Questa tesi sarebbe supportata dal fatto che le due leggi sono cronologicamente troppo vicine per ipotizzare che il legislatore non abbia considerato un effetto abrogativo così ampio e di tale rilevanza pratica, lasciandolo al semplice esercizio esegetico dell'interprete quando invece necessita di una chiara indicazione in tal senso, così come accaduto per i disposti normativi singolarmente richiamati in fase di abrogazione (così il testo dell'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 «Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo»).

Tale ultimo indirizzo è stato fatto proprio dalla giurisprudenza, che ha ritenuto valida e vigente la norma imperativa derogatoria, sancendo definitivamente l'impossibilità di costituire rapporti di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione in caso di violazione delle norme relative all'assunzione o all'impiego dei lavoratori a termine da parte delle medesime (Cass. 22 agosto 2006, n. 18276, in *MGI*, 2006; Cass. 24 maggio 2005, n. 10904, in *MGI*, 2005, e in *FA CDS*, 2005, 1678, Trib. Napoli 6 febbraio 2004, in *GD*, 2004, 13, 61, Trib. Firenze 14 settembre 2001, in *Foro toscano*, 2002, 66).

2.2. Dubbi di costituzionalità, precedentemente già sorti, sono stati sollevati in merito alla compatibilità del disposto in commento con gli artt. 3 e 97 della Costituzione, relativi alla parità di trattamento tra i cittadini ed alle modalità di organizzazione e reclutamento del personale per la pubblica amministrazione.

La questione è stata sollevata prima dal Tribunale di Torino con ordinanza del 22 gennaio 2001, dichiarata inammissibile per difetto di motivazione dalla Corte Costituzionale (ordinanza 14 giugno 2002, n. 25, in *RFI*, 2001, voce *Impiegati dello Stato*, n. 294; per un commento cfr. R. MARTIGNONI, *Assunzione a termine illegittima nella P.A.: la parola alla Consulta*, in *D&L*, 2001, 366, e in *RFI*, 2001, voce *Impiegati dello Stato*, n. 294) e,

successivamente, dal Tribunale di Pisa con l'ordinanza del 7 agosto 2002 (per un commento cfr. R. SANTUCCI, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in *Diritto del lavoro e mercato*, 2003, I, 209). In questa seconda occasione la Consulta, pur nel mutato quadro di riferimento, ha considerato infondata la questione e con la sentenza 27 marzo 2003, n. 89 ha ribadito l'indirizzo delle precedenti pronunce rilevando come le due situazioni poste a confronto non siano omogenee poiché la privatizzazione del pubblico impiego sarebbe limitata allo svolgimento del rapporto di lavoro e non al momento della sua costituzione (sulla differenza dei due rapporti di lavoro si vedano anche le precedenti sentenze della C. Cost. 17 dicembre 1981, n. 193, 17 giugno 1996, n. 205, e 30 ottobre 1997, n. 320) che, diversamente dalla disciplina del lavoro privato, deve necessariamente rifarsi alla procedura concorsuale quale indispensabile momento di garanzia, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, così come previsto dall'art. 97 Cost.

Ulteriore conforto a tale interpretazione della Consulta può ritrovarsi sia nella disciplina pubblicistica che regola la costituzione, la gestione delle piante organiche e le modalità di gestione della spesa pubblica, che conferma le particolarità e le diversità del pubblico impiego rispetto all'impresa privata, sia nella giurisprudenza, di legittimità e amministrativa, che ha ribadito la legittimità della mancata conversione dei contratti a termine illegittimi.

2.3. Il problema posto dal Giudice comunitario sull'adeguatezza ed effettività della sanzione, che si sarebbe presentato anche a livello costituzionale per esigenze di uguaglianza sostanziale, è intrinseco alla scelta del meccanismo risarcitorio.

Non è sufficiente, infatti, la semplice presenza del disposto sanzionatorio ma è necessario che questo sia effettivo ed equivalente rispetto alla omologa sanzione prevista per l'impiego privato.

L'indennizzo, pertanto, deve essere equivalente per i provvedimenti regolanti situazioni analoghe; efficace, in quanto diretto a fornire un serio e concreto ristoro al soggetto leso per il danno patito e realmente dissuasivo. In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia con la sentenza del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factorame*. Per il caso di specie tali principi sono stati ben chiariti anche dalla sentenza della Grande Sezione 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler ed altri*. Questa illustra chiaramente che nei casi in cui l'ordinamento comunitario non preveda sanzioni specifiche in presenza di abusi, spetta agli Stati membri adottare misure adeguate che «devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro [...]» e tali misure «non devono [...] essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)». Tali presupposti sono stati ribaditi in modo identico nei provvedimenti: sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, cit., e sentenza 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*.

La verifica di tale adeguatezza è compito del giudice nazionale che, in ossequio alla recente giurisprudenza comunitaria, è delegato a vagliare le disposizioni nazionali rispetto ai principi in materia stabiliti dalla Comunità europea, nonché l'equivalenza e l'effettività rispetto alla omologa previsione di legge nazionale relativa all'impiego privato.

La prima parte della verifica, intesa come comparabilità tra le due sanzioni, ha dato esito positivo, posto che le pronunce della Corte Costituzionale, sancendo la legittimità del meccanismo sanzionatorio, ne hanno conseguentemente verificato anche l'equivalenza.

La verifica dell'effettività, invece, deve tener conto di altri aspetti e l'analisi deve partire dal disposto interno sul pubblico impiego. Questo stabilisce che il diritto al risarcimento

del lavoratore nasce dal «danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative» (art. 36 TUPI).

L'individuazione del danno procurato al lavoratore deve trascendere, almeno in parte, dal testo normativo ed imporre una lettura della norma ragionevole, compatibile con il principio di uguaglianza sostanziale, che sia conforme alle finalità della direttiva sopra citata e che possa dare un significato concreto alla previsione della risarcibilità del danno.

Questo, pertanto, deve essere individuato nel pregiudizio arrecato al lavoratore che, nella sostanza, corrisponde alla perdita del posto di lavoro e di uno stabile trattamento retributivo assicurato dal rapporto d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico conseguente all'impossibilità di convertire il contratto a tempo determinato con uno a tempo indeterminato.

È necessario, quindi, individuare gli strumenti risarcitori per equivalente più appropriati per ristorare tale pregiudizio.

La giurisprudenza di merito si è mossa da queste considerazioni ed ha cercato, tramite vari tentativi, di definire un percorso logico rispettoso dei vincoli indicati dalla giurisprudenza comunitaria ed anche dal principio di uguaglianza sostanziale fissato dall'art. 3 della nostra Costituzione.

Tra le varie soluzioni proposte la ricostruzione che attualmente appare più ragionevole è quella illustrata dal Tribunale di Genova in sede di riassunzione del procedimento *Marrosu e Sardino* e del procedimento *Vassallo*, per il rinvio operato dalla Corte di Giustizia europea. Il giudice genovese individua nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori l'unica norma che consenta la «conversione in denaro di un posto di lavoro» con stabilità reale, in base al noto disposto che prevede l'erogazione di 5 mensilità per l'illegittimità del recesso e di 15 mensilità come indennità sostitutiva della reintegra nel posto di lavoro. La Corte, quindi, quantifica nel pagamento di venti mensilità il valore del posto di lavoro.

Tale soluzione, nella sua linearità, appare razionale, ben argomentata, in linea con le richieste di efficacia a tutto campo formulate dal Giudice europeo ed ha il pregio di una quantificazione certa ed oggettiva legittimata dallo stesso ordinamento.

D'altra parte se i parametri di quantificazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori sono validi ed idonei per ristorare il medesimo tipo di danno subito dal lavoratore dell'impresa privata non si capisce perché non dovrebbero valere per il lavoratore del pubblico impiego, tanto più ora che la pubblica amministrazione è posta sullo stesso piano del datore di lavoro privato.

Questa sentenza, inoltre, lega il risarcimento alla mera violazione della norma imperativa posta a tutela del lavoratore indipendentemente dal suo stato soggettivo. Anche in questo senso la soluzione è uniforme con la disciplina prevista per il datore di lavoro privato che, nelle disposizioni del d.lgs. n. 368/2001, prevede la conversione del contratto di lavoro indipendentemente dalla dimostrazione della sussistenza di un danno o di un determinato stato psicologico del datore o del lavoratore, nonché con le prescrizioni comunitarie in tema di effettività delle sanzioni poiché il danno si configurerà per la sola violazione della norma imperativa ed escluderà qualunque onere probatorio a carico del lavoratore.

La natura del risarcimento del danno, così come ricostruito dal Tribunale di Genova, è riconducibile alla fonte contrattuale, apparendo maggiormente compatibile con il riconoscimento del danno in *re ipsa* e con l'onere della prova come circoscritto dal giudice in parola.

Tale qualificazione contrattuale sembra avvalorata anche dalla formulazione dell'art. 36 del TUPI che, d'altra parte, fa un generico riferimento al danno ed all'evento, senza indurre l'interprete a considerare necessaria la presenza di altre condizioni che non siano la presenza del rapporto di lavoro e della violazione di una norma imperativa. Questa interpretazione garantisce l'effettività della norma ed elimina l'onere probatorio del lavoratore che, eventualmente, si riduce alla sola prova del *quantum* (sugli altri criteri di calcolo del

quantum risarcibile approntati dalla giurisprudenza di merito si vedano anche le sentenze: Trib. Rossano 13 giugno 2007; Trib. Milano 12 gennaio 2007, in *D&L*, 2007, 182; Trib. Firenze 6 dicembre 2005, in *D&L*, 2005, 213, con nota di Y. SERAFINI; Trib. Napoli 12 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, 167, con nota di A. GUARISO).

3. Il secondo profilo che caratterizza il tema dei contratti a termine sono le sanatorie del personale avventizio che negli anni hanno aggirato l'obbligo di assunzione in ruolo tramite concorso pubblico.

Questo intervento, recentemente, si è articolato, in via principale, nella l. n. 296/2006 e nella l. n. 244/2007, rispettivamente la finanziaria per l'anno 2007 e quella per l'anno 2008 ed, in ultimo, in un ulteriore provvedimento normativo attualmente all'esame del Senato, in parte già attuato dal d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102/2009.

I due provvedimenti normativi principali sono stati accompagnati da una successiva nota esplicativa del Dipartimento della funzione pubblica – per la legge finanziaria 2006 la direttiva 30 aprile 2007, n. 7, e per la legge finanziaria 2007 la circ. 18 aprile 2008, n. 5 – che ha ulteriormente specificato l'intenzione del legislatore, l'ambito e le modalità applicative della procedura.

La circolare, in particolare, ha provveduto a fornire precisazioni e correttivi. I punti rilevanti sono: la puntualizzazione della natura del procedimento di stabilizzazione e dei termini di applicazione della procedura; l'allargamento della platea degli stabilizzandi; l'indicazione sulla maturazione del periodo di anzianità; il nuovo rilievo dato alle collaborazioni coordinate e continuative; la specificazione della natura del rapporto di impiego stabilizzato e l'ambito della proroga *ex lege*.

Tale disciplina, così articolata e complessa, ha generato diversi spunti di riflessione determinati dalle criticità che continuano ad accompagnarla.

I profili maggiormente rilevanti attengono alla legittimità della ragione fondante la procedura ed alle modalità di attuazione, che richiedono una verifica alla luce dei costanti indirizzi costituzionali.

La Suprema Corte ha più volte sentenziato sulla possibilità di derogare al principio del concorso pubblico come modalità ordinaria di "reclutamento" del personale a tempo indeterminato nella pubblica amministrazione, sancendo che la deroga è ritenuta legittima in presenza di determinati elementi, in particolare di un provvedimento di legge che contenga la disciplina della deroga, una motivazione ragionevole che la sostenga e la sussistenza di condizioni tali che giustifichino la deroga in funzione di una migliore tutela dell'interesse pubblico, imponendo l'adozione di uno strumento di reclutamento alternativo al normale concorso pubblico che, se fosse posto in essere, non garantirebbe l'effettiva realizzazione del buon andamento della pubblica amministrazione.

Tale ricostruzione, rispetto alla procedura di stabilizzazione, solleva alcune criticità.

In primo luogo sulla correttezza dell'interesse da tutelare che, per esplicita ammissione del legislatore, non è l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa integralmente intesa bensì la lotta alla precarietà del lavoro nella pubblica amministrazione (direttiva della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della Funzione pubblica, 30 aprile 2007, n. 7, e circ. n. 5/2008), ed in particolare di coloro che nei fatti sono stati «utilizzati con contratti di natura temporanea, ma con riferimento ad esigenze permanenti dell'amministrazione».

Questo interesse, per quanto meritevole, non rientra nella dinamica dell'art. 97 Cost. e, pertanto, non consente di giustificare in modo ragionevole una deroga al principio del concorso pubblico.

In secondo luogo la procedura in parola genera ulteriori contrasti, sia con il comma 5 dell'art. 36 TUIP, che impedisce la stabilizzazione dei contratti flessibili utilizzati in modo improprio dalle pubbliche amministrazioni, che con la disciplina generale del contratto a termine, come prevista dal d.lgs. n. 368/2001 e successive modifiche e integrazioni, che

prevede la trasformazione del contratto in ogni caso di utilizzo illecito indipendentemente dalla anzianità del lavoratore.

La lettura combinata di queste norme evidenzia l'irragionevolezza sistematica nella scelta dei requisiti necessari alla stabilizzazione che, se da un lato contrastano con l'art. 36 del TUPI, prevedendo la stabilizzazione dei contratti a termine irregolari, dall'altro escono fuori dagli schemi di tutela previsti dalla disciplina generale poiché, rispetto a quest'ultima, discriminano quei lavoratori che hanno subito il medesimo tipo di vessazione (come noto la disciplina generale del contratto a termine prevede la trasformazione del contratto o per superamento del termine o per stipulazione del contratto in ipotesi prive delle cause giustificative, non richiedendo ulteriori requisiti) per meno tempo e che nell'impresa privata, invece, sono tutti tutelati nel medesimo modo. Quest'ultimo aspetto determina, quindi, un contrasto con l'art. 3 della Cost., poiché pone in essere, attraverso un atto grave ed irragionevole, una discriminazione tra soggetti che, seppure per periodi di tempo diversi, sono stati protagonisti della medesima situazione (la direttiva n. 7/2007 specifica che «[...] occorre chiarire che il legislatore è intervenuto con la finalità di sanare situazioni che si protraggono da lungo tempo e che hanno disatteso le norme che regolano il sistema di provvista di personale delle pubbliche amministrazioni e creato diffuse aspettative nei dipendenti così assunti, anche in violazione dell'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001»).

Le stesse modalità della stabilizzazione lasciano perplessi poiché il rispetto del generale principio di una selezione pubblica per essere immessi in ruolo nella pubblica amministrazione è sviluppato in maniera contraddittoria e poco chiara. Ciò è dovuto al modo con cui si fa riferimento al concorso e alla selezione pubblica che, come noto, alludono a due diverse tipologie di selezione: la prima necessariamente comparativa, la seconda comparativa o idoneativa.

L'indicazione delle due procedure non è data con un criterio comprensibile, il che ha generato delle criticità.

In tal senso i diversi riferimenti alle procedure concorsuali già svolte o da svolgere per poter legittimare la stabilizzazione in ruolo ai sensi dell'art. 97 Cost. lasciano particolarmente perplessi per le diverse interpretazioni a cui possono dare luogo. Tra queste si evidenzia la disposizione secondo la quale coloro i quali hanno maturato la necessaria anzianità triennale ma non siano stati assunti per il tramite di una procedura concorsuale, possono essere stabilizzati previo espletamento di "procedure selettive". Queste, però, non consistono *tout court* in procedure di natura comparativa ma possono ricomprendere varie modalità di selezione anche semplicemente idoneative. La norma, pertanto, si potrebbe prestare ad una interpretazione utile ad un abbassamento del livello della selezione, determinando, in modo contraddittorio rispetto al precedente capoverso, un *favor* per coloro che, seppur entrati senza concorso, siano precari di lunga durata.

Alcune di queste criticità sono state rilevate dall'attuale legislatore che, volendo porre ordine, ha elaborato l'art. 7 del ddl AS n. 1167, modificativo della disciplina vigente e, nelle more della sua approvazione, l'ha parzialmente anticipato con alcune previsioni dell'art. 17 del d.l. n. 78/2009, convertito con l. n. 102/2009.

Il disegno di legge citato, infatti, delinea definitivamente la procedura di stabilizzazione, provvedendo a porre un termine alla procedura stessa; impedire ulteriori proroghe dei contratti a termine già prorogati ai sensi dell'art. 1, comma 519, della l. n. 296/2006; stabilire in modo definitivo di quali privilegi possono godere, in sede di valutazione concorsuale i lavoratori precari che hanno un'anzianità riconosciuta di almeno tre anni; e, infine, dare priorità all'assunzione dei vincitori di concorso rispetto a quanti siano in attesa di stabilizzazione.

L'insieme di queste disposizioni evidenzia chiaramente che il fine delle modifiche, già apportate o in via di approvazione, è la razionalizzazione della procedura di stabilizzazione e la normalizzazione delle procedure di reclutamento del personale.

Ciò è evidente, tra l'altro, nell'esplicito riferimento temporale al piano triennale per il personale 2010-2012, presente anche nei disposti anticipatori del d.l. n. 78/2009, da cui si ricava che, trascorso il periodo di validità del piano per il personale che preveda concorsi pubblici caratterizzati dalla applicazione di tali istituti speciali, le modalità di assunzione del personale saranno quelle previste ordinariamente dalla legge, caducando l'applicazione generalizzata degli istituti di favore ed evidenziando, alla fine, l'obiettivo della "normalizzazione" del sistema.

3.1. L'applicazione dei principi costituzionali in tema di assunzioni è stata ribadita anche per le Regioni da alcune pronunce della Consulta che, alla luce delle recenti modifiche in tema di competenze regionali, hanno verificato la compatibilità con la Costituzione delle leggi regionali volte ad inserire in ruolo il personale precario senza lo svolgimento di un concorso pubblico.

La verifica della Corte Costituzionale è stata quanto mai opportuna poiché, dopo la riforma dell'art. 117 Cost che ha ribaltato i precedenti criteri di divisione delle competenze, le Regioni hanno assunto un ruolo da protagonista nella materia del lavoro pubblico svolto alle dipendenze delle stesse e degli altri enti locali.

Questa valutazione nasce dal fatto che il nuovo art. 117 Cost. prevede che l'ordinamento e l'organizzazione della pubblica amministrazione siano di competenza esclusiva dello Stato limitatamente alle proprie amministrazioni ed agli enti pubblici nazionali, lasciando altrettanta autonomia alle legislazioni regionali e, nell'ambito di quest'ultima, alla potestà regolamentare delle altre autonomie locali.

Una tale autonomia, pertanto, consente alle Regioni di operare in maniera immediata e diretta negli ambiti pubblicistici del rapporto di pubblico impiego quali, tra gli altri, le procedure di reclutamento, permettendo anche di rideterminare il perimetro di competenza della fonte pubblicistica potendo includervi la disciplina del rapporto di lavoro pubblico.

Le pronunce della Consulta sono accomunate dal fatto che ribadiscono la centralità dei principi costituzionali in materia, confermandone la prevalenza assoluta pur nella mutazione delle competenze tra i diversi enti. Tra quelle maggiormente significative si segnalano la sentenza 24 luglio 2003, n. 274, che ha proceduto a verificare la legittimità degli articoli 3 e 4 della l.r. Sardegna n. 11/2002 (*Norme varie in materia di personale regionale e modifiche alla legge regionale 13 novembre 1998 n. 131*), la sentenza della C. Cost. 26 maggio 2006, n. 205, che ha verificato la legittimità dell'art. 19, commi 1 e 2, lett. b, della l.r. Umbria n. 2/2005, relativa alla *Struttura organizzativa e dirigenza della Presidenza della Giunta regionale e della Giunta regionale*, e la sentenza 9 novembre 2006, n. 363, che ha sentenziato su di un provvedimento della Giunta provinciale di Bolzano.

Dalla lettura di queste pronunce risulta evidente come il nuovo ambito di competenza delle Regioni consenta una maggiore autonomia che da un lato è svincolata dalla legge statale ma dall'altro rimane obbligata al rispetto dei principi e dei disposti della Costituzione.

Ciò è tanto vero che il costante indirizzo della Consulta, definito nelle pronunce citate, ribadisce, anche per le Regioni *post* l. n. 3/2001, che il principio del concorso *ex art.* 97 Cost. rimane valido in tutti i suoi aspetti, primo fra tutti quello della necessaria presenza di particolari caratteristiche nella fattispecie perché si possa derogare all'espletazione del concorso pubblico. La deroga deve essere sostenuta da argomenti testuali e sistematici ben precisi, coerenti, ragionevolmente motivati e finalizzati al perseguimento del buon andamento e della imparzialità della pubblica amministrazione, racchiusi in un atto aven-

te forza di legge, che garantiscano che l'azione del pubblico dipendente sia al servizio esclusivo della nazione.

La Regione, pertanto, non sarà più tenuta al rispetto della normativa statale, sia di dettaglio che di principio, ma dovrà, comunque, tenere conto direttamente dei valori espressi dagli artt. 3, 51, 81, 97 e 98 Cost. costituiscono i nuovi limiti diretti con cui dovrà confrontarsi.

4. Sul lavoro a termine e sulla sua tutela risarcitoria nell'ordinamento comunitario dopo la direttiva europea n. 70 del 1999 e per un inquadramento complessivo si veda A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in *DL*, 2006, n. 1-2, I, 77).

In tema di rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali si rinvia C. SPINELLI, *Efficacia giuridica delle direttive comunitarie nel dialogo tra giudice comunitario e giudici nazionali*, in *LG*, 2008, fasc. 6, 571; V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *FI*, 2006, fasc. 6, 342.

Sugli orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di contratti a termine si vedano A. MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del dlgs 368/01*, in *ADL*, 2006, fasc. 6, 1637; A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *MGL*, 2006, fasc. 11, 827. M. MISCIONE, *Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico*, in *LG*, 2006, fasc. 10, 968. A.M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico impiego*, in *FI*, 2007, fasc. 2, IV, 72.

Sulla tutela risarcitoria nell'ordinamento nazionale e sull'abrogazione della normativa speciale per i contratti a termine per il pubblico impiego ad opera del decreto legislativo n. 368 del 2001 si vedano i contributi di A. MARESCA, *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'UNICE, dal CEP e dal CES*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2002, 117 e ss. contra si veda L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *FI*, 2007, fasc. 1, 344, nonché per una ricostruzione senso M.T. CINQUE, *Approfondimenti giurisprudenziali inerenti la costituzione del pubblico impiego contrattualizzato tra diritto interno e comunitario*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2004, fasc. 12, 1284.

Sulla questione affrontata nel paragrafo 2.2., relativa alla compatibilità costituzionale della tutela risarcitoria per i lavoratori a termine nel pubblico impiego, si vedano A. TAMPPIERI, *Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in *LG*, 1995, n. 10, 903; C. PINELLI, *Commento all'art. 97, 3 comma, Cost. La regola del concorso*, in P. CARETTI, C. PINELLI, U. POTOTSCHING, G. LONG, G. BORRÈ (a cura di), *La pubblica amministrazione. Art.97-98*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna – Il Foro Italiano, Roma, 1994, 320; C. FRANCOMANO, *Le peculiarità del contratto a termine nel lavoro pubblico privatizzato*, in *DL*, 2006, I, 225.

Sulla necessità del concorso pubblico per il reclutamento nella pubblica amministrazione cfr. S.S. MANCA, *Conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle PP. AA. in indeterminato*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2003, fasc. 6-7, II, 645; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in *MGL*, 2003, 139, con nota di C. TIMELLINI; L. VALENTE, *Una conferma del divieto generale di stabilizzazione del rapporto a termine nel settore pubblico*, in *GC*, 2005, fasc. 3, 794, nota a Cass. 18 marzo 2004, n. 5517. Sull'applicazione di tesi giurisprudenziali minoritarie favorevoli alla conversione dei contratti a termine si veda C. BIANCO, *Il principio della non conversione del contratto a termine nel pubblico impiego. Dalla rigidità di dottrina e giurisprudenza ver-*

so la sua applicazione allo sviluppo di tesi minoritarie possibiliste, in *LPO*, 2006, fasc. 6, 746.

Per un'analisi della giurisprudenza europea in tema di adeguatezza della tutela risarcitoria si rinvia a A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P. A. al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2006, fasc. 4, 614; L. NANNIPIERI, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs n. 368/01 e 36, d.lgs n.165/01*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, n. 4, 742; A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P. A. al vaglio della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2006, n. 4, 614; L. NANNIPIERI, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs n. 368/01 e 36, d.lgs n. 165/01*, in *RIDL*, 2006, fasc. 4, 742; V. PICCONI, S. SCIARRA, *op. cit.*; M.P. MONACO, *La conversione del lavoro a termine nel pubblico impiego fra vincoli comunitari contro gli abusi e procedure concorsuali di collocamento*, in *q. Rivista*, 2009, n. 3.

Sulla non equivalenza del meccanismo risarcitorio rispetto alla trasformazione del contratto a termine L. MENGHINI, *Il contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Commentario di diritto del lavoro: Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, 557-574; A. MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs n. 368 /01*, in *ADL*, 2006, fasc. 6, 1637.

In tema di effettività ed in particolare sulla definizione del danno procurato al lavoratore a termine si veda M. DE LUCA, *Direttiva in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *FI*, 2002, fasc. 4, pt. 5, 93.

Sulla ricerca da parte della giurisprudenza di merito degli strumenti risarcitori per equivalente maggiormente efficaci si vedano in particolare i contributi di R. GAROFALO, *Quale risarcimento al dipendente pubblico per contratti a termine illegittimi*, in *LG*, 2007, fasc. 11, 1097; A. MISCIONE, *Lavoro a termine pubblico illegittimo: nullità del contratto e parametrizzazione del risarcimento del danno*, in *MGL*, 2006, fasc. 3, 166; L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *RIDL*, 2007, fasc. 4, II, 907; M.P. MONACO, *op. cit.*

Sul tema della sanatoria nel pubblico impiego si vedano, per un inquadramento complessivo, i contributi di G. D'AURIA, *Il personale pubblico*, in *GDA*, 2008, fasc. 3, 260; G.L.T., *La stabilizzazione dei precari nel pubblico impiego*, in *L'Amministrazione italiana*, 2007, fasc. 6, 904; C. MILANI, *Le misure di stabilizzazione del lavoro precario nel settore pubblico previste dalla legge finanziaria 2007*, in *GDA*, 2007, fasc. 12, 1265; L. FIORENTINO, *La razionalizzazione delle P.A.*, in *GDA*, 2007, fasc. 3, 251. Sulla questione della compatibilità costituzionale e di specifiche criticità sulle modalità di attuazione A. ANCISI, *La sanatoria del precariato nella P.A. Fisiologia e patologia*, in *La nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2007, fasc. 16, 1698; G. D'AURIA, *Il personale pubblico*, *cit.*; C. ROMEO, *Finanziaria 2008, precariato nel lavoro pubblico e ruolo della contrattazione collettiva*, in *LG*, 2008, fasc. 7, 651; M. MISCIONE, R. GAROFALO, A. MURATORIO, *Lavoro e previdenza nella legge finanziaria 2007*, in *LG*, 2007, fasc. 2, 113; L. FIORENTINO, *La razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *GDA*, 2007, fasc. 3, 262; F. PANTANO, *La c.d. "stabilizzazione" dei lavoratori non a termine nella finanziaria 2007 ed il "buon andamento" della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2007, fasc. 3-4, 635; A. POZZI, *La stabilizzazione dei precari del pubblico impiego: tecniche legislative tra illusioni e principi costituzionali*, in *Giustizia amministrativa*, 2007, fasc. 1, 21.

In tema di rilevanza costituzionale dell'interesse tutelato con la sanatoria cfr. A. MURATORIO, *La stabilizzazione dei rapporti a tempo determinato nelle pubbliche amministra-*

zioni, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Lavoro nella finanziaria 2007*, Ipsoa, Milano, 2007, 163, e, nel senso di una deroga ragionevole, A LOFFREDO, *La "stabilizzazione" dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *DLM*, 2007, fasc. 2, 301.

Sulla competenza delle Regioni in tema di lavoro pubblico e sulle leggi di sanatoria cfr. i contributi di C.E. GALLO, *L'impugnazione da parte dello Stato delle leggi regionali ed il limite delle grandi riforme economiche sociali*, in *FA CDS*, 2003, 2855; M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114 1° comma)*, in AA.VV., *La Repubblica delle Autonomie*, Utet, Torino, 2004; P. CAVALIERI, *La nuova autonomia legislativa delle regioni*, in *FI*, 2001, parte V, 200; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, fasc. 6, 1223. M. OLIVETTI, *Le funzioni legislative regionali*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI, *La Repubblica delle autonomie – Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001 e per gli enti locali i contributi di L. OLIVERI, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali alla luce della legge costituzionale 3/2001*, in *Comuni d'Italia*, 2003, fasc. 4, 51; S. VALLONE, *La competenza delle Regioni e delle Province autonome in materia di modalità di accesso al lavoro. Il commento*, in *LG*, 2008, fasc. 6, 594; G. D'AURIA, *Il lavoro pubblico dopo il nuovo titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *LPA*, 2001, fasc. 5, 753; F. CARINCI, *Osservazioni sulla riforma del Titolo V della Costituzione. La materia del lavoro*, in *ILLeJ*, 2001, fasc. 6; L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, 1030, G. NAIMO, *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle regioni alla luce della modifica del titolo V della Costituzione*, in *www.giust.it*. Sulle pronunce della Corte costituzionale maggiormente significative in tema di sanatorie regionali cfr. i contributi di G. PECCHIOLI, *Il principio dell'accesso per pubblico concorso alla luce delle sentenze della Corte costituzionale*, in *FA CDS*, 2006, fasc. 9, 2415; M.G. GRECO, *La deroga legislativa al principio costituzionale del concorso per l'accesso al pubblico impiego: natura e limiti*, in *LG*, 2007, fasc. 3, 263, C. Cost. 5 maggio 1990, n. 190, con nota di L. BENDIA, in *Diritto & Diritti – Rivista giuridica on-line*, 2006.

Davide Papa

Dottore di ricerca in Relazioni di lavoro internazionali e comparate

4. Mercato del lavoro

4.1. Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 33).

4.2. Legge 4 marzo 2009, n. 15 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

(4.1. – 4.2.) Rilancio e responsabilizzazione dei servizi per l'impiego per garantire l'efficacia delle politiche attive e uscire dalla crisi

Sommario: **1.** I servizi pubblici per l'impiego: scenario di riferimento. – **2.** Ruolo e funzione dei servizi pubblici per l'impiego nella promozione delle politiche attive. – **3.** Considerazioni conclusive sugli strumenti di valutazione e monitoraggio della qualità dei servizi erogati.

1. Il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia, grazie agli interventi di estensione previsti nell'ultimo anno dal Governo (d.l. n. 185/2008; d.l. n. 5/2009; d.l. n. 78/2009; per una visione complessiva cfr. la sezione Ricerche *Flessibilità del mercato del lavoro*, tute-

le previdenziali, nuovi ammortizzatori sociali, che precede in *q. Fascicolo*), ha ridimensionato efficacemente l'impatto della crisi economica e finanziaria sui redditi dei lavoratori. Dall'altro lato, invece, la fuoriuscita dalla crisi dal punto di vista occupazionale passa necessariamente da un rilancio e responsabilizzazione dei servizi per l'impiego e dalla piena efficacia delle politiche attive.

Nell'ambito delle politiche attive, i servizi per l'impiego, proprio in questa fase di crisi, devono essere in grado di svolgere quei compiti nuovi di amministrazione attiva che le riforme degli ultimi anni hanno assegnato ai servizi competenti e ai soggetti pubblici, assicurando quella che il *Libro Bianco sul futuro del modello sociale* chiama la «presa in carico della persona» con riferimento alle transizioni che caratterizzano la vita professionale del capitale umano: dalla formazione al lavoro, dalla condizione di occupazione a quella di cassa integrazione e/o disoccupazione a quella di nuova occupazione.

Lo sviluppo di questa funzione di accompagnamento e presa in carico da parte dei servizi regionali e dei centri per l'impiego pone l'esigenza di riflettere sulla mancata applicazione di quelle disposizioni in materia di mercato del lavoro e politiche attive che richiedono un modo diverso di essere e fare amministrazione e che avrebbero dovuto comportare una profonda innovazione delle strutture, delle competenze del personale e quindi dei servizi offerti.

La ricollocazione del personale, l'orientamento rispetto ad un mercato del lavoro in continua evoluzione e l'offerta di percorsi formativi e lavorativi adeguati richiedono da tempo un diverso modo di «fare amministrazione». Un passaggio «epocale» da una amministrazione certificatrice, che verifica lo *status* di occupazione/disoccupazione del soggetto, ad un'amministrazione attiva, che prende in carico la persona ed eroga i servizi necessari al suo ben-essere nella vita attiva. Una riforma quindi che tocca al contempo le politiche per il lavoro e la riforma della pubblica amministrazione.

L'attuale situazione, d'altronde, nella quale la fuoriuscita dalla crisi economica difficilmente consentirà di riassorbire tutti coloro che sono usciti dal mercato del lavoro, fa emergere una forte domanda di servizi avanzati per il lavoro. Il rischio fondato in assenza di politiche attive efficaci è quello di avere un nuovo bacino di nuovi lavoratori socialmente utili. Siamo infatti di fronte ad un bacino di lavoratori fuoriusciti che dovrà essere «preso in carico» e quindi essere destinatario di una serie di azioni, percorsi e offerte formative e lavorative.

Questo passaggio non è semplice. Lo dimostrano, a titolo esemplificativo, le difficoltà che si stanno incontrando nell'attuazione dell'Accordo Stato-Regioni del febbraio 2009 in materia di ammortizzatori in deroga e politiche attive. Il mix di politiche passive e attive previsto dall'Accordo richiede un impegno costante da parte di tutti i soggetti chiamati in causa nella sua attuazione, con l'obiettivo di assicurare un sostegno al reddito, mantenere quanti più posti di lavoro possibili, favorire la rioccupabilità dei lavoratori. Obiettivo che investe l'organizzazione e la qualità dei servizi erogati e in particolare la capacità di coordinare le azioni, nonché l'attività di monitoraggio sui soggetti inoccupati e disoccupati. La stessa *flexicurity* richiede, in linea con la Strategia europea per l'occupazione, il superamento da parte dei servizi pubblici per l'impiego degli interventi di sussidio e di quelli successivi a favore dell'adozione di azioni di prevenzione e di anticipazione dei bisogni.

2. I servizi pubblici in materia di mercato di lavoro richiedono certamente un modo nuovo di fare amministrazione, più orientato ai risultati e alla qualità dei servizi. In questa materia inoltre giocano un ruolo significativo i divari che ancora si registrano tra il nord e il sud del nostro Paese. Si tratta di divari territoriali che caratterizzano in generale il sistema amministrativo italiano, ma che devono essere tenuti in considerazione nel programmare dei nuovi interventi a sostegno delle politiche attive del lavoro.

Una riflessione, quella sulla qualità dei servizi per il lavoro, quindi che deve coinvolgere i diversi livelli di governo interessati. Sui servizi per l'impiego Stato e Regioni in passato avevano lavorato sui "livelli essenziali delle prestazioni" attraverso l'elaborazione di un *masterplan* dei servizi per l'impiego, lo strumento che avrebbe dovuto garantire l'omogeneità di base a livello di competenze e di qualità dei servizi. Il *masterplan*, tuttavia, si è arenato per la confusione presente a monte tra il concetto di livello essenziale delle prestazioni, ciò che costituisce obbligo di legge, e gli standard di qualità.

I centri per l'impiego pubblici, come confermato dai rapporti sulla qualità dei servizi (vedi da ultimo ISFOL, ITALIA LAVORO, *La rete de servizi al lavoro*, Roma, 2008), registrano ancora oggi, a oltre dieci anni dalla riforma, criticità strutturali che attengono in genere alla carenza di professionalità stabili e qualificate, di interconnessioni informative e di capacità di operare a rete, di programmazione delle attività, al permanere di fatto di un approccio di carattere amministrativo nella gestione dei servizi.

Fortemente penalizzante per il decollo delle politiche attive è la mancanza di un sistema informativo che tracci la vita professionale degli individui e consenta di far intervenire i diversi soggetti con azioni di politica passiva e attiva e di proporre in quest'ultimo ambito percorsi di formazione e di lavoro congrui anche attraverso partnership con soggetti privati qualificati idonei a farsi carico dei soggetti più svantaggiati.

I servizi per l'impiego sono tenuti ad operare, in breve, per favorire il reinserimento dei lavoratori in cerca di occupazione. Il tasso di occupazione e l'occupabilità, quindi, dei soggetti dipende anche da una pluralità di servizi e dalla integrazione e coordinamento di questi, che possono consentire di superare la discontinuità contrattuale con una "continuità occupazionale", favorendo le transizioni *job to job* e quindi verso occupazioni a tempo pieno e indeterminato. Si parla quindi di sicurezza nella transizione, che richiede strutture in grado di conoscere il territorio, i mercati del lavoro e il capitale umano assegnato.

Pertanto, nel prevedere delle azioni per il rafforzamento dei servizi per l'impiego, non è da ripetere l'esperienza svolta con i precedenti interventi realizzati con i fondi comunitari di assistenza tecnica, che non sono riusciti a rendere stabile e strutturale una importante funzione delle politiche del lavoro. Occorre una maggiore responsabilizzazione dei soggetti pubblici nell'attivazione di moderni servizi per il lavoro. Pensiamo alla strutturazione di alcuni servizi di politica attiva, quali l'offerta lavorativa e formativa, la proposizione di tirocini, l'informazione sulle nuove tipologie contrattuali e di retribuzione, le opportunità di mobilità territoriale e professionale. Per fare questo più che un *masterplan* servirebbe un "accordo di responsabilità" tra le diverse istituzioni, che porti ad impegni congiunti e convergenti con obiettivi definiti e trasparenti.

Nel rilanciare, nell'attuale contesto di crisi, il ruolo dei servizi per il lavoro può essere di aiuto la riforma della pubblica amministrazione che interagisce fortemente con la riforma del welfare. La c.d. "riforma Brunetta" della pubblica amministrazione, di cui alla l. n. 15/2009 e al d.lgs. attuativo 27 ottobre 2009, n. 150 (in epigrafe), disegna il ciclo della programmazione e individua i criteri per la misurazione della performance organizzativa, ponendo l'attenzione sulla qualità dei servizi e l'impatto dell'azione amministrativa sugli utenti. Proprio i servizi per l'impiego, in quanto servizio pubblico, dovranno attenersi a quanto previsto dalle nuove disposizioni in materia di valutazione e programmazione, puntando al miglioramento dei servizi all'utenza e valutando la propria performance dal punto di vista della soddisfazione sull'utenza finale e dei risultati conseguiti (art. 8 del decreto legislativo di attuazione). Un altro strumento di ausilio fornito dalla riforma dell'organizzazione del lavoro pubblico per monitorare la qualità dei servizi e favorire il controllo da parte degli utenti e la comparazione dei servizi stessi è dato dalla trasparenza totale (*total disclosure*) di cui Regioni e Province devono tenere conto, trattandosi di «livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche». Il decreto legislativo Brunetta, inoltre, definisce gli obiettivi come «rilevanti e pertinenti con riferi-

mento ai bisogni della collettività» e «tali da determinare un significativo miglioramento della qualità dei servizi erogati e degli interventi».

È importante quindi collocare i servizi per il lavoro promossi dai soggetti pubblici nell'ambito del processo di valutazione e responsabilizzazione, superando certi dibattiti volti a confondere obblighi di legge e compiti istituzionali con standard e livelli essenziali e dando significato alla presenza del settore pubblico nei servizi per il lavoro in un welfare delle opportunità e non di verifica e certificazione degli *status*. Un ulteriore processo di innovazione da percorrere è, infine, quello organizzativo attraverso la creazione di sistemi a rete, che uniscano gli uffici addetti alle politiche passive, alle attività formative e a quelle di *placement* o la realizzazione di strutture uniche ("case del welfare"), nelle quali prevedere la fusione delle attività previdenziali e assistenziali con quelle di *workfare*.

3. Si pone il problema di chi vigila sull'efficace svolgimento di tali servizi su tutto il territorio nazionale, con particolare attenzione a quelle aree e settori svantaggiati, e quindi di quale debba essere il ruolo del livello centrale di governo. Certamente le amministrazioni competenti sulle politiche devono avvalersi degli strumenti di valutazione e monitoraggio strategico delle stesse per la verifica costante della qualità dei servizi erogati. Proprio in questo settore urge definire un sistema di misurazione e di *benchmark*, senza cadere in interpretazioni formalistiche dei livelli essenziali delle prestazioni. I servizi per il lavoro in Italia sono notoriamente colpiti dalla forte differenza nella qualità dei servizi esistente tra il nord e il sud del Paese, in particolare in un settore in cui i servizi dovrebbero promuovere proprio nelle Regioni più deboli l'orientamento e l'occupazione, favorendo al contempo l'incontro tra domanda e offerta.

La riforma del mercato del lavoro del 2003 prevede inoltre un ruolo "pubblico" delle Agenzie del lavoro private. Ruolo che va promosso tenendo conto delle convenienze del privato e quindi della distribuzione delle stesse agenzie sul territorio nazionale. Si è riscontrato infatti che dove è più debole il servizio pubblico, quello privato lo è parimenti. È il caso questo del Mezzogiorno. In queste realtà occorre pensare al possibile ruolo che potrebbero svolgere i soggetti previsti dal "regime particolare" del d.lgs. n. 276/2003 (le università, le fondazioni, i comuni singoli e associati, le unioni di comuni, le camere di commercio, gli istituti di scuola secondaria, nonché le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro) nell'ambito dell'attività di intermediazione.

Come stimolare i soggetti privati a prendere in carico i soggetti disoccupati e in particolare i soggetti più svantaggiati? Potrebbe essere utile prevedere dei *fee* per ogni disoccupato reinserito nel mercato del lavoro, in relazione alle condizioni del mercato del lavoro e delle caratteristiche del capitale umano. I soggetti privati hanno certamente un vantaggio competitivo derivante dalla specializzazione nell'orientamento e formazione che certamente non hanno i soggetti pubblici. Questi ultimi però devono cogliere le opportunità e i percorsi che la recente riforma della pubblica amministrazione propongono all'intero settore pubblico al fine di migliorare i servizi all'utenza.

Infine, una visione integrata delle riforme poste in essere dal Governo consente di ricavare utili indicazioni sul lavoro che dovrà svolgere la Commissione per la valutazione, prevista dalla "riforma Brunetta", che dovrà essere anche quello di favorire la trasparenza sui risultati dell'azione amministrativa con riferimento alle politiche e il confronto delle performance dei singoli centri ed enti responsabili in materia di politiche del lavoro. Ancora una volta ci troviamo di fronte a delle opportunità di riforma e di cambiamento, sostenute da un quadro normativo favorevole, che non devono essere sprecate.

Francesco Verbaro
Segretario generale – Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali
Consigliere – Presidenza del Consiglio dei Ministri

4. Mercato del lavoro (*segue*)

4.3. Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, coordinato con la legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2 (articolo 19, comma 10) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 4).

Il Patto di servizio e la sua natura giuridica

Sommario: **1.** Il Patto di servizio e la dichiarazione di immediata disponibilità. – **2.** I Patti di servizio nel panorama regionale. – **3.** I Patti di servizio nel panorama internazionale. – **4.** La natura giuridica del Patto di servizio. – **5.** Conclusioni.

1. La l. n. 2/2009, di conversione del d.l. n. 185/2008, recante *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, prevede all'art. 19, comma 10, che «il diritto a percepire qualsiasi trattamento di sostegno al reddito sia direttamente subordinato alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale», pena la perdita del diritto al trattamento stesso. La novità normativa è particolarmente significativa in quanto fa della dichiarazione di immediata disponibilità, che va resa direttamente all'Inps, elemento essenziale del rapporto giuridico previdenziale attraverso il quale si condiziona il diritto a qualunque misura di sostegno al reddito.

La l. n. 2/2009 ha eliminato ogni riferimento, contenuto nelle disposizioni dell'esecutivo, al Patto di servizio alla cui stipula era subordinata «l'erogazione dei trattamenti di ammortizzatori sociali da parte dei lavoratori interessati» e «il lavoratore in caso di rifiuto della sottoscrizione del patto di servizio» perdeva «il diritto a qualsiasi erogazione di carattere retributivo e previdenziale a carico del datore di lavoro, fatti salvi i diritti già maturati». La perdita di tale diritto viene invece correlata alla mancata sottoscrizione della dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o al rifiuto di un percorso di riqualificazione professionale o di un lavoro congruo di cui all'art. 1-*quinquies* del d.l. n. 249/2004.

Il legislatore nazionale ha, in tal modo, preferito collegare l'erogazione delle misure previdenziali ad un atto unilaterale di disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale che va presentato, contestualmente alla domanda del trattamento, all'Inps, competente per la gestione ed erogazione dei trattamenti e che diviene, a tutti gli effetti, parte integrante del rapporto previdenziale.

Altra cosa è, invece, il Patto di servizio che resta estraneo a tale rapporto. Si tratta, infatti, di atto “bilaterale” che non viene stipulato con l'Inps, ma con il CPI (centro per l'impiego), competente in materia di servizi per l'impiego, che si impegna ad offrire, nei tempi e nelle modalità concordati, azioni di politica attiva, mentre il lavoratore disoccupato (non necessariamente beneficiario di una prestazione previdenziale) si impegna a parteciparvi.

D'altra parte, il Patto non rileva in alcun modo neanche per l'acquisizione dello *status* di disoccupazione che dipende, in virtù del d.lgs. n. 181/2000 (*Disposizioni per agevolare l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, lettera a), della legge 17 maggio 1999, n. 144*), unicamente dalla presentazione dell'interessato presso il CPI competente per territorio e dalla dichiarazione di disponibilità allo svolgimento di un'attività lavorativa prevista all'art. 2 dello stesso decreto legislativo (di contrario avviso D. GAROFALO, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *q. Rivista*, 2006, n. 3). La mancata sottoscrizione del

Patto rileva, secondo il d.lgs. n. 181/2000, ai soli fini della perdita dello *status* di disoccupazione, a garanzia dell'effettività del diritto al lavoro.

Il legislatore, escludendo il Patto dall'art. 19, conferma, d'altronde, la scelta di non fornire alcuna definizione di esso a livello nazionale (il d.lgs. n. 181/2000 si limita ad un mero richiamo alle *modalità* di ricerca di un'attività lavorativa *definite con i servizi competenti*). Definizione e disciplina sono, infatti, rinvenibili, esclusivamente nella normativa delle Regioni.

2. Il tentativo di ricostruzione dell'esatta natura giuridica del Patto di servizio necessita, pertanto, di un'attenta osservazione della disciplina che le Regioni hanno posto in essere. In prima analisi, il Patto di servizio appare come uno strumento messo a disposizione dei servizi competenti per sollecitare il disoccupato nella ricerca di un'attività lavorativa o nel prendersi cura della propria formazione e riqualificazione. La diffusa ed eterogenea normativa regionale fa un costante riferimento al suo contenuto con un'indicazione piuttosto chiara di quelli che sono gli obblighi dell'utente: partecipare ai colloqui di orientamento e alle azioni concordate, comunicare l'accettazione di un nuovo lavoro o di un corso di formazione, comunicare il proprio reddito. Meno chiara e puntuale sembrerebbe, invece, l'individuazione degli impegni a carico dei servizi competenti, limitandosi i regolamenti regionali a contemplare meri obblighi informativi su azioni di sostegno formativo, di qualificazione e riqualificazione professionale, o di esperienze di lavoro.

Talvolta la normativa regionale prevede, accanto al Patto di servizio, il piano di azione individuale (PAI) che indica le azioni di ricerca del lavoro e le misure di prevenzione. Parte della dottrina (A. VISCOMI, *Servizi per l'impiego: i "patti di servizio"*, in DLM, 2007) nel distinguere i due atti, definisce l'uno come patto sul rapporto di servizio, in quanto relativo ai servizi offerti dalla struttura e agli obblighi assunti dall'utente che contatta il CPI; l'altro, il PAI, quale patto per l'erogazione del servizio, di carattere tendenzialmente consensuale, perché nell'erogazione del servizio si terrebbe conto delle caratteristiche specifiche che emergono in sede di colloquio di orientamento.

La prassi mostra però dei patti, con programmi o piani di azione individuale, per lo più generici e analoghi tra loro, nella maggior parte dei casi standardizzati in modelli predefiniti in cui vengono inseriti i dati personali del lavoratore e indicate le iniziative da compiere in suo favore. Tali schemi o formulari non sempre prevedono la sottoscrizione di entrambe le parti, l'operatore del CPI, da un lato, e il disoccupato, dall'altro, ma spesso riportano la sola firma del disoccupato, consistendo, in tal modo, in una dichiarazione unilaterale di impegni (A. ALAIMO, *Il Diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009).

Ad una più attenta analisi, i patti sembrano certificare e prendere atto delle previsioni normative nazionali (ex d.lgs. n. 181/2000) e di quelle regionali, che prevedono quelle che sono le ordinarie modalità di ricerca di un lavoro. In altri termini, essi si limiterebbero a riprodurre le indicazioni formulate dal legislatore nazionale e regionale senza fornire un reale spazio all'autonomia negoziale privata, nel senso di costruire azioni e servizi di orientamento e inserimento nel lavoro *personalmente* adeguati.

Non mancano però esempi in cui il momento consensuale assume rilevanza: nella delibera di giunta dell'Emilia Romagna n. 810/2003 è prevista la rinegoziazione dei patti originali, sulla base delle mutate condizioni della persona in cerca di lavoro; nella delibera della Provincia autonoma di Trento n. 1545/2003, così come modificata da delibera n. 731/2004, è stabilito che col Patto di servizio si possono dare misure ulteriori e migliorative rispetto agli standard minimi fissati a livello nazionale. Meritevole di attenzione è, inoltre, la delibera del consiglio regionale lombardo, del 10 luglio 2007, n. VIII/404, in cui il Patto di servizio figura come «un contratto che assicura i servizi di base a tutti i disoccupati ai sensi dell'art. 3, comma 3, della l.r. n. 22/2006 (acquisizione della dichiarazione sostitutiva dello stato di disoccupazione; colloquio di orientamento; proposta di a-

desione a iniziative e misure personalizzate; verifica del rispetto delle misure concordate»). Il piano di intervento personalizzato viene anch'esso definito un "contratto" che regola, però, «l'erogazione degli ulteriori servizi individuati dall'operatore e destinati a target specifici». In particolare, in base al provvedimento regionale, la stipula del Patto di servizio o del Piano di intervento personalizzato è condizione vincolante per l'operatore e la persona ai fini dell'ammissibilità al riconoscimento delle risorse associate alla dote, a quel patrimonio cioè previsto in favore di «soggetti appartenenti a target definiti dalla programmazione regionale, differenziato in funzione delle condizioni di debolezza occupazionale della persona, a sostegno della fruizione di azioni finalizzate all'inserimento occupazionale» (d.C.R. Lombardia 10 luglio 2007).

I due atti differiscono nell'oggetto e nei soggetti direttamente interessati; mentre con il Patto di servizio si forniscono *i servizi base* a tutti i disoccupati, con il piano di intervento personalizzato vengono erogati *ulteriori servizi* destinati a determinati soggetti, individuati in base a specifiche caratteristiche. Anche se sulla base di un'interpretazione meramente letterale entrambi gli atti sarebbero configurabili alla stregua di un contratto. Da un lato, con il Patto di servizio, si fa esplicito riferimento alle *misure personalizzate* e il disoccupato è chiamato ad aderirvi "accettando" la proposta che gli viene formulata, secondo lo schema di perfezionamento del contratto di cui all'art. 1326 c.c. Dall'altro, nel prevedere che il Patto di servizio o il Piano di intervento personalizzato sia vincolante per l'attribuzione della dote, si conferisce al rapporto un contenuto patrimoniale e, al tempo stesso, si crea un nesso sinallagmatico tra le azioni di ricerca del lavoro del disoccupato-utente e la prestazione economica dell'ente pubblico.

3. I Patti di servizio sono in linea con la tendenza sviluppatasi nei diversi Paesi europei di gestire il rapporto tra soggetto pubblico e lavoratore disoccupato mediante un atto le cui definizioni evocano tutte il momento consensuale, se non addirittura contrattuale.

Nel Regno Unito si parla di *jobseeker agreement*, in Olanda di *client contracting*, in Germania di *Engliederungsvereinbarung*, in Francia di *contrat d'insertion*; tutti accordi che prevedono diritti e doveri di entrambe le parti, nonché il piano di reinserimento del soggetto disoccupato. La letteratura internazionale non è però propensa ad attribuire a ciò che viene definito "contratto" il significato e il valore giuridicamente vincolante che gli spetta; con tale espressione si vuole evidenziare il mero nesso di corrispettività esistente tra l'erogazione della prestazione e l'offerta di azioni di politiche attive del lavoro, da un lato, e l'attivazione nella ricerca del lavoro, dall'altro. Le parti cioè non sarebbero titolari di una libertà, di un'autonomia contrattuale in senso proprio, da intendersi quale facoltà di autoregolamentazione dei propri interessi giuridici. Il disoccupato ha la necessità, piuttosto che la libertà, di stipulare il contratto, di accedere cioè ai trattamenti, in mancanza dei quali metterebbe a rischio la sussistenza personale e della propria famiglia. Il servizio pubblico per l'impiego, dal suo canto, in presenza dei necessari presupposti, non può scegliere di non erogare il trattamento, senza violare la legge e ledere un diritto riconosciuto all'individuo.

Di qui la definizione di "quasi contratto" adoperata da alcuni Autori per riferirsi a ciò che viene definito «uno strumento di attivazione del lavoratore beneficiario di una prestazione sociale verso la ricerca attiva di un lavoro e supporto nel suo reinserimento nel mercato del lavoro» (E. EICHENHOFER, M. WESTERVELD, *Contractualism: A Legal Perspective*, in E. SOL, M. WESTERVELD (a cura di), *Contractualism in employment service*, Kluwer Law International, The Hague, 2005; M. FREEDLAND, D. KING, *Client Contractualism between the Employment Service and Jobseekers in the United Kingdom*, in E. SOL, M. WESTERVELD (a cura di), *op. cit.*; nonché S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neocontrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2008). In altri termini, si tratterebbe di uno «strumento per rafforzare ed esplicitare il rapporto che, in forza della legge», lega il disoccupato ai servizi competenti, «nonché una modalità di chiarificazione

e definizione delle azioni richieste alle parti, delle aspettative e dei comportamenti richiesti, pena l'interruzione delle erogazioni delle prestazioni o del servizio» (S. SPATTINI, *op. cit.*).

4. Venendo alle ricostruzioni dottrinali in ordine alla natura giuridica del Patto di servizio, c'è chi osserva (A. VISCOMI, *op. cit.*) che esso non realizza l'esercizio in forma privata di una potestà pubblica, un'attività contrattuale, bensì una modalità di organizzazione dei servizi pubblici diretta ad incoraggiare i lavoratori nella ricerca attiva di un lavoro puntando su una precisa regola di responsabilità personale (la natura pubblicistica del Patto viene condivisa anche da D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico di lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004).

Il lavoratore disoccupato, come già osservato per il contesto internazionale, non sarebbe titolare di un reale potere di autonomia privata tale da consentirgli la regolamentazione dei propri interessi. Egli conserva sì la facoltà di non sottoscrivere il patto e non usufruire dei servizi erogati dal CPI, ma la sua è una condizione di necessità, per cui non firmare il Patto significa andare incontro a delle conseguenze pregiudizievoli.

Inoltre, sarebbe evidente la disparità di posizione tra la PA e il lavoratore, come dimostrato dall'assenza a carico dei CPI di un regime sanzionatorio che, al contrario, trova applicazione nei soli confronti del disoccupato. Ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 181/2000 e delle relative normative regionali, egli è soggetto alla perdita dello stato di disoccupazione e della possibilità di accedere ai servizi per l'impiego, rivelandosi il patto un mero strumento interno di organizzazione delle attività degli uffici provinciali (M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il Patto di servizio*, Working Paper Adapt, 2008, n. 64).

Secondo l'opinione di altri (S. ROSATO, *Perdita dello stato di disoccupazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 275) il Patto di servizio, invece, è un vero e proprio negozio giuridico tra il lavoratore e il CPI, il cui contenuto, seppur con spazi di discrezionalità, deve essere congruo a realizzare le finalità dell'ordinamento ovvero rendere effettivo il diritto al lavoro, favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro e prevenire la disoccupazione di lunga durata.

Anche altra dottrina (C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2000) sostiene che il rapporto tra il CPI e il disoccupato sia inquadrabile entro uno schema privatistico. Da un lato, sussiste l'offerta di lavoro e la disponibilità delle energie fisiche e psichiche del disoccupato involontario, dall'altro, l'impiego delle misure dell'amministrazione. In particolare, nel momento in cui «la PA pone a disposizione del singolo le misure funzionali a rendere effettivo il bene lavoro, nasce il presupposto del rapporto obbligatorio», per cui in assenza dei servizi, specie se appartenenti ai livelli essenziali delle prestazioni, il lavoratore, in quanto titolare di un diritto soggettivo lesso, può agire giudizialmente nei confronti dell'amministrazione inadempiente e richiedere il risarcimento danni. Se, invece, è il lavoratore ad essere inadempiente per la scarsa diligenza nel frequentare i corsi di formazione o per il rifiuto di stage e colloqui o di opportunità lavorative, si verifica la perdita dello *status* di disoccupazione. L'opinione è in parte condivisa da chi (M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, in *RGL*, supplemento al n. 3, 1999) ritiene che quello del lavoratore sia un diritto alla qualità dei servizi per l'impiego erogati dall'ente pubblico, non un diritto al posto di lavoro. L'amministrazione competente ha, pertanto, il dovere di porre in essere tutte le condizioni e i mezzi utili per il reinserimento nel mercato del lavoro. Nell'ipotesi in cui il disoccupato riceva prestazioni di livello inadeguato, il danno risarcibile è, secondo tale dottrina, configurabile come danno da perdita di chance.

Il richiamo alla qualità dei servizi e al rispetto di determinati standard conduce ad un confronto, meritevole di interesse, tra il Patto di servizio e la Carta dei servizi, atto che fissa le regole fondamentali dei servizi di pubblico interesse e con cui la PA definisce i propri obblighi e individua i corrispondenti diritti degli utenti. Pur se unilateralmente predisposta, la Carta si pone come una sorta di patto tra erogatore ed utenti, che incide su tale rapporto in modo da porre la PA e i cittadini su un piano quasi paritetico (A. ALTIERI, *I servizi pubblici*, in M. MIRABELLA (a cura di), *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2009). Alcune Province emiliane hanno adottato la Carta in materia di servizi per l'impiego, ma non è mancato chi ha sottolineato il mero carattere informativo dello strumento, piuttosto che il contenuto pattizio vero e proprio (S. SCAGLIARINI, *La qualità dei servizi pubblici per l'impiego: profili giuridici*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 118). Vengono cioè rese semplicemente note le prestazioni che vengono erogate dall'Amministrazione.

L'utilizzo di tale strumento, pertanto, segnerebbe sì una tendenziale attrazione dei servizi per l'impiego nell'area dei servizi pubblici, ma, diversamente da altri settori, non vi sarebbe un rapporto giuridico contrattuale vero e proprio tale da determinare la giustiziabilità delle clausole contenute nella Carta (A. ALAIMO, *I servizi all'impiego e l'art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *DLRI*, 2004, 278). In altri settori, può dirsi che aver previsto obbligatoriamente l'utilizzo della Carta significa aver dato vita a contratti di utenza pubblica che vedono appunto il cittadino diventare utente e il rapporto di servizio contrattualizzarsi con l'importante conseguenza della responsabilità (contrattuale) della PA in caso di mal funzionamento del servizio.

5. Negare natura contrattuale, se non addirittura negoziale, ai Patti di servizio non significa sottrarre valore giuridico alla relazione che si instaura tra la PA, quale gestore del servizio per l'impiego, e il disoccupato e che ha la propria fonte nella normativa, piuttosto che nel patto. Una normativa, però, che appare sbilanciata nel senso della previsione di doveri e sanzioni a carico del disoccupato, lasciando in ombra l'ambito relativo agli obblighi e alle responsabilità della PA. Sarebbe opportuno, pertanto, un intervento legislativo che contemplasse il profilo della mancata, incompleta o tardiva erogazione dei servizi per l'impiego, a garanzia dell'effettività del diritto al lavoro.

O semplicemente può dirsi che l'intenzione del legislatore nazionale e regionale sia stata proprio (e unicamente) quella di privilegiare la responsabilità personale dei beneficiari dell'intervento pubblico che attraverso il Patto vengono sollecitati nella ricerca di un lavoro, pena la decadenza dallo *status* di disoccupato.

Meritevole di attenzione è altresì l'idea che il lavoratore abbia comunque il diritto, degno di protezione, a ricevere una prestazione di qualità, una prestazione legalmente obbligatoria riconducibile all'ambito dei servizi pubblici. Di fronte ai dubbi in merito alla possibile tutela giurisdizionale di siffatto "diritto", dovuti alla difficoltà di riconoscere che si tratti di un vero e proprio diritto soggettivo del cittadino alle misure e ai servizi per l'impiego, non può che prendersi atto del recente d.lgs. n. 150/2009 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*), che appresta strumenti e rimedi funzionali all'obiettivo, richiamato nella legge delega, di «assicurare elevati standard qualitativi ed economici dell'intero procedimento di produzione del servizio reso all'utenza».

In tale ottica si spiega la previsione, solo per fare qualche esempio, di un organismo centrale indipendente con «il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione» e di garanzia dei parametri di efficienza e

produttività delle prestazioni di servizi ad opera delle PA (A. ALAIMO, *Il Diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, cit.).

Anna Lisa Melillo

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

5. Salute e sicurezza sul luogo di lavoro

5.1. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, modificato dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

La verifica di idoneità tecnico-professionale: scegliere “in sicurezza” il contraente. Profili applicativi e sanzionatori

Sommario: **1.** Idoneità tecnico-professionale e tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro. – **2.** L'idoneità tecnico-professionale nei cantieri temporanei e mobili. – **3.** I profili sanzionatori dell'omesso adempimento all'obbligo di verifica. Qualificazione del reato ed applicazione del procedimento di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994.

1. L'art. 89, comma 1, lett. *i*, d.lgs. n. 81/2008, modificato dal d.lgs. n. 106/2009, definisce l'idoneità tecnico-professionale come il possesso di capacità organizzative, nonché disponibilità di forza lavoro, di macchine e di attrezzature in riferimento ai lavori da realizzare. L'idoneità tecnico-professionale rappresenta, pertanto, un insieme di qualità e specifiche capacità dell'imprenditore e del suo modello strutturale di impresa atte a connotarne l'adeguatezza alla realizzazione dei lavori affidati.

La nozione di idoneità si riferisce non solo alla predisposizione dell'imprenditore ad eseguire correttamente i lavori commissionati, ma altresì alla capacità di articolare un'organizzazione aziendale in linea con la normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Una lettura restrittiva della definizione di legge, connessa esclusivamente alla concreta capacità di adempiere all'obbligazione assunta, comporterebbe, infatti, un'eccessiva ed ingiustificata limitazione del campo di applicazione della norma che, in tal modo, rafforzerebbe esclusivamente la tutela dell'interesse privatistico di natura patrimoniale di una delle parti contraenti, peraltro, già ampiamente garantito dalla normativa sull'adempimento contrattuale.

L'inquadramento logico-sistematico del disposto legislativo, inserito nel corpo del d.lgs. n. 81/2008, ne valorizza, invece, un'esegesi nei termini sopra esplicitati. A ciò si aggiunga che la previsione, penalmente sanzionata, di un obbligo di verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore da parte del committente evidenzia come il legislatore abbia inteso tutelare anche interessi di soggetti diversi dalle parti contraenti, ovvero dei lavoratori che materialmente eseguiranno i lavori commissionati.

La verifica dell'idoneità tecnico-professionale non rappresenta, comunque, una novità introdotta dal d.lgs. n. 81/2008, atteso che sia l'art. 7, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 626/1994 che l'art. 3, comma 8, lett. *a*, del d.lgs. n. 494/1996 (per i lavori da eseguire nei cantieri mobili e temporanei) già obbligavano il committente a verificare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi «anche attraverso l'iscrizione alla camera di commercio industria e artigianato».

Tuttavia, la genericità del precetto, carente di qualsiasi indicazione sulle modalità con cui esercitare in concreto tale controllo, comportava una sistematica elusione dello stesso, in quanto la verifica si limitava spesso al mero raffronto tra la corrispondenza dell'oggetto sociale (dichiarato dall'impresa all'atto dell'iscrizione alla camera di commercio) e la natura dei lavori affidati.

Peraltro, i dati e le informazioni che è possibile acquisire attraverso l'esame della visura camerale e della documentazione ad essa connessa spesso non consentono di delineare un quadro completo in ordine al reale possesso di tutti i requisiti per il compimento dei lavori affidati, nel rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro. Restava, pertanto, priva di attuazione sostanziale la *voluntas legis* tesa ad escludere, già a monte, dal mercato del lavoro quei soggetti che solo formalmente si atteggiano alla stregua di imprenditori e quindi non sono in grado di garantire il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro.

Il legislatore è, dunque, intervenuto sul quadro normativo previgente con il d.lgs. n. 81/2008, confermando l'obbligo di verifica e puntualizzando le modalità attraverso cui tale controllo deve essere effettuato. L'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 disciplina gli obblighi di tutela della sicurezza e della salute connessi ai contratti di appalto, d'opera e di somministrazione da eseguirsi all'interno dell'azienda, dell'unità produttiva o dell'intero ciclo produttivo del datore di lavoro committente. Il comma 1, lett. *a*, del citato articolo, in linea con quanto previsto dall'art. 7, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 626/1994, riconferma l'obbligo per il committente di verificare l'idoneità tecnico-professionale dell'impresa appaltatrice o dei lavoratori autonomi.

La novità normativa introdotta dall'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 riguarda la predeterminazione delle modalità di effettuazione della verifica della idoneità tecnico-professionale, precedentemente rimessa in gran parte alla discrezionalità del committente. Ed invero, il comma 1, lett. *a*, dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 demanda al decreto di cui all'art. 6, comma 8, lett. *g*, predisposto dalla Commissione Consultiva Permanente per la salute e sicurezza sul lavoro, l'individuazione delle modalità con cui effettuare la verifica della idoneità tecnico-professionale. La previsione normativa, annoverata nel più ampio ambito dei sistemi di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi, di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 81/2008 ha il pregio di garantire, nei vari settori di attività, modelli uniformi di organizzazione di impresa deferenti della normativa in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

In attesa dell'emanazione del suddetto decreto, la verifica di idoneità tecnico-professionale deve essere effettuata dal committente attraverso l'acquisizione documentata del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria ed artigianato ed un'autocertificazione predisposta, ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, dall'impresa appaltatrice o dai lavoratori autonomi circa il possesso dei requisiti di idoneità in relazione ai lavori da realizzare.

La dichiarazione di responsabilità del datore di lavoro dell'impresa appaltatrice o del lavoratore autonomo non può, tuttavia, limitarsi ad una generica attestazione del possesso dei requisiti di idoneità, ma deve essere specifica e riguardare in dettaglio tutti gli elementi tecnico-organizzativi inerenti ai lavori da effettuare (in tal senso, Trib. Milano 25 gennaio 2000, in *Foro Ambrosiano*, 2000, 382, e, da ultimo, Cass. pen. 21 settembre 2009, n. 36581).

Opinando diversamente, del resto, il precetto in esame verrebbe inevitabilmente privato del suo valore sostanziale, tramutandosi in un mero adempimento formale con conseguente rischio di elusione della norma anche nella nuova formulazione. Deve, quindi, evidenziarsi che la verifica di idoneità tecnico-professionale di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, come modificato dal d.lgs. 106/2009, deve essere effettuata solo «in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture [...] all'interno della propria azienda, o di una sin-

gola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che [il committente] abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

Il legislatore della novella, pertanto, affianca al criterio spaziale («all'interno della propria azienda o dell'unità produttiva») e a quello funzionale («nell'ambito dell'intero ciclo produttivo») di cui alla precedente formulazione dell'art. 26, il criterio della disponibilità giuridica, ovvero della possibilità da parte del committente di poter legittimamente esercitare poteri e diritti sui luoghi ove si svolge l'attività dell'appaltante (si veda per un primo commento alla recente disciplina I. MARIMPIETRI, *Appalto e sicurezza: le criticità del nuovo regime introdotte dal Dlgs n. 106/09*, in *GLav*, 2009, n. 42, 27-31).

2. L'art. 90, comma 9, lett. a, del d.lgs. n. 81/2008 prevede, invece, le specifiche disposizioni relative all'obbligo di verifica dell'idoneità tecnico-professionale nei cantieri temporanei e mobili. La norma, in virtù del principio di specialità, trova applicazione, in luogo di quella di cui all'art. 26, d.lgs. n. 81/2008, ogniqualvolta il contratto di appalto abbia ad oggetto l'esecuzione di lavori edili o di ingegneria civile come elencati nell'allegato X del citato decreto.

Nella specie, il committente o il responsabile dei lavori verifica l'idoneità tecnico-professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni o ai lavori da affidare con le modalità indicate nell'allegato XVII.

Nei cantieri ove si effettuino lavori diversi da quelli di cui all'allegato XI e la cui entità presunta è inferiore ai 200 uomini-giorno, la verifica di idoneità può essere espletata, analogamente a quanto previsto dall'art. 26, acquisendo il certificato di iscrizione alla CCIA e l'autocertificazione del possesso dei requisiti previsti dall'allegato XVII. Si prevede, pertanto, ricorrendone le condizioni, una semplificazione delle procedure di verifica che, altrimenti, potrebbero risultare eccessive rispetto alla durata dei lavori ed al tipo di opere da realizzare.

Differentemente da quanto statuito dall'art. 26, comma 1, lett. a, nel caso dei cantieri mobili e temporanei, il legislatore tipizza le modalità di verifica dell'idoneità indicando, in particolare, nell'allegato XVII la documentazione (per l'impresa e per i lavoratori autonomi) che il committente deve acquisire ai fini del suddetto riscontro.

Ed invero, la specificità del campo di applicazione del Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008 (limitato ai cantieri mobili e temporanei) in cui è inserito l'art. 90, ha consentito di disciplinare in via definitiva le modalità di verifica dell'idoneità, senza la necessità di rinviarne l'individuazione al decreto di cui all'art. 6, comma 8, lett. g, d.lgs. n. 81/2008. Infatti, l'allegato XVII, come sopra accennato, specifica i documenti che le imprese ed i lavoratori autonomi devono esibire al soggetto committente per la verifica dell'idoneità tecnico-professionale. Al riguardo, deve preliminarmente osservarsi che il d.lgs. n. 106/2009 ha armonizzato il contenuto dell'allegato in esame elidendo dall'elenco quella documentazione (quale ad esempio la nomina del RSPP, la nomina del RLS, l'elenco dei dispositivi di protezione forniti ai lavoratori, ecc.) già rientrante nei contenuti minimi del piano operativo di sicurezza, trasmesso al committente secondo quanto disposto dall'art. 101 del d.lgs. n. 81/2008.

Attraverso la documentazione ivi indicata, le imprese e i lavoratori autonomi comprovano non solo la propria capacità ad eseguire le opere affidate, ma, altresì, la regolarità contributiva ed assicurativa nonché l'attitudine, quantomeno formale, a prestare la propria attività nel rispetto della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. Tale ultimo profilo è ancor più evidente con riferimento ai lavoratori autonomi che, non essendo obbligati (diversamente dalle imprese) alla redazione del piano operativo di sicurezza, sono tenuti a produrre la documentazione attestante la conformità delle attrezzature e dei macchinari che utilizzano, nonché l'elenco dei dispositivi di protezione personale in dotazio-

ne e, laddove espressamente previste, le attestazioni inerenti alla propria formazione e all' idoneità sanitaria.

3. Regolarità contributiva e rispetto della normativa in materia di sicurezza costituiscono i filtri per l'accesso ad un mercato attento non solo agli interessi di natura economica, ma anche alla «sicurezza, libertà e dignità umana», in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost. La verifica di idoneità tecnico-professionale assume quindi un connotato sostanziale, delineandosi non come un mero gravame formale, ma come fase prima e necessaria per garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro ove, a regime, opereranno soltanto imprese idonee ad eseguire le attività specificatamente affidate.

La cogenza del disposto di cui agli artt. 26 e 90 del d.lgs. n. 81/2008 rileva, *in primis*, quale parametro di valutazione della condotta del committente, sotto il profilo della *culpa in eligendo*, nelle ipotesi di sinistro occorso ad un lavoratore dell'appaltatore (in tal senso, Cass. pen. 24 giugno 2000 n. 7368, in *ISL*, 2000, n. 9).

Orbene, l'esistenza in capo al committente di obblighi positivi di verifica (nonché, di informazione, cooperazione e coordinazione) connota in termini di "inadempimento" il loro omesso o insufficiente espletamento, con conseguente responsabilità "per fatto proprio" degli eventi lesivi che ne derivino, anche se gli stessi siano materialmente riferibili alla condotta dell'appaltatore (così, Cass. pen. 7 novembre 2008, n. 41815).

A ciò si aggiunga che entrambi i precetti sono già di per sé penalmente sanzionati. In particolare, la violazione dell'art. 26, comma 1, lett. *a*, è punita con la sanzione prevista dall'art. 55, comma 5, lett. *b* (arresto da due a quattro mesi o ammenda da 1.000 a 4.800 euro), mentre quella dell'art. 90, comma 9, lett. *a*, con la sanzione di cui all'art. 157, comma 1, lett. *b* (arresto da due a quattro mesi o ammenda da 1.000 a 4.800 euro). Entrambe le violazioni, di natura contravvenzionale, sono punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda e, pertanto, sono estinguibili ai sensi dell'art. 301 del d.lgs. n. 81/2008 mediante la procedura di prescrizione di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994.

La "prescrizione" è un provvedimento emesso dall'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, con cui si impartiscono le direttive per rimuovere o modificare le irregolarità riscontrate. L'ottemperanza alle direttive, nei termini e con le modalità indicate dall'ispettore, ed il pagamento di una sanzione amministrativa, pari ad un quarto dell'ammenda massima fissata dalla legge per la contravvenzione commessa, estinguono il reato (per una esaustiva trattazione dell'istituto si rinvia a P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni*, Ipsoa, Milano, 2009, 1062-1065; G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro*, Jovene, Napoli, 2008, 118-197, nonché per un esame degli orientamenti giurisprudenziali in materia P. RAUSEI, *Codice delle ispezioni*, Ipsoa, Milano, 2009, 741-746).

A seguito della sentenza 18 febbraio 1998, n. 19, della Corte Costituzionale, la procedura di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994 è applicabile anche al contravventore che abbia, prima dell'intervento del personale ispettivo, provveduto spontaneamente ed autonomamente a regolarizzare la violazione (c.d. prescrizione "ora per allora"). In detta ipotesi il contravventore dovrà, ai fini dell'estinzione del reato, provvedere solo al pagamento della relativa sanzione amministrativa.

Il suddetto procedimento non è, invece, esperibile allorquando il reato si è già consumato all'atto dell'accertamento e non è più suscettibile di sanatoria mediante l'adempimento di prescrizione impartita dall'organo di vigilanza (in tal senso, Cass. pen. 26 settembre 2002, n. 32176, che ha concluso per la non applicabilità della prescrizione nelle ipotesi di reato c.d. "istantanee", anche se lo spontaneo adempimento sia avvenuto con lieve ritardo rispetto al termine fissato dalla norma). In tale ultima evenienza, il contravventore potrà estinguere il reato attraverso l'istituto dell'oblazione ex art. 162 c.p.

Per completezza deve considerarsi che l'art. 15 del d.lgs. n. 124/2004, nel disciplinare il provvedimento di prescrizione nelle ipotesi di reato previste dalle leggi in materia di lavoro e legislazione sociale, ha esteso l'applicabilità della procedura anche ai casi di contravvenzioni a condotta esaurita ovvero reati istantanei e permanenti la cui condotta delittuosa sia cessata.

Non sembra però possibile estendere tale disciplina anche alla materia della sicurezza ed igiene del lavoro che non può rientrare nell'ambito della legislazione sociale (in tal senso P. RAUSEI, *Illeciti e sanzioni*, cit., 1063-1064, nonché P. PENNESI, *Potere di prescrizione*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 943-946).

A ciò si aggiunga che l'art. 301 del d.lgs. n. 81/2008 nel disciplinare il provvedimento di prescrizione per le contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro rinvia espressamente agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994.

Orbene, con riferimento agli illeciti contravvenzionali in esame, la concreta applicabilità del procedimento di prescrizione, come sopra delineato, è connessa alla qualificazione dei reati in termini di istantaneità o permanenza. Tale qualificazione deve essere effettuata tenendo conto che trattasi di reati omissivi propri, che si consumano con l'infruttuoso spirare del termine concesso al soggetto attivo per adempiere al dovere impostogli dalla norma (sul tema si veda, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2009, 127-132 e 152-155, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 583-590, nonché, per un quadro completo degli orientamenti giurisprudenziali maggioritari, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 325-333).

Ed invero, come già ampiamente considerato, l'obbligo di verifica tecnico-professionale concerne la selezione del contraente e, pertanto, si colloca temporalmente tra quelle attività preparatorie e strumentali alla stipula del contratto (c.d. fase delle trattative). A ciò consegue che il termine ultimo per l'adempimento dell'obbligo di cui sopra è rappresentato dal momento della conclusione del contratto. Di talché, la fattispecie contravvenzionale in esame si perfeziona allorché il contratto di appalto viene stipulato senza la preventiva verifica di idoneità dell'appaltatore da parte del committente.

In linea di principio la qualificazione di un reato omissivo, come istantaneo o permanente, è connessa alla natura del termine fissato (in via esplicita o implicita) dalla norma per l'adempimento dell'obbligo di agire. In particolare, si afferma che l'illecito omissivo proprio, in cui l'omissione consista nella mancata osservanza del termine fissato per l'adempimento, dovrebbe considerarsi permanente nel caso in cui l'adempimento sia possibile anche dopo la scadenza del termine (c.d. termine ordinatorio), atteso che in tal caso il soggetto avrebbe il potere di far cessare la situazione di anti giuridicità compiendo tardivamente, ma pur sempre efficacemente, ciò che precedentemente aveva omissso. *A contrario*, allorché il termine posto dalla norma è perentorio, il reato omissivo proprio dovrebbe essere considerato istantaneo (eventualmente con effetti permanenti).

Tale assunto, mutuato dal diritto civile sostanziale e processuale, non sembra pienamente applicabile in ambito penale. Ed invero, il termine rilevante ai fini sanzionatori è solo quello perentorio. In presenza di un termine ordinatorio, al soggetto agente sarebbe concessa la facoltà di decidere il momento in cui adempiere e pertanto non sarebbe mai configurabile, entro questo arco temporale, un obbligo penalmente sanzionabile (in tal senso, Trib. Milano ordinanza 5 dicembre 2003, in www.ambientediritto.it).

Al riguardo, appare più corretto asserire che ogni illecito omissivo proprio prevede, esplicitamente o implicitamente, un termine entro il quale si deve ottemperare all'obbligo di azione descritto dalla norma, anche se non sempre alla realizzazione della condotta entro il suddetto termine corrisponde la consumazione dell'illecito medesimo.

È oramai principio pacificamente affermato che anche i reati omissivi propri possano, sia pure eccezionalmente, assumere natura permanente. Ciò accade ove l'esame della norma evidenzi che, malgrado la scadenza del termine, continui a permanere in capo al destinatario della stessa il dovere di assolvere l'obbligo. In tale caso dovrà indagarsi sulla natura del bene oggetto di tutela e valutare il permanere della necessità di difesa dello stesso.

Orbene, è indubbio che i precetti contenuti negli artt. 26, comma 1, lett. *a*, e 90, comma 9, lett. *a*, del d.lgs. n. 81/2008 siano strumentali alla tutela della salute e della incolumità dei lavoratori e che tale bene tutelato non rimanga irrimediabilmente pregiudicato dalla scadenza del termine entro cui la condotta comandata doveva essere tenuta, permanendo l'interesse dello Stato al compimento dell'attività (sulla natura permanente delle contravvenzioni in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, si veda Cass. pen. 5 gennaio 2000, n. 59, in *ISL*, 2000, n. 3, e Cass. pen. 28 gennaio 2008, n. 4063, in dottrina si veda T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, in *Enc Dir*, aggiornamento, I, 1997, 539-543. Per una specifica analisi della natura delle singole fattispecie delittuose in materia di igiene e sicurezza sul lavoro si rinvia a N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, 128-148, 218-228).

Occorre poi considerare che, secondo un orientamento oramai consolidato, l'illecito permanente si caratterizza per il tipo di condotta e per la correlazione di questa con l'offesa dell'interesse protetto e, pertanto, per la permanenza dell'offesa che è determinata da una contestuale e duratura condotta colpevole dell'agente.

Nel caso di specie, l'omessa verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore produce una perdurante offesa al bene giuridico protetto dalle suddette norme, offesa dovuta alla persistente condotta volontaria del soggetto attivo, il quale è in grado di porre fine a tale situazione offensiva.

Alla natura permanente dei reati in esame consegue la piena operatività del procedimento di prescrizione di cui al d.lgs. n. 758/1994.

Ed invero, tale procedura troverà applicazione non solo nell'evenienza in cui la verifica di idoneità non sia stata effettuata ed il contratto non sia stato ancora concluso (caso, più che altro, di scuola), ma, altresì, allorquando il contratto di appalto è stato concluso senza la preventiva verifica dell'appaltatore o la stessa è stata eseguita solo successivamente alla stipula del negozio.

Unica ipotesi in cui la procedura di prescrizione non può trovare applicazione è quella in cui il contratto di appalto sia cessato. In tale caso, invero, l'illecito non è più suscettibile di sanatoria mediante l'adempimento di prescrizione impartita dall'organo di vigilanza, sicché il contravventore potrà estinguere il reato solo ricorrendo all'oblazione.

Da ultimo, occorre vagliare l'atteggiarsi dell'obbligo di verifica dell'idoneità tecnico-professionale nell'ipotesi di appalti c.d. "a catena".

L'art. 26, comma 1, lett. *a*, limita l'obbligo di verifica del committente esclusivamente al proprio appaltatore. A ciò consegue che, in caso di subappalto, sul primo committente non incombe alcun dovere di riscontro in ordine all'idoneità tecnico-professionale del subappaltatore. Tale dovere grava esclusivamente sull'appaltatore che, nel caso di specie, è a sua volta committente per la parte di lavori affidati.

Il legislatore, pertanto, cristallizza l'obbligo di cui all'art. 26, comma 1, lett. *a*, nell'ambito del singolo rapporto contrattuale, evitandone l'estensione (in virtù del sorgere di asserite posizioni di garanzia) allorquando sono stipulati più contratti di appalto tra loro funzionalmente connessi.

Difforme è, invece, il quadro delineato nelle ipotesi di contratti aventi ad oggetto attività disciplinate dal Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008. Ed invero, l'art. 90, comma 9, lett. *a*, statuisce che il committente o il responsabile dei lavori verifichi l'idoneità tecnico-

professionale delle imprese affidatarie, delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi in relazione alle funzioni od ai lavori da affidare.

Pertanto, nel caso dei cantieri mobili e temporanei, il committente è tenuto a verificare l' idoneità tecnico-professionale non solo dell'appaltatore, ma anche di tutti gli altri eventuali subappaltatori che partecipino anche parzialmente all'esecuzione dell'opera.

Tale interpretazione è suffragata dalla stessa dicitura dell'art. 90, comma 9, lett. *a*, che estende l'obbligo di verifica non solo all'impresa affidataria (ossia l'impresa titolare del contratto di appalto con il committente che, nell'esecuzione dell'opera appaltata, può avvalersi di imprese subappaltatrici o di lavoratori autonomi, secondo la definizione di cui all'art. 89, comma 1, lett. *i*), ma anche all'impresa esecutrice ovvero all'impresa che, pur non avendo un rapporto diretto con il committente, esegue l'opera o una parte di essa (art. 89, comma 1, lett. *i-bis*). Il legislatore, pertanto, responsabilizza il committente obbligandolo a riscontrare personalmente tutti i soggetti che opereranno in cantiere anche in difetto di un rapporto negoziale diretto.

Il quadro normativo è, infine, completato dal comma 3 del novellato allegato XVII, il quale specifica che, in caso di subappalto, il datore di lavoro dell'impresa affidataria verifica l' idoneità tecnico-professionale dei subappaltatori con gli stessi criteri che deve adottare il committente.

Differentemente da quanto previsto dall'art. 26, pertanto, nel caso dei cantieri mobili e temporanei, il legislatore impone, in capo a determinati soggetti, un rigido regime di controlli che si estende lungo tutta la filiera degli appalti. Tale scelta trova giustificazione nella necessità di garantire, in un peculiare luogo di lavoro come il cantiere edile, elevati standard di sicurezza impedendo, già a monte, l'accesso ad imprenditori privi dei requisiti di legge.

Amerigo Splendori

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

6. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

6.1. Circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali 26 novembre 2009, n. 36 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 36).

Il rilancio della conciliazione monocratica

Sommario: **1.** Natura, funzioni e vantaggi della conciliazione monocratica. – **2.** Conciliazione preventiva. – **3.** Conciliazione contestuale. – **4.** Presupposti della conciliazione monocratica. – **5.** Procedura e ruolo del conciliatore. – **6.** Effetti della conciliazione monocratica. – **7.** Profili previdenziali.

1. A seguito della ridefinizione del ruolo assegnato alle richieste di intervento, la direttiva ministeriale sui servizi ispettivi del 18 settembre 2008 ha prospettato un sicuro rilancio della conciliazione monocratica di cui all'art. 11 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124. Su questa strada si è posta, con maggior vigore, la più recente circ. Min. lav. 26 novembre 2009, n. 36.

La conciliazione monocratica può svolgersi in due forme distinte (“conciliazione preventiva” e “conciliazione contestuale”) ed è individuata come competenza esclusiva delle

Direzioni provinciali del lavoro, offrendosi come latore di vantaggi per ciascuno dei soggetti coinvolti.

In primo luogo per il datore di lavoro, il vantaggio è quello di potersi mettere in regola, pur tardivamente e non del tutto spontaneamente, con oneri generalmente meno gravosi, e vedersi così estinguere il procedimento ispettivo, a seconda dei casi perché neppure iniziato ovvero perché non portato a compimento, quindi senza dover esporsi ad una indagine accurata da parte dei funzionari incaricati della vigilanza e alle conseguenti sanzioni.

Per il lavoratore, invece, il vantaggio è nel vedersi immediatamente riconosciuta la sussistenza di un rapporto di lavoro, con la relativa corresponsione della retribuzione e la coesistente regolarizzazione assicurativa e previdenziale, senza doversi assoggettare alle lungaggini processuali e senza nessuna spesa a suo carico.

Infine vi è vantaggio anche per la Direzione provinciale del lavoro, la quale, da un lato, non svilisce l'attività di vigilanza in indagini spesso difficili e complesse, che poi devolvono, comunque, verso un accordo conciliativo fra le parti o, che è peggio, finiscono per essere cancellate, in fase contenziosa, amministrativa o giudiziaria, per vizi di forma o procedurali o per il mancato riconoscimento dell'apparato probatorio faticosamente raccolto dal personale ispettivo; dall'altro, sul piano dei contributi previdenziali, consegue quel risultato minimo positivo che si vedrebbe negato risolutamente nel caso purtroppo usuale di conciliazione collegiale c.d. "a saldo e stralcio".

2. La prima tipologia di conciliazione monocratica fa seguito ad una richiesta di intervento ispettivo presentata presso l'ufficio periferico del Ministero del lavoro.

Quando dalla richiesta di intervento emergono «elementi per una soluzione conciliativa della controversia», la Direzione provinciale del lavoro, «può» procedere a convocare lavoratore e datore di lavoro, al fine di espletare un tentativo di conciliazione.

Peraltro – come segnala la stessa circ. n. 36/2009, sull'onda della direttiva del 18 settembre 2008 – la conciliazione preventiva assicura un maggiore equilibrio nel rapporto fra l'azione ispettiva su richiesta di intervento e quella attivata a seguito dell'iniziativa programmata dalle Direzioni provinciali. Secondo gli indirizzi della macrodirettiva la circolare ministeriale ribadisce che attraverso la conciliazione monocratica preventiva si può coltivare l'obiettivo di un migliore "bilanciamento" fra l'ispezione programmata di iniziativa e quella attivata sulla base di una richiesta di intervento, valorizzando una pianificazione degli interventi di verifica e controllo, da realizzarsi anche mediante "cicli di ispezioni mirate su singoli ambiti territoriali o su determinati settori merceologici", sia "a vista" (senza preventiva individuazione della singola azienda) che "ad obiettivo" (con indicazione specifica dell'azienda da ispezionare).

D'altra parte le richieste d'intervento corrono anche il rischio di "strumentalizzare" il ruolo stesso dell'ispettore del lavoro, soprattutto quando risultano infondate o prive di oggettivi elementi di riscontro, e rappresentano, su questo piano, un sicuro ostacolo per una azione ispettiva efficace volta alla piena ed effettiva verifica dell'osservanza della normativa di lavoro.

Un ricorso diffuso alla conciliazione monocratica preventiva, secondo le indicazioni ministeriali, può contribuire in modo concreto ad assicurare una tutela effettiva al lavoratore, garantendo, al tempo stesso, «un impiego migliore delle risorse ispettive da destinare ad iniziative di vigilanza di maggiore respiro», mirate anche a favorire una crescita del sistema imprenditoriale in tutti i settori, e contribuisce anche ad una tutela complessiva dei livelli occupazionali e non solo del singolo lavoratore che presenta la richiesta di intervento.

Diventa, quindi, "obiettivo primario" del Ministero del lavoro, segnalato con la circ. n. 36/2009, «pervenire ad un significativo incremento della definizione delle richieste d'intervento attraverso l'istituto della conciliazione monocratica preventiva», volgendo ad una definizione in sede di accertamento ispettivo delle sole richieste di intervento che

appaiano significativamente gravi o rilevanti sul piano della lesione dei diritti sostanziali meritevoli di tutela.

Se la direttiva del 18 settembre 2008 ha chiarito che la presentazione di una richiesta di intervento non rappresenta una istanza di parte a norma dell'art. 2, comma 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241, non comportando quindi per le strutture ministeriali alcun obbligo di dare corso ad una verifica ispettiva, la circ. n. 36/2009, chiarisce che le Direzioni provinciali del lavoro possono prendere in considerazione soltanto le RI (richieste di intervento) che non risultano "palesamente pretestuose" (volte a creare elementi di disturbo in una realtà lavorativa specificata), "oggettivamente inattendibili" (senza riferimenti seriamente idonei a introdurre un intervento ispettivo) e "prive di ogni fondamento" (mancanti di qualsiasi elemento oggettivo di supporto ad una eventuale ispezione).

Tolte di mezzo, pertanto, le RI non procedibili perché prive di elementi a sostegno di una iniziativa di vigilanza, tutte le altre richieste di intervento devono trovare nella attivazione di un tentativo di conciliazione monocratica preventiva «la via assolutamente privilegiata di definizione della vicenda segnalata». L'approdo prioritario di una RI procedibile, pertanto, deve essere in primo luogo quello della conciliazione monocratica, fallita la quale potrà darsi seguito ad un intervento ispettivo.

La circ. n. 36/2009, peraltro, individua puntualmente le richieste di intervento per le quali si palesa la necessità di procedere direttamente ad un accesso ispettivo con riguardo «alla denuncia di irregolarità significativamente gravi e incisive».

Per attivare la conciliazione monocratica devono ricorrere alcuni presupposti oggettivi declinati sinteticamente dalla norma («elementi per una soluzione conciliativa») che erano stati esplicitamente individuati inizialmente dalla circ. Min. lav. n. 24/2004 e ribaditi nel dibattito che ne è seguito, per poi essere ridefiniti compiutamente dalla circ. n. 36/2009.

3. Anche nel corso dell'espletamento di un normale accesso ispettivo, l'ispettore del lavoro può procedere a raccogliere il consenso del lavoratore e del datore di lavoro per effettuare un tentativo di conciliazione sulle questioni evidenziate, quando da esse emergono «elementi per una soluzione conciliativa della controversia», dandone immediata notizia al Direttore della Direzione provinciale del lavoro cui appartiene, con apposita relazione. Questa seconda ipotesi di conciliazione monocratica si avvia, dunque, nel corso dell'ordinaria attività di vigilanza, quando il funzionario ispettivo acquisisce gli elementi da cui trae il convincimento della presenza di profili per una soluzione conciliativa.

I presupposti operativi sono gli stessi della conciliazione preventiva, va tenuto presente, tuttavia, che deve anche evidenziarsi un comportamento delle parti atto a mostrare di voler risolvere le problematiche emerse con un accordo favorevole.

Non solo, perché presupposto assoluto è dato dalla acquisizione del consenso di entrambe le parti all'espletamento del tentativo di conciliazione monocratica: il consenso del datore di lavoro e del lavoratore deve essere acquisito dall'ispettore per iscritto, con apposita verbalizzazione, su specifico modello ministeriale.

D'altro canto, vale la pena segnalare che questa seconda tipologia di conciliazione monocratica appariva scarsamente attuabile prima dell'avvento della direttiva ministeriale 18 settembre 2008, se non limitatamente a quei casi nei quali il personale ispettivo si trovasse nella assoluta impossibilità di procedere ad alcun atto di accertamento e venisse immediatamente posto dinanzi alla prospettiva di un consenso delle parti all'attivazione della procedura conciliativa.

Al contrario ora questa seconda tipologia di conciliazione monocratica, proprio alla luce della macrodirettiva sui servizi ispettivi, acquisisce una peculiare nuova vitalità: laddove non debba procedere ad alcun atto di accertamento per sussistenza di lavoro sommerso, l'ispettore potrà porre le parti dinanzi alla eventuale prospettiva di un consenso all'attivazione della procedura conciliativa, con particolare riferimento alle ipotesi in cui

si tratti dell'unico lavoratore occupato dall'ispezionato, in assenza di testimonianze acquisite in occasione del primo accesso ispettivo.

La conciliazione in sede ispettiva può essere consapevolmente avviata, dal funzionario accertatore, fino alla emanazione di un qualsiasi provvedimento amministrativo di tipo sanzionatorio.

La circ. n. 36/2009 stabilisce che il personale ispettivo è tenuto ad acquisire il consenso delle parti, con apposita verbalizzazione, che può essere anche successiva al primo accesso ispettivo, precisando che il consenso può essere manifestato dal lavoratore e dal datore di lavoro anche separatamente, purché «per iscritto, a mezzo lettera raccomandata o mediante posta elettronica certificata», e con espresso riferimento al verbale di primo accesso ispettivo.

Nella medesima circolare ministeriale, inoltre, si afferma che la conciliazione contestuale può trovare utile applicazione quando l'azienda occupa un solo lavoratore (quale che sia la tipologia contrattuale utilizzata e la natura autonoma o subordinata della prestazione lavorativa). Fa eccezione alla generale ammissibilità a conciliazione contestuale l'ipotesi in cui il lavoratore può considerarsi "in nero" in base agli elementi di prova acquisiti e documentati durante il primo accesso e in considerazione della loro capacità di resistenza in occasione dell'eventuale contenzioso (amministrativo o giudiziario).

4. Principale presupposto della attivazione dell'istituto in esame è dato dall'attinenza delle questioni, sollevate nella richiesta di intervento oppure evidenziate a seguito del primo accesso ispettivo, a diritti patrimoniali del lavoratore, siano essi, indifferentemente, di origine contrattuale oppure legale. Elemento essenziale "per una soluzione conciliativa", infatti, non può che essere la patrimonialità delle questioni segnalate.

Sia che si tratti di lavoro subordinato ovvero autonomo, rileveranno, ai fini dell'attivazione della conciliazione monocratica, quei profili attinenti allo svolgimento – e non puramente la costituzione – del rapporto di lavoro, dai quali derivano in concreto dei crediti, di natura retributiva o meno, in capo al lavoratore. In effetti, il testo normativo non pone limiti di alcun tipo con riguardo alle diverse fattispecie di lavoro, neppure in caso di lavoro sommerso o comunque irregolare.

Rientrano, dunque, nell'alveo di una possibile conciliazione monocratica, in buona sostanza, i crediti patrimoniali o pecuniari che derivano al prestatore di lavoro, a seguito e in ragione della sua attività lavorativa, per effetto di una non applicazione di un qualsiasi istituto economico contrattualmente pattuito o di previsione legale.

Il dettato normativo, nel parlare di "somme concordate" o anche di "somme dovute", non fa alcun riferimento né alla disponibilità dei diritti da parte del lavoratore, né alla mera natura retributiva degli stessi. Ne deriva che tutto quanto abbia carattere di patrimonialità, e quindi qualsiasi emolumento che il datore di lavoro debba corrispondere al lavoratore, in costanza di rapporto ovvero dopo la cessazione dello stesso, può rientrare nell'ambito di applicazione dell'istituto in esame.

Le richieste di intervento che passeranno in conciliazione monocratica, pertanto, in costanza degli altri requisiti, saranno quelle che avranno carattere e contenuto di tipo economico-patrimoniale, anche con i connessi risvolti previdenziali.

Inoltre, come segnalato dalla circ. n. 36/2009, per l'attivazione della conciliazione monocratica non devono emergere elementi dai quali possano rilevarsi profili illeciti di natura penale. Più specificamente il tentativo di conciliazione monocratica va escluso quando la richiesta di intervento riguarda "direttamente" fattispecie che integrano gli estremi di un reato (gli esempi presentati dalla circolare sono quelli delle lavoratrici madri adibite a prestazioni di lavoro notturno, dell'impiego di cittadini extracomunitari privi di permesso di soggiorno e di minori illegalmente immessi al lavoro).

Il Ministero del lavoro, invece, ritiene corretto ricorrere alla conciliazione monocratica nei casi in cui la fattispecie denunciata potrebbe avere soltanto eventualmente implica-

zioni sul piano penale, come nel caso di lavoro nero per il quale possa risultare omessa la sorveglianza sanitaria.

La circ. n. 36/2009 ha anche sancito che per le richieste di intervento che interessano altri lavoratori oltre al denunciante si evidenzia la necessità di procedere ad un accesso ispettivo senza un preventivo tentativo di conciliazione monocratica, tuttavia la Direzione provinciale del lavoro deve privilegiare il ricorso alla conciliazione monocratica quando il coinvolgimento di altri lavoratori è soltanto eventuale o meramente ipotetico.

Si deve, invece, dare prioritaria attenzione ad un accesso ispettivo quando le irregolarità denunciate coinvolgono inequivocabilmente altri lavoratori oltre a colui che presenta la richiesta di intervento ed hanno ad oggetto fenomeni di chiara significanza e di rilevante impatto sociale.

Se i lavoratori coinvolti sono tutti nominativamente identificabili si può procedere a singoli tentativi di conciliazione monocratica attivati anche per i lavoratori indicati dall'unico denunciante: se non vi sono gravi situazioni di illiceità, ma la Direzione provinciale del lavoro dovrà garantire che le singole questioni siano affrontate e trattate separatamente.

Ancora dalla circ. n. 36/2009 si esonerano dalla conciliazione monocratica le richieste di intervento che denunciano «irregolarità significativamente gravi e incisive», relative a fenomeni di elusione particolarmente diffusi sul territorio governato dalla Direzione provinciale del lavoro.

La circolare ministeriale individua anche le richieste di intervento che hanno ad oggetto soltanto aspetti di natura contributiva, previdenziale ed assicurativa fra quelle che rendono necessario l'avvio di un accesso ispettivo: qui la ragione è palesemente ricavabile dalla assoluta non conciliabilità della questione denunciata, giacché i profili previdenziali, sia sul piano dei contributi che su quello dei premi assicurativi, non possono essere ammessi ad alcuna forma di trattativa fra le parti del contratto di lavoro.

5. Nella ipotesi della conciliazione monocratica preventiva, il funzionario, amministrativo, ma preferibilmente ispettivo (la circ. n. 36/2009 precisa che la conciliazione monocratica può continuare ad essere svolta anche dal personale amministrativo, ma l'obiettivo è quello di coinvolgere il numero più alto possibile di unità ispettive, con esclusione dei soli componenti del Nucleo Carabinieri Ispettorato del Lavoro), assegnatario della pratica, provvede a convocare le parti innanzi a sé, «nel più breve tempo possibile», avvertendole della possibilità di farsi assistere da propri rappresentanti sindacali ovvero da consulenti del lavoro o altri professionisti abilitati.

La circ. n. 36/2009 prevede che le pratiche da trattare in conciliazione monocratica preventiva devono essere assegnate al personale incaricato dal Direttore o da un funzionario dallo stesso appositamente designato.

Sempre con riferimento alla forma preventiva la circolare ministeriale precisa che in fase di ricezione della richiesta d'intervento va informato il lavoratore della possibilità di definire la controversia con conciliazione monocratica, segnalando allo stesso denunciante la competenza territoriale della Direzione provinciale del lavoro titolare degli eventuali accertamenti ispettivi. Il lavoratore che richiede l'intervento degli ispettori del lavoro deve essere anche avvisato della facoltà prevista dall'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 124/2004, di «farsi assistere anche da associazioni o organizzazioni sindacali ovvero da professionisti cui abbiano conferito specifico mandato».

Peraltro la circ. n. 36/2009 chiarisce che un eventuale dissenso manifestato dal lavoratore, in qualunque modo, non preclude il tentativo di conciliazione: anche in tali circostanze è considerato utile convocare le parti per tentare una soluzione conciliativa.

Con riguardo alla conciliazione monocratica contestuale essa ha avvio in sede ispettiva, previa acquisizione del consenso del lavoratore e del datore di lavoro, per poi proseguire

analogamente a quella preventiva con convocazione delle parti a data e ora prefissate dinanzi al funzionario conciliatore.

Secondo quanto chiarito dalla circ. n. 36/2009 le parti possono presentarsi al tentativo di conciliazione monocratica, sia preventiva che contestuale, personalmente, con o senza assistenza sindacale o professionale, ma, in alternativa, possono optare per farsi rappresentare da persone munite di apposita e valida delega a transigere e conciliare.

Se le parti si presentano, personalmente o rappresentate, ma l'accordo non è raggiunto, il tentativo di conciliazione monocratica s'intende effettuato e non riuscito e, conseguentemente, il procedimento ispettivo riprende il suo corso (art. 11, comma 5, d.lgs. n. 124/2004).

Sul punto, tuttavia, la circ. n. 36/2009 differenzia il peso del mancato accordo, distinguendo il caso in cui ciò deriva dal comportamento del lavoratore dall'ipotesi in cui il mancato accordo è dovuto alla condotta del datore di lavoro.

Qualora l'accordo manchi per l'immotivato rifiuto ad una soluzione transattiva ritenuta ragionevole e credibile dal conciliatore, «non consegue necessariamente l'attivazione dell'accertamento ispettivo», in special modo se non vi sono elementi sufficienti ad un riscontro dei fatti denunciati. Se, invece, è il datore di lavoro a dichiararsi e mostrarsi indisponibile a conciliare si deve procedere all'accesso ispettivo.

Si ha ripresa o avvio dell'ispezione anche nel caso in cui una soltanto delle parti convocate non si è presentata al tentativo di conciliazione: di tale circostanza deve darsi conto con apposita verbalizzazione a cura del conciliatore. Anche su questo punto, peraltro, deve intendersi operante la distinzione effettuata dalla circ. n. 36/2009, per cui l'ispezione sarà sempre necessaria solo quando sia assente il datore di lavoro e non anche in caso di assenza del lavoratore, da interpretarsi come una sorta di "rinuncia" a collaborare con la Direzione del lavoro per la definizione della fattispecie denunciata.

Se le parti si presentano (personalmente o rappresentate) e raggiungono un accordo, mediante un consenso informato e liberamente manifestato da entrambe, senza alcuna "forzatura" da parte del funzionario, che come tale deve garantire la "terzietà" di tutta la procedura, il verbale acquisisce piena efficacia, con effetto immediato rispetto al procedimento ispettivo.

Altro importante profilo di riflessione riguarda il ruolo del conciliatore monocratico, che è chiamato ad esercitare le funzioni senza limitarsi a prendere atto della volontà delle parti, essendo tenuto a promuovere il raggiungimento di una intesa possibile, prospettando ipotesi di soluzione conciliativa praticabili nel caso concreto.

Considerate le funzioni e la natura dell'istituto, con la circ. n. 36/2009, il Ministero del lavoro, allo scopo di impedire l'estinzione del procedimento ispettivo a fronte di un accordo "fasullo" fra le parti, ha stabilito che il conciliatore può non sottoscrivere l'accordo raggiunto dalle parti se esso appare «manifestamente volto ad eludere l'applicazione della tutela pubblicistica prevista a favore dei lavoratori oppure a precostituire false posizioni previdenziali».

La medesima circolare ministeriale ha sancito che durante la procedura il conciliatore deve illustrare alle parti, congiuntamente, anche separatamente, tutte le possibili conseguenze dell'avvio del procedimento ispettivo in caso di mancato accordo.

Così al lavoratore dovranno evidenziarsi i vantaggi che la soluzione conciliativa comporta in termini di celerità e di concreta soddisfazione delle pretese creditorie, accanto alle difficoltà del raggiungimento dei risultati sperati e attesi in conseguenza dell'accertamento ispettivo. Con riguardo al datore di lavoro dovrà rappresentare le conseguenze derivanti dal mancato raggiungimento dell'accordo e quindi l'avvio del procedimento ispettivo e le fattispecie sanzionatorie applicabili astrattamente al caso di specie, ma anche precisare i benefici che derivano dal raggiungimento dell'accordo, sul piano sanzionatorio e su quello previdenziale.

6. La norma stabilisce che l'estinzione del procedimento ispettivo si verifica, dopo la sottoscrizione dell'accordo, con il versamento dei contributi previdenziali agli Istituti e con il pagamento delle somme "concordate" al lavoratore.

Per quel che concerne gli effetti della conciliazione, la circ. n. 36/2009 ha sancito che l'estinzione del procedimento ispettivo, soggettivamente limitata alle parti dell'accordo, si realizza con il raggiungimento dell'accordo seguito dagli adempimenti di cui all'art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 124/2004. Il mancato adempimento all'obbligo del versamento degli importi per contributi previdenziali e premi assicurativi, nella misura e nelle modalità concordate, segnalato dagli Istituti, comporta l'attivazione dell'ispezione.

Se la conciliazione monocratica viene definita con la previsione del versamento in misura differita o rateizzata delle somme spettanti al lavoratore e degli oneri previdenziali (contributi e premi), l'ispezione si estingue soltanto con il pieno soddisfacimento del credito riconosciuto al lavoratore.

In ogni caso, secondo i chiarimenti offerti dal Ministero del lavoro, del definitivo adempimento datoriale, retributivo e previdenziale, deve essere data comunicazione alla Direzione provinciale del lavoro che ha concluso la conciliazione monocratica. Diventa, quindi, onere del datore di lavoro fornire la dimostrazione dell'avvenuto integrale adempimento, entro il termine ultimo stabilito nel verbale di accordo.

Non si può dubitare del fatto che l'estinzione del procedimento ispettivo comporta, altresì, l'arresto di qualsiasi ulteriore forma di accertamento sui fatti conciliati e, quindi, gli illeciti amministrativi riguardanti l'irregolare assunzione del lavoratore che ha conciliato non sono rilevabili e sanzionabili neanche in un momento successivo.

Questa è, senza dubbio, una delle differenze più significative, rispetto alla conciliazione collegiale, sulla quale si è espressa Cass. 18 febbraio 2005, n. 3344, rilevando che essa, a differenza della odierna conciliazione monocratica, «ha efficacia vincolante, in riferimento ai soggetti, esclusivamente per gli stipulanti e, in riferimento all'oggetto, soltanto per quella parte di negozio dispositivo che attiene alla rinuncia a diritti già acquisiti dal lavoratore». Ne consegue, pertanto, che l'oggetto e i contenuti della conciliazione non possono rivestire alcuna efficacia vincolante nei confronti dei terzi, soprattutto se si considerano quei terzi particolarmente qualificati, come «quegli uffici o enti titolari di interessi pubblici connessi al rapporto di lavoro intercorso tra le parti».

La circ. n. 36/2009, argomentando sulla scorta dell'art. 11, comma 4, d.lgs. n. 124/2004, ha anche espressamente sancito che l'accordo conciliativo «deve prevedere in ogni caso il riconoscimento di un periodo lavorativo intercorso tra le parti». Il Ministero del lavoro afferma che non possono essere concluse conciliazioni monocratiche «a carattere novativo», che si risolvono nella corresponsione di una somma di denaro da parte del datore di lavoro a mero titolo transattivo.

La scelta ministeriale, perfettamente consequenziale alla impostazione dell'intero art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, è volta ad evitare che gli effetti premiali previsti dalla norma possano attagliarsi ad accordi transattivi cosiddetti "a saldo e stralcio", dove nessuna prestazione lavorativa viene ad esistenza e rispetto ai quali non vi sarebbe alcun obbligo previdenziale. Conseguenza di ciò è che gli accordi che concludono una procedura di conciliazione monocratica devono necessariamente muovere da un riconoscimento chiaro ed assoluto da parte del datore di lavoro della sussistenza di un rapporto di lavoro intercorso con il lavoratore al quale vengono riconosciute le somme, all'esito della conciliazione, a titolo di retribuzione o di corrispettivo, con la relativa valorizzazione previdenziale.

La sottoscrizione del verbale di accordo, al termine di entrambe le tipologie di conciliazione monocratica, si accompagna alla inoppugnabilità dell'accordo transattivo, vista la dichiarata non applicabilità dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 2113 c.c. (art. 11, comma 3, d.lgs. n. 124/2004).

D'altra parte, va rilevato come la circ. n. 36/2009 abbia stabilito che la mancata ottemperanza all'obbligo del versamento delle somme concordate in sede conciliativa «sembra consentire» al lavoratore «l'attivazione della procedura esecutiva» davanti all'autorità giudiziaria, sulla scorta dell'accordo raggiunto: il verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 474, comma 2, n. 3, c.p.c., può rientrare fra «gli atti ricevuti [...] da pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli». Sul punto va tenuto presente che il Parlamento sta esaminando un disegno di legge (AS n. 1167/2008, già AC n. 1441-*quater*/2008), in base al quale il testo dell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004 verrebbe ad essere integrato da un nuovo comma 3-*bis* per cui il verbale di conciliazione monocratica «è dichiarato esecutivo con decreto dal giudice competente, su istanza della parte interessata». Permane, in ogni caso, la valenza del verbale di accordo come prova scritta del credito del lavoratore (art. 642 c.p.c.), ovvero come riconoscimento del debito (art. 1988 c.c.) con il privilegio della fede pubblica (art. 2700 c.c.), in ragione della qualità di pubblico ufficiale del conciliatore verbalizzante.

D'altro canto, sempre secondo quanto sancito dalla circ. n. 36/2009, le dichiarazioni verbalizzate dalle parti durante la procedura di conciliazione monocratica non possono essere utilizzate a scopi diversi da quelli conciliativi e in particolare non possono essere richiamate per le finalità relative al procedimento ispettivo.

7. Per quanto concerne la quantificazione della contribuzione, l'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004 comporta il rispetto integrale dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 338/1989, convertito nella l. n. 389/1989, pertanto, la retribuzione che deve essere assunta come base di calcolo non può in nessun caso risultare inferiore all'importo stabilito dagli atti normativi vigenti e dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale.

Sul punto la circ. n. 24/2004 aveva spiegato che il riferimento alle “norme in vigore” deve essere inteso «anche con riguardo al rispetto dei minimali contributivi così come stabiliti dalla legge, pertanto qualora l'accordo in sede conciliativa monocratica si determini su parametri retributivi di misura inferiore ai minimali contrattuali, ai fini previdenziali il computo degli oneri contributivi e assicurativi va comunque operato con riferimento ai minimali di legge, se l'importo oggetto di conciliazione è inferiore ai predetti minimali».

Con riguardo all'obbligo contributivo, l'Inps con circ. 20 settembre 2004, n. 132, ha stabilito che il momento di insorgenza dell'obbligo coincide con il termine indicato nel verbale di accordo per il pagamento delle somme dovute al lavoratore, pertanto il versamento dei relativi contributi previdenziali dovrà avvenire «entro il sedicesimo giorno del mese successivo». Analogamente l'Inail, per quanto concerne i premi assicurativi, con circ. 17 dicembre 2004, n. 86, ha sancito che il verbale di accordo rappresenta l'atto da cui scaturisce l'obbligo del pagamento dei premi stessi e pertanto il termine per il versamento «è da intendersi fissato al giorno 16 del mese successivo alla data di sottoscrizione del verbale».

Conseguenza importante è data dal fatto che il pagamento dei contributi e dei premi esonera il datore di lavoro dall'obbligo di pagare ulteriori somme, fatto salvo quanto previsto per la sanzione civile previdenziale che non sfugge, pur nei termini della omissione, secondo quanto sancito dal Ministero del lavoro con la risposta ad interpello n. 5222 del 26 ottobre 2006 e puntualizzato dall'Inps con circ. 9 gennaio 2007, n. 6.

In particolare con risposta ad interpello n. 5222/2006 il Ministero del lavoro ha sancito che la conciliazione monocratica rientra pienamente nella formulazione dell'art. 116, comma 8, lett. *b*, ultimo periodo, della l. 23 dicembre 2000, n. 388, che ha riguardo alla denuncia della situazione effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste, in quanto tale fattispecie esula dall'ipotesi di un accertamento da parte di un organo di vigilanza e presuppone, al contrario, un'attivazione del debitore finalizzata alla regolarizzazione contributiva.

La circ. Min. lav. n. 36/2009, nel richiamare e confermare l'interpello, ha ribadito che il riconoscimento del debito patrimoniale, contributivo e assicurativo effettuato nella sede conciliativa, costituisce un'ipotesi di spontanea denuncia, che prescinde da qualsiasi contestazione o richiesta da parte degli Enti impositori, assimilandosi ad una ipotesi di "omissione" e non di "evasione" contributiva.

Ne consegue, come precisato dalla circ. n. 6/2007 dell'Inps, che «il datore di lavoro è obbligato non solo a versare la contribuzione commisurata alla somma oggetto di conciliazione o ai minimali di legge, se quella conciliata fosse inferiore, ma anche a pagare le somme aggiuntive nella misura prevista per le omissioni contributive». Peraltro l'importo dovuto a titolo di somma aggiuntiva va determinato applicando alla contribuzione dovuta il tasso vigente alla data di pagamento, «per il tempo intercorrente tra la scadenza dei singoli periodi di paga fino al termine fissato con il verbale di conciliazione».

Pierluigi Rausei

Direttore della Direzione provinciale del lavoro di Macerata

7. Terziario e servizi

7.1. A. PIETRANTONI, *Caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese*, Analisi, dati e tabelle di sintesi, 2009 (📖 Working Paper Adapt, 2009, n. 100).

Caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Definizione tecnica delle tipologie di vendita. – **3.** Gli studi. – **4.** Il quadro attuale: genere, età, livello di istruzione. – **4.1.** *Segue:* tipologie contrattuali, ruoli professionali. – **4.2.** *Segue:* presenza di immigrati, retribuzioni. – **5.** Conclusioni.

1. Tra gli aspetti più importanti nell'evoluzione occupazionale e imprenditoriale del terziario milanese degli anni Novanta rileva il fenomeno della ristrutturazione del commercio al dettaglio, che ha determinato una forte diminuzione dei piccoli esercizi a conduzione familiare e dei relativi addetti a fronte di una parallela crescita dell'occupazione nella grande distribuzione e nella logistica. I piccoli esercizi a conduzione familiare riescono a resistere sul mercato quando sono in grado di individuare una nicchia merceologica o di avvicinare le proprie modalità commerciali a quelle della grande distribuzione (G. BALLARINO, *Il quadro generale del sistema dei servizi nell'area metropolitana milanese*, Ires, Milano, 2000). Ma è indubbio che è proprio l'espansione di quest'ultima ad avere un ruolo centrale nel processo di modernizzazione e razionalizzazione della struttura dei servizi in una città come Milano; e che molto rilevante è anche, di conseguenza, il peso del settore nel mercato del lavoro locale.

A tale centralità quantitativa e qualitativa non ha però fatto seguito un'adeguata attenzione al tema da parte di studi e ricerche, nonostante il processo di crescita della grande distribuzione ponga diversi e importanti interrogativi che riguardano i comportamenti sia dell'offerta sia della domanda di lavoro. Dal primo punto di vista, appare opportuno interrogarsi su quanto e in quale modo si stia evolvendo e modificando l'offerta di lavoro della grande distribuzione a Milano. Tra le tesi più accreditate in tema di terziarizzazione, vi è quella della polarizzazione crescente delle condizioni e dei livelli retributivi del personale coinvolto nello sviluppo dei servizi delle città globali (S. SASSEN, *Le città*

nell'economia globale, Il Mulino, Bologna, 1997). In quest'ottica ci si aspetta che accanto a un *core group* di personale ad alta qualificazione e alti livelli retributivi si affianchi un gran numero di addetti in condizioni di lavoro a elevata incertezza (lavori temporanei, stagionali, *ad hoc*), spesso a bassa qualificazione professionale e con bassi livelli retributivi.

Possono pertanto essere formulati, con riferimento al contesto di riferimento, alcuni interrogativi: sono queste le tendenze che caratterizzano la grande distribuzione a Milano? Quanto essa ha incrementato le opportunità occupazionali del lavoro femminile? Quanto ha costituito occasione di integrazione sociale per i lavoratori immigrati? Qual è stata la capacità di offrire occasioni interessanti di impiego per nuove figure professionali e giovani con alto livello di istruzione? Qual è la possibilità offerta di trovare condizioni di impiego stabili? Quali sono infine i livelli retributivi del settore?

Obiettivo del presente contributo è analizzare, attraverso i dati disponibili (per la ricostruzione dei dati anche attraverso tabelle di sintesi si veda A. PIETRANTONI, *Caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese*, Analisi, dati e tabelle di sintesi, in epigrafe) e le interviste ai testimoni privilegiati, le condizioni occupazionali che assume il settore nell'area metropolitana milanese non prima di averne dato una definizione tecnica.

2. La FAID (Federazione Associazioni Imprese Distribuzione), ora Federdistribuzione (che rappresenta il commercio moderno), raggruppa tutte le aziende del comparto distributivo e le distingue dagli esercizi di commercio al dettaglio a conduzione familiare, preferendo utilizzare la definizione di "commercio moderno" o "imprenditoriale" al posto di "grande distribuzione" (la prima denominazione si trova, ad esempio, su *Notizie Faid*, il mensile per la stampa dell'associazione, 1998, n. 12, 3, la seconda sulla brochure di presentazione dell'associazione attualmente in distribuzione; nel numero citato di *Notizie Faid* è presente anche una nomenclatura delle diverse tipologie presenti nel comparto distributivo).

Al di là delle definizioni concettuali, la FAID considera, nelle proprie elaborazioni statistiche, le superfici di vendita al di sopra dei 400 mq secondo le tipologie di punto vendita. Tra queste vi sono innanzitutto le tipologie "pure": supermercati alimentari (compresi reparti alimentari dei grandi magazzini); grandi magazzini (non alimentari); ipermercati, includendo nella definizione sia quelli alimentari sia quelli non alimentari; *cash & carry*, magazzini all'ingrosso a libero servizio sia alimentari che non alimentari (per accedere ai quali di solito si richiede una tessera: servono piccoli commercianti al dettaglio, comunità e convivenze, alberghi e ristoranti, e anche privati).

Alle tipologie "pure" si aggiungono, come risultato della mescolanza tra le prime, le tipologie "miste". Tra queste le più importanti sono i centri commerciali, dove a un ipermercato o un grande supermercato si aggiunge una serie di negozi. Tuttavia in termini più specifici non c'è una definizione univoca. Tra gli elementi comuni alle definizioni istituzionali utilizzate in Italia vi sono: una superficie di vendita complessiva non inferiore ai 2.000 mq, la presenza di almeno un supermercato come polo di attrazione, a cui si aggiungono almeno 8-10 negozi specializzati, una serie di attività paracommerciali (bar, banche, posta) e/o extracommerciali (cinema, teatri, sale convegno), con infrastrutture comuni (il parcheggio in primo luogo) e una gestione unitaria degli spazi e delle infrastrutture comuni (F. ANCONA ET AL., *La rete distributiva in Lombardia*, Irer, Milano, 1999).

Rientra nelle tipologie "miste" anche la distribuzione specializzata (DS) costituita dai *category killer*, cioè da catene di negozi, in generale singolarmente più grandi degli esercizi al dettaglio a conduzione familiare, specializzati in una determinata tipologia di prodotto: elettronica ed elettrodomestici, mobili, attrezzature per il "fai da te" e così via. La distribuzione specializzata, come avviene per il comparto in generale, ha diverse tipologie ba-

sate sulle stesse dimensioni della grande distribuzione e tra queste la più importante è la dimensione legata all'organizzazione aziendale, articolata secondo le variabili più importanti come il tipo di integrazione – verticale, che riunisce produzione e distribuzione, o orizzontale, cioè limitata alla distribuzione – e la proprietà dei punti vendita, se della catena o in *franchising*. Per una maggiore precisazione sulla articolazione della distribuzione specializzata l'Istat definisce in maniera chiara le suddette tipologie di vendita. I supermercati sono esercizi al dettaglio operanti nel campo alimentare (autonomo o reparto di grande magazzino), organizzati prevalentemente a libero servizio e con pagamento all'uscita. Essi dispongono di una superficie di vendita superiore a 400 mq e di un vasto assortimento di prodotti di largo consumo (in massima parte preconfezionati) nonché, eventualmente, di alcuni articoli non alimentari di uso domestico corrente. I grandi magazzini sono definiti come esercizi al dettaglio che operano nel campo non alimentare, dispongono di una superficie di vendita superiore a 400 mq e sono dotati di almeno cinque distinti reparti (oltre l'eventuale annesso reparto alimentare), ciascuno dei quali destinato alla vendita di articoli appartenenti a settori merceologici diversi ed in massima parte di largo consumo. Gli ipermercati, invece, sono esercizi al dettaglio con una superficie di vendita superiore a 2.500 mq, suddivisi in reparti (alimentare e non alimentare), ciascuno dei quali ha, rispettivamente, le caratteristiche di supermercato e di grande magazzino. Altra tipologia sono i *cash & carry*, esercizi all'ingrosso organizzati a self-service, con superficie di vendita superiore a 400 mq, dove i clienti provvedono al pagamento in contanti, contro emissione immediata di fattura e al trasporto diretto della merce. Infine vi è la distribuzione specializzata costituita dall'esercizio al dettaglio operante nel settore non alimentare (spesso appartenente ad una catena distributiva a succursali), che tratta in modo esclusivo o prevalente una specifica gamma merceologica di prodotti su una superficie di vendita non inferiore a 1.500 mq.

Si aggiunge il settore *food*, costituito dai supermercati, dalle superfici alimentari di ipermercati e *cash & carry* e indirettamente dai centri commerciali, mentre nel settore *non food* rientrano i grandi magazzini, le superfici non alimentari degli ipermercati, la distribuzione specializzata e indirettamente i centri commerciali.

Infine e secondariamente, sulla base del prezzo, le tipologie suddette, soprattutto mini-mercati, supermercati e grandi magazzini, si dividono tra esercizi standard ed esercizi definiti *discount*, questi ultimi caratterizzati da una politica dei prezzi estremamente aggressiva e dall'esclusione più o meno accentuata delle marche commerciali nazionali leader degli assortimenti (G. BALLARINO, *op. cit.*).

Dopo aver chiarito il concetto di grande distribuzione, ci si propone di analizzare il tema delle caratteristiche occupazionali della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese.

3. Nonostante l'importanza del fattore umano per lo svolgimento delle attività sia maggiore nel terziario che nell'industria, il carattere a-problematico della percezione del lavoro nel terziario e, in modo particolare, nella grande distribuzione si evince dalla scarsità di studi sulle caratteristiche occupazionali (I. REGALIA, *Le relazioni industriali in settori tradizionali e non del terziario privato*, in P. PERULLI (a cura di), *Le relazioni industriali nella piccola impresa*, F. Angeli, Milano, 1990), in particolare nell'area metropolitana milanese dove la grande distribuzione ha iniziato a svilupparsi nel nostro Paese.

Bisogna risalire alla fine degli anni Ottanta per trovare un'indagine sulle caratteristiche occupazionali della grande distribuzione in quest'area metropolitana (l'indagine, del 1987, è basata su 827 questionari validi pervenuti da 45 punti vendita di aziende di grande distribuzione di Milano e Provincia. L'indagine aveva come scopo non solo quello di fornire un quadro descrittivo delle caratteristiche occupazionali dei lavoratori del comparto ma anche quello, al centro della ricerca, di indagare le opinioni dei lavoratori sugli orari dei punti vendita). Tuttavia, alcuni tra i dati che emergono da quell'indagine sono inte-

ressanti in termini di comparazione con i dati attuali che saranno di seguito presentati. Il campione oggetto di indagine era formato per il 65,4% da donne. Inoltre, dalla distribuzione per classi d'età, la metà degli intervistati aveva tra i 26 e 40 anni, l'11,5% era costituito da giovani fino a 25 anni e il 36% da lavoratori che avevano superato i quarant'anni. Il titolo di studio più diffuso era il diploma della scuola dell'obbligo (60,8%), mentre il 24,2% aveva frequentato la scuola secondaria superiore e l'1,7% frequentava l'università o aveva la laurea. I dati rilevavano che nel settore alimentare lavorava il 59% degli intervistati e in particolare l'85% degli uomini e il 45% delle donne. Nel settore non alimentare operava il 45% degli intervistati; tra questi il 54,8% erano donne e il 14,8% uomini. Il rapporto di lavoro prevalente era a tempo indeterminato con una diffusione pari all'82,9%, nel 13,4% dei casi la tipologia contrattuale era a tempo determinato, mentre il 3,7% era impiegato con contratto di formazione lavoro. Il part-time interessava il 18% degli intervistati, di cui il 26% donne e il 3,9% uomini. Dall'incrocio tra la durata dell'orario contrattuale (tempo pieno o part-time) con la durata del rapporto (a tempo indeterminato o determinato) il contratto a tempo determinato era utilizzato prevalentemente con orari a tempo pieno, anche se in piccola parte di formazione-lavoro, ma non mancavano contratti part-time a tempo determinato. A tempo pieno e indeterminato vi era il 96% degli uomini (76,9% delle donne), mentre i due terzi dei contratti a tempo determinato erano stipulati per le donne, molte delle quali impiegate a part-time. I contratti di formazione e lavoro (che oggi non è più possibile stipulare) erano proporzionalmente più diffusi tra gli uomini, fra i quali era prevalente in modo netto il tempo pieno, al contrario di quanto avveniva tra le donne.

I contratti di lavoro a tempo determinato erano più diffusi nel settore alimentare (19,2%) rispetto a quello non alimentare (14,2%). Infine, relativamente alle qualifiche professionali, la presenza delle donne su attività di carattere direttivo/gestionale (esclusive o miste) era del 4,4% contro il 13,3% degli uomini. All'interno del gruppo identificato come "addetti alla vendita", prevalevano coloro che si occupavano di rifornimento (18,2% del totale, per il 69,2% uomini), seguiti da chi lavorava alle casse (17,7% del totale per il 95% donne) e alla vendita (7,5% del totale di cui 83,3% donne). Gli specialisti erano l'11% del totale e al loro interno le donne erano il 23,9%. Gli impiegati, che erano il 3,7% del totale, erano prevalentemente donne (83,3%) (S. NEGRELLI, *Le relazioni sindacali nel commercio*, F. Angeli, Milano, 1989).

4. A fronte della ricostruzione di confronto relativa ai dati del 1987, si possono analizzare le caratteristiche attuali del settore nell'area metropolitana milanese. Oggi è possibile avere un quadro descrittivo delle caratteristiche occupazionali della grande distribuzione in tale area, attraverso la rielaborazione dei dati disponibili e le interviste a testimoni privilegiati, anche se appare opportuna una premessa: i dati disponibili (tranne quelli relativi all'occupazione che si basano sul numero degli addetti) sono elaborati sugli avviamenti che si riferiscono al mutamento di un lavoratore dallo stato di disoccupato a quello di occupato, riguardano cioè i flussi della forza lavoro e benché non rispecchino fedelmente la realtà sono in grado di fornire orientamenti generali abbastanza attendibili.

Prendendo in esame ipermercati, supermercati e grandi magazzini, che rappresentano la parte più importante della grande distribuzione, ciò che appare subito evidente nel 2005 è la predominanza di addetti donne (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabella 1). Se poi osserviamo la serie storica 2000-2005 (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabella 2) si nota che l'aumento dell'occupazione dei supermercati è da mettere in relazione soprattutto all'incremento del numero di addetti uomini mentre l'aumento dell'occupazione degli ipermercati dipenderebbe soprattutto dall'incremento del numero di addetti donne. Il crollo dell'occupazione dei grandi magazzini, invece, sarebbe legato alla diminuzione del numero di addetti uomini.

Per quanto riguarda invece le forme minori di grande distribuzione, *cash & carry* e distribuzione specializzata (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabella 3), i primi nel 2004 registrano la prevalenza di addetti uomini mentre nella seconda tipologia i dati rilevano una maggiore presenza di addetti donne. Tuttavia osservando le rispettive serie storiche (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabelle 4 e 5), nei *cash & carry* c'è una diminuzione di addetti dovuta soprattutto alla componente maschile dell'occupazione mentre nella grande distribuzione specializzata l'aumento dell'occupazione è da mettere in relazione soprattutto con la componente femminile. In complesso si tratta quindi di un mercato del lavoro prevalentemente femminile e orientato a diventarlo sempre di più.

Passando ad esaminare i dati sugli avviamenti emerge che gli avviati sono soprattutto giovani con un basso livello di istruzione (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabelle 6 e 7). Le fasce di età 20-24 e 25-29 rappresentano oltre il 50% degli avviati, il 36% di questi ha un titolo di studio della scuola dell'obbligo ma negli ultimi anni anche per le fasce meno qualificate dei lavoratori è richiesto il diploma di scuola media superiore. Per quanto riguarda l'età invece, secondo gli intervistati, si è di fronte a un processo di "svecchiamento" con il risultato che le imprese da più tempo sul mercato hanno lavoratori con età media alta mentre le imprese giovani hanno lavoratori con età media bassa. Un dirigente sindacale osserva in proposito che «l'età media cambia da azienda ad azienda; le aziende vecchie hanno l'età media alta, le aziende giovani hanno l'età media bassa [...] ad esempio la Fnac, che è un'azienda nata dalle ceneri della Standa nel senso che ha acquisito i punti vendita Standa che Coin non ha voluto tenere, ha due fasce distintissime di lavoratori: gli ex Standa dai 45 anni in su e tutti i dipendenti Fnac che hanno 25 anni» (così dichiara in una intervista un funzionario della Filcams).

4.1. Osservando le tipologie contrattuali impiegate negli avviamenti (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabella 8), se ad una prima lettura dei dati il contratto a tempo indeterminato a tempo pieno con il 26,8% rappresenta la tipologia contrattuale più impiegata, a un'analisi più attenta il part-time trasversalmente al tempo indeterminato e a quello determinato supera il 26,8% ed è quindi in ultima analisi la tipologia contrattuale più impiegata. Addirittura negli ipermercati il contratto a tempo determinato part-time è più utilizzato del contratto a tempo indeterminato e ciò è da mettere in relazione alla recente apertura di molti ipermercati e alla possibilità, prevista dal contratto nazionale, di superare i quantitativi massimi di utilizzo dei contratti a termine nel caso di nuove aperture. Se poi si considerano le tipologie contrattuali impiegate nel totale (iper + super + grandi magazzini), rispetto al commercio nel suo complesso, includendo anche il commercio all'ingrosso, emerge che il contratto di inserimento part-time è il più frequente.

Il part-time quindi indipendentemente dalla specifica forma contrattuale con cui si presenta, ha un peso importante nella grande distribuzione e ciò è dovuto ai flussi variabili della clientela che caratterizza questo settore e alla conseguente necessità delle imprese di avere un'organizzazione del lavoro estremamente flessibile; tanto che una forma estrema del part-time è costituita dai così detti "contratti week-end" utilizzati esclusivamente per il sabato e la domenica e ai quali sono particolarmente interessati gli studenti. È bene anche sottolineare, come messo in evidenza da alcuni intervistati, che il part-time continua ad essere più impiegato a favore delle donne. Tuttavia oggi, rispetto al passato, proprio le donne sono meno propense a utilizzarlo e la ragione di questo minore gradimento è nel fatto che le aziende, con le nuove normative sul part-time, possono, e in questo caso lo fanno, modularlo secondo schemi molto flessibili e variabili che rendono difficile il problema della conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare. L'esteso impiego delle tipologie contrattuali atipiche, di cui lo stesso part-time costituisce una parte importante, è alla base anche dell'alto *turnover* di questo settore anche se per un dirigente sindacale «il *turnover* nella grande distribuzione è meno alto di quello che si pensa soprattutto in questi ultimi anni; c'è questo strano fenomeno per il quale la gente vive il rapporto con il suo

lavoro in modo precario cioè “io entro ma sono venuto qua e domani me ne vado, non è il mio lavoro questo, resto qua in attesa di qualcosa di meglio”; il fatto è che quell’attesa dura generalmente un lasso di tempo tale per il quale non sai più dove andare» (intervista ad un funzionario della Filcams, cit.).

L’estensione dell’impiego delle tipologie contrattuali atipiche sembra inoltre essere legato ai processi di “svecchiamento” delle imprese del settore.

Dai dati relativi ai ruoli professionali presenti nella grande distribuzione (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabella 9), emergono delle tendenze meno chiare. I ruoli generici (hostess di cassa, inventaristi, addetti al rifornimento scaffali, addetti alla vendita, ecc.), ossia quelli non qualificati, sono i più numerosi nel totale delle tre forme della grande distribuzione, anche se esistono delle differenze al loro interno. Negli ipermercati prevalgono i ruoli generici con un valore molto alto (45,3%) mentre nei supermercati e grandi magazzini prevalgono i ruoli qualificati, rispettivamente con il 37,4% e il 31,6%.

Occorre sottolineare, inoltre, che l’inquadramento contrattuale di un lavoratore “generico” al suo ingresso in azienda corrisponde a un quarto livello, ovvero “addetto alle operazioni ausiliarie alla vendita”, come previsto dal contratto nazionale del commercio. A questo livello non c’è nessun tipo di professionalità; in realtà non sono rari i casi in cui un lavoratore “generico” possa svolgere più di una mansione con la possibilità di occuparsi anche di mansioni specialistiche. Su questo aspetto un dirigente sindacale ha sostenuto che «gli ambiti della promiscuità normalmente sono cassa, scatolame e poi i reparti specialistici intendo dire gastronomia pescheria e macelleria, quindi sono due ambiti diversi [...] quindi l’addetto vendita che sta in cassa per due o tre ore a un certo punto viene chiamato dal box e gli si dice [...] vai in pescheria perché abbiamo bisogno di un presidio in pescheria, vai in gastronomia perché abbiamo bisogno di un presidio in gastronomia» (così in una intervista al Segretario regionale della Uiltucs).

Come sottolineano gli intervistati i ruoli generici sono occupati soprattutto da donne.

4.2. Infine si esaminano i dati sulla presenza degli immigrati e sulle retribuzioni (cfr. A. PIETRANTONI, *op. cit.*, tabelle 10 e 11). Il peso degli immigrati sul totale degli avviamenti è molto piccolo (4%) con una punta massima nei supermercati (5%). La loro presenza, secondo quanto riferiscono gli intervistati, è maggiore nei servizi esternalizzati dalle imprese come nel caso delle attività di pulizia e della logistica. Secondo un esponente di Federdistribuzione «i lavoratori immigrati costituiscono una variabile indipendente [...] la grande distribuzione non è un settore dove li cercano ma non è neanche un settore dove non li vogliono» (come dichiarato in una intervista da un Responsabile area lavoro di Federdistribuzione). Secondo l’intervistato la bassa presenza di extracomunitari nella grande distribuzione dipende dalla scarsa offerta di lavoro degli extracomunitari in questo settore e dalla loro preferenza a cercare un impiego più redditizio come operai specializzati nell’industria.

Osservando nel complesso la situazione della retribuzione totale annua lorda delle figure di vendita (le figure prevalenti nella grande distribuzione) in rapporto all’area geografica, si assiste a una geografia delle retribuzioni a “macchia di leopardo” in cui è difficile delineare un quadro regolare. Probabilmente ciò è dovuto agli investimenti più marcati dei grandi gruppi multinazionali nel largo consumo in determinate aree. Passando ad osservare il comparto alimentare il dato più interessante riguarda la figura dei quadri: quelli pagati meglio sono al sud, con una media di 49.472 euro lordi all’anno, precedono Roma e Milano, entrambe comunque al di sopra della media nazionale. Le retribuzioni migliori per gli impiegati del settore alimentare, invece, sono quelle percepite da coloro che lavorano a Milano e nell’area del nord-ovest, mentre il fanalino di coda è paradossalmente il sud. Tra quadri e impiegati si tratta di retribuzioni medie superiori di oltre due volte: 49.472 euro contro 22.692. Tali dati possono spiegarsi sia con il basso costo del lavoro nelle fasce più deboli dei lavoratori, sia con la presenza di una debole classe dirigente,

alla quale spesso si sostituiscono quadri con elevate competenze. Nel settore non alimentare la situazione appare allineabile a un quadro nazionale più prevedibile: grandi opportunità retributive a Milano (quadri: 48.307 euro; impiegati: 26.850); a seguire il nord-ovest e come mercato più debole il meridione. La città di Roma mostra parametri anomali: un'eccessiva valutazione retributiva per i quadri (+17% sulla media) e una situazione per gli impiegati altrettanto sottodimensionata (-12%) (M. VALVASSORI, *Vendere è il mio mestiere*, in *Altro Consumo*, 2006, n. 2).

5. Nel tentativo di rispondere alle domande poste nella parte iniziale del presente contributo, possiamo affermare che i dati e le interviste confermano un certo stereotipo per un determinato settore. In primo luogo, i dati sull'occupazione mostrano come siano soprattutto le donne ad essere occupate nel settore della grande distribuzione (la differenza occupazionale tra donne e uomini è più rilevante nei grandi magazzini tranne nel caso della distribuzione specializzata e dei *cash & carry*, che rimangono ancora forme di grande distribuzione a prevalenza maschile). In secondo luogo, in base a quanto emerge dai dati e dalle interviste, le donne sarebbero maggiormente presenti in un settore per lo più formato professionalmente da giovani poco istruiti, prevalentemente impiegati a part-time, spesso a tempo determinato, in mansioni dequalificate e a bassa retribuzione. Altro dato che rileva è la bassa presenza di immigrati nel settore. I risultati della recente indagine, rispetto a quelli che emergono dalla precedente del 1987, mostrerebbero un settore caratterizzato più da tipologie contrattuali atipiche in cui occupano uno spazio importante il contratto a tempo determinato e il part-time. Alla luce della tesi di Sassen sulla polarizzazione crescente delle condizioni occupazionali del personale come effetto della terziarizzazione nelle grandi città e del conseguente sviluppo dei servizi delle città globali, la grande distribuzione è quindi tra i settori che subiscono gli effetti negativi della terziarizzazione nelle grandi città che nella grande distribuzione dell'area metropolitana milanese colpiscono soprattutto le donne.

Sorge quindi spontanea una domanda: in un settore caratterizzato da un mercato del lavoro dequalificato come quello della grande distribuzione nell'area metropolitana milanese, qual è il ruolo giocato dalle organizzazioni di rappresentanza del lavoro?

Questa domanda ci conduce all'altro lato del problema: quello delle politiche manageriali di gestione del personale. Alcuni studi degli anni Ottanta e Novanta (I. REGALIA, *op. cit.*; I. REGALIA, *Quali spazi di regolazione del lavoro terziario*, in *Impresa & Stato*, 2000, n. 52) avevano messo in evidenza la presenza nel settore di politiche del personale particolarmente innovative, che spesso anticipavano soluzioni poi adottate nell'industria, e in cui trovavano anche spazio propositivo e innovativo le rappresentanze del lavoro. In un contesto, anche normativo, mutato, quali sono oggi le strategie di acquisizione del personale delle grandi aziende e a quali logiche si ispirano? In un'area dell'economia in cui il fattore lavoro è particolarmente cruciale, quali sono i problemi nuovi di regolazione del lavoro e delle condizioni d'impiego che sono oggi all'ordine del giorno? Quali le eventuali richieste poste alle autorità locali per favorire lo sviluppo economico e occupazionale del settore? La criticità del mercato del lavoro della grande distribuzione pone quindi nuovi interrogativi e prospettive di ricerca.

Andrea Pietrantonì
Dottore di ricerca in Scienze del lavoro

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Aiuti di Stato

- *regolazioni: presupposti e modalità di accertamento (1.1.)*

Competitività e sviluppo

- *crisi economica: soluzioni e criticità (2.1.)*

Licenziamento collettivo

- *obblighi del datore di lavoro: contenuto (3.1.)*

Salute e sicurezza

- *quadro europeo degli infortuni sul lavoro (4.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Aiuti di Stato

1.1. C. Giust. 2 aprile 2009, in causa C-415/07, *Lodato Gennaro & C. SpA c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), SCCI* (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 39).

Aiuti di Stato a favore dell'occupazione - Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione - Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale - Regolamento (CE) n. 2204/2002 - Verifica del rispetto delle condizioni necessarie per ottenere un aiuto - Nozione di "creazione di posti di lavoro" - Modalità di calcolo dell'incremento del numero di posti di lavoro.

Gli Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione devono essere interpretati, per quanto attiene alla verifica del rispetto delle condizioni necessarie per ottenere un aiuto con particolare riferimento alla sussistenza di un aumento del numero di posti di lavoro, nel senso che si deve porre a raffronto il numero medio di ULA dell'anno precedente all'assunzione con il numero medio di ULA dell'anno successivo all'assunzione.

Sebbene la questione pregiudiziale attenga, in realtà, unicamente all'interpretazione degli Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione, occorre procedere alla loro interpretazione in stretta connessione con gli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale, atteso che la nozione di creazione di posti di lavoro è comune ai due Orientamenti i quali, sostanzialmente, definiscono tale nozione facendo entrambi riferimento, rispettivamente ai punti 17 e 4.12, all'incremento netto del numero di posti di lavoro rispetto alla media di un periodo di riferimento. Per contro, gli Orientamenti relativi agli aiuti di Stato a finalità regionale definiscono in termini più precisi il secondo termine di raffronto. Infatti, da un lato, essi affermano, al punto 4.12, che per creazione di posti di lavoro si intende l'incremento netto del numero di posti di lavoro nello stabilimento considerato rispetto alla media di un periodo di riferimento e che, conseguentemente, occorre detrarre dal numero apparente di posti di lavoro, creati nel corso del periodo considerato, il numero di posti di lavoro eventualmente soppressi nel corso dello stesso periodo. Dall'altro, gli stessi Orientamenti precisano, alla nota a piè di pag. 33, che il numero di posti di lavoro corrisponde al numero di ULA, vale a dire al numero di lavoratori subordinati occupati a tempo pieno per un anno, ove il lavoro a tempo parziale o il lavoro stagionale costituiscono frazioni di ULA. Ne consegue che, secondo questi ultimi Orientamenti, per creazione di posti di lavoro si intende l'incremento netto del numero di dipendenti occupati a tempo pieno per un anno (ove il lavoro a tempo parziale o il lavoro stagionale costituiscono frazioni di ULA) nello stabilimento considerato rispetto alla media di un periodo di riferimento. Pertanto, ai sensi di tali Orientamenti, il secondo termine di raffronto dell'organico nel tempo è costituito non dall'organico dell'impresa al giorno dell'assunzione, ma dal numero di dipendenti calcolato in ULA, vale a dire su un periodo di un anno.

Incremento occupazionale e sgravi alla luce del recente intervento della Corte di Giustizia

Sommario: **1.** La fattispecie concreta e l'ordinanza di rimessione. – **2.** La sentenza della Corte di Giustizia. – **3.** Considerazioni conclusive.

1. Tra gli obiettivi fondamentali della politica economica e sociale dello Stato italiano particolare rilievo ha assunto quello di promuovere l'occupazione.

A tal fine con diverse disposizioni di legge sono state adottate misure volte ad incentivare le imprese ad aumentare il loro livello occupazionale. La decisione della Corte di Giustizia riguarda un rinvio pregiudiziale ad opera del Tribunale di Nocera Inferiore in merito

alle modalità corrette di verifica dell'incremento delle unità di lavoro annuo (ULA) come presupposto per ottenere gli sgravi.

Nel caso in esame, la società opponente aveva proposto, innanzi al Tribunale di Nocera Inferiore, opposizione a cartella esattoriale a seguito di verbale di accertamento redatto da ispettori Inps che aveva negato la spettanza degli sgravi contributivi avendo preso a raffronto, al fine di verificare la sussistenza della condizione relativa all'incremento del numero dei dipendenti, il numero medio ULA (unità di lavoro annuo) dell'anno precedente l'assunzione con l'organico dell'impresa alla data dell'assunzione stessa e non, come sostenuto da parte opponente, quello del numero medio ULA dell'anno successivo all'assunzione.

La società opponente operava nella Regione Campania nel settore delle conserve alimentari e la sua attività principale consisteva nella trasformazione dei pomodori in conserve. Tale attività era caratterizzata ogni anno da un picco stagionale dal mese di luglio al mese di ottobre, per cui si era resa necessaria l'assunzione di numerosi lavoratori stagionali. Essa aveva fruito, in successione, dei due regimi di aiuti oggetto della causa principale di cui alle l. n. 448/1998 e l. n. 448/2001, per l'assunzione di sette persone rientranti nel primo regime e di altre due rientranti nel secondo. Invero con la l. n. 448/1998, art. 3, n. 5 e n. 6, il legislatore italiano aveva statuito che per i lavoratori nuovi assunti per gli anni 1999-2001 che avessero incrementato il numero di quelli effettivamente occupati al 31 dicembre 1998, i datori di lavoro privati e gli enti pubblici economici operanti nelle Regioni Campania, Basilicata, Sicilia, Puglia, Calabria e Sardegna avrebbero fruito, per un periodo di tre anni dalla data di assunzione, dello sgravio totale dei contributi dovuti all'Inps sulle retribuzioni assoggettate a contribuzione per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti. Tale disposizione era applicabile anche nelle Regioni Molise e Abruzzo, ma soltanto per le persone assunte nel 1999.

L'art. 3, n. 6, della legge medesima aveva anche indicato le condizioni alle quali era subordinata la concessione degli aiuti. A seguito degli scambi intercorsi tra le autorità italiane e la Commissione, la condizione relativa all'incremento del numero di dipendenti era stata riformulata nel senso che l'impresa, anche se di nuova costituzione, doveva realizzare un incremento del numero di dipendenti a tempo pieno. La creazione di posti di lavoro era calcolata in rapporto alla media ULA in base al concetto espresso al punto 3.2, nota 8, della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle piccole e medie imprese, dei lavoratori dell'impresa nel corso dei dodici mesi precedenti l'assunzione.

Con decisione 6 dicembre 2002, la Commissione aveva altresì deliberato di considerare compatibile con il Trattato CE un nuovo regime di aiuti, istituito dall'art. 44 della l. n. 448/2001, notificato dalla Repubblica Italiana a tale istituzione il 28 novembre 2001 e recante proroga del precedente regime di aiuti.

Tale nuovo regime ha mantenuto le condizioni imposte da quello anteriore. In particolare, la condizione relativa all'incremento del numero di dipendenti è stata formulata, in seguito a osservazioni della Commissione, negli stessi termini di quelli suindicati, ma con riferimento, questa volta, al punto 4.12 e alla nota a piè di pag. 33 degli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale.

Con circolari intervenute nel tempo successivo alla data di entrata in vigore delle leggi citate, l'Inps ha precisato che l'incremento occupazionale doveva essere realizzato all'atto dell'assunzione con riferimento alla media dei lavoratori dell'impresa occupati nei dodici mesi precedenti l'assunzione.

Il giudice *a quo* domanda, nell'ordinanza di rinvio, quale sia l'esatta interpretazione della normativa comunitaria per quanto riguarda il secondo termine di paragone dell'organico che deve essere preso in considerazione per verificare il rispetto della condizione relativa all'incremento del numero dei dipendenti. Tale giudice ritiene, da un lato, che il metodo utilizzato dall'Inps sia irragionevole e discriminatorio nei confronti delle imprese che e-

sercicino attività stagionali e, dall'altro, che il «confronto tra [il numero di] ULA dell'anno prima [dell']assunzione e [quello] dell'anno successivo pare più conforme allo spirito dell'aiuto, che è quello di favorire la creazione di nuova occupazione per un certo arco temporale».

Il quesito posto alla Corte è stato il seguente: «Se il diritto comunitario recato dagli Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione, dagli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale, e dal regolamento [...] n. 2204/2002 [...] debba essere interpretato nel senso che, per verificare se vi sia stato incremento dei posti di lavoro, si debba operare il confronto tra la media ULA dell'anno precedente all'assunzione e la media ULA dell'anno successivo all'assunzione, o se invece debba essere interpretato nel senso che si debba, o anche solo si possa, operare il confronto tra la media ULA dell'anno precedente all'assunzione ed il dato puntuale della forza lavoro esistente in azienda nel solo giorno dell'assunzione».

2. La Corte con la sentenza in epigrafe ha ritenuto che la questione pregiudiziale vada risolta affermando che «gli Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione devono essere interpretati, per quanto attiene alla verifica della sussistenza di un aumento del numero di posti di lavoro, nel senso che si deve porre a raffronto il numero medio di ULA dell'anno precedente all'assunzione con il numero medio di ULA dell'anno successivo all'assunzione» (punto 32 della sentenza).

La sentenza, interessante per la soluzione finale adottata, ha richiamato preliminarmente i principi del diritto comunitario applicabili nel caso di specie, in particolare il punto 17 degli Orientamenti in materia di aiuti all'occupazione che così recita: «[...] È opportuno precisare che per creazione di posti di lavoro deve intendersi creazione netta, vale a dire comportante almeno un posto supplementare rispetto all'organico (calcolato come media su un certo periodo) dell'impresa in questione. La semplice sostituzione di un lavoratore senza ampliamento dell'organico, e quindi senza creazione di nuovi posti di lavoro, non rappresenta una creazione effettiva di occupazione».

La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle piccole e medie imprese (in *GUCE*, 1996, C 213, 4) stabilisce, alla nota a piè di pag. 8, punto 3.2, che il «numero di dipendenti occupati è calcolato in unità di lavoro-anno (ULA) ed è pari al numero di dipendenti a tempo pieno durante un anno, conteggiando il lavoro a tempo parziale o il lavoro stagionale come frazioni di ULA».

Nella sentenza in questione vengono richiamati anche gli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale del 1998, che al punto 4.12, recitano quanto segue: «Per creazione di posti di lavoro s'intende l'incremento netto del numero di posti di lavoro [...] nello stabilimento considerato rispetto alla media di un periodo di riferimento. Si deve quindi detrarre dal numero apparente di posti di lavoro creati nel corso del periodo considerato, il numero dei posti di lavoro eventualmente soppressi nel corso dello stesso periodo [...]».

La nota a piè di pag. 33 di tali Orientamenti precisa che il «numero di posti di lavoro corrisponde al numero di unità di lavoro/anno (ULA), cioè al numero di lavoratori subordinati occupati a tempo pieno per un anno; il lavoro a tempo parziale o il lavoro stagionale sono frazioni di ULA».

Ai sensi del punto 4.14 degli stessi Orientamenti, gli «aiuti alla creazione di posti di lavoro devono essere subordinati, tramite le loro modalità di versamento o le loro condizioni di concessione, al mantenimento dei posti di lavoro creati per un periodo minimo di cinque anni».

Il regolamento (CE) della Commissione 12 gennaio 2001, n. 70, relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese (in *GUCE*, 2001, L 10, 33), dispone, all'art. 4, n. 6, lett. *b* e *c*, che «il progetto d'investimento deve portare ad un aumento netto del numero di dipendenti dell'impresa

interessata, rispetto alla media dei dodici mesi precedenti», e che «i posti di lavoro creati devono essere conservati per un periodo minimo di cinque anni».

Per quanto attiene al regolamento n. 2204/2002, il suo art. 4, n. 4, lett. *a e b*, prevede che «i posti di lavoro creati devono rappresentare un incremento netto del numero di dipendenti sia dello stabilimento che dell'impresa interessata, rispetto alla media dei dodici mesi precedenti», e che «i posti di lavoro creati devono essere conservati per un periodo minimo di tre anni o di due anni nel caso delle [piccole e medie imprese]». Ai sensi dell'art. 2, lett. *e*, di tale regolamento, per «numero di dipendenti» si intende il «numero di unità di lavoro-anno (ULA), vale a dire il numero di lavoratori occupati a tempo pieno durante un anno, conteggiando il lavoro a tempo parziale ed il lavoro stagionale come frazioni di ULA».

Questa stessa definizione di «numero di dipendenti» figura alla nota a piè di pag. 52 degli Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013 (*GUUE*, 2006, C 54, 13), in cui, al punto 58, si afferma che per «creazione di posti di lavoro» si intende «l'incremento netto del numero di dipendenti [...] direttamente impiegati nello stabilimento considerato rispetto alla media dei dodici mesi precedenti» e che, conseguentemente, si deve «detrarre dal numero apparente di posti di lavoro creati nel corso del periodo di dodici mesi considerato il numero dei posti di lavoro eventualmente soppressi nel corso dello stesso periodo».

La Corte, inoltre, ha sottolineato che la Commissione ha progressivamente precisato il metodo di calcolo dell'incremento netto di posti di lavoro o di dipendenti. Alla luce di tali precisazioni, risulta che il secondo termine di raffronto dell'organico di un'impresa nel tempo è costituito, al pari del primo, da un numero di ULA e, conseguentemente, che i termini di tale raffronto corrispondono entrambi ad un periodo di un anno. Ciò in quanto il metodo di calcolo dell'incremento del numero dei posti di lavoro o dei dipendenti non può che fondarsi sul raffronto di dati omogenei che consentono di misurare lo sforzo prodotto nel tempo dall'impresa beneficiaria di un aiuto per creare posti di lavoro. Diversamente, un metodo per cui porre a raffronto il numero medio di ULA dell'anno precedente all'assunzione con il dato puntuale del numero di dipendenti dell'impresa al giorno dell'assunzione fornirebbe, al riguardo, un risultato più aleatorio, in quanto più soggetto a fluttuazioni temporanee e, conseguentemente, meno rappresentativo della situazione reale dell'impresa sul piano dell'occupazione.

La Corte ha così ritenuto che le modalità di calcolo specificate dalla Commissione rispondono parimenti all'intento di favorire la stabilità o la continuità dell'occupazione, espresso in particolare al punto 21, terzo trattino, degli Orientamenti in materia di aiuti a favore dell'occupazione, che si traduce inoltre nell'obbligo, previsto dagli Orientamenti esaminati, di mantenere i posti di lavoro creati per un periodo minimo. Ciò non è peraltro discriminatorio nei confronti delle imprese la cui attività sia stagionale, in quanto il lavoro stagionale è parimenti incluso, quale frazione di ULA, nel secondo termine del raffronto operato per verificare la sussistenza della condizione relativa alla creazione di posti di lavoro netti.

3. La sentenza in commento sembra porsi nell'ottica già delineata dalla Commissione, che in materia di aiuti di Stato per favorire l'occupazione ha adottato una strategia atta a promuovere interventi che non falsino la concorrenza all'interno del mercato. A tale scopo si ritiene doversi agevolare proprio la effettiva creazione di posti di lavoro, in particolare a favore dei lavoratori che non hanno ancora trovato impiego o dei lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi nel mercato del lavoro, cioè giovani o disoccupati di lunga durata, al fine di correggere quello che viene definito un fallimento del mercato. Ed il criterio da preferire per il computo dell'incremento occupazionale non può che essere un criterio che mira a porre a raffronto misure omogenee per calcolare tale incre-

mento; nel caso di specie, proprio il numero medio ULA dell'anno precedente l'assunzione con il numero medio ULA dell'anno successivo all'assunzione. Certo non si possono tacere le difficoltà pratiche di tale criterio di calcolo il cui pronostico da farsi al momento dell'assunzione del lavoratore dovrà poi dall'impresa essere rispettato, al fine di non dovere restituire l'ammontare dei benefici già fruiti.

Maria Rosaria Battiato
Avvocato Inps

2. Competitività e sviluppo

2.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Global recession: Europe's way out*, Background paper della conferenza di Dublino, 5-6 novembre 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 34).

Le soluzioni europee per uscire dalla crisi: analisi delle criticità

Il documento di analisi sugli effetti occupazionali della crisi economica mondiale che ha ispirato il dibattito in seno alla conferenza di novembre 2009 della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions registra l'emergere di cambiamenti epocali che minano equilibri consolidati nel mercato del lavoro comunitario (EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Global Recession – Europe's Way Out*, Background Paper per la Conferenza di Dublino del 5-6 novembre 2009, in epigrafe).

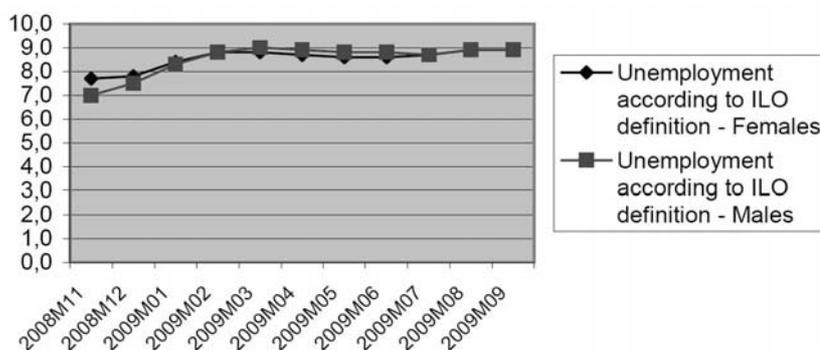
Se in Europa il rapido deterioramento del Prodotto Interno Lordo sembra registrare una battuta di arresto, le previsioni occupazionali non sono altrettanto ottimiste e si teme che la contrazione del mercato del lavoro possa perdurare fino alla metà del 2010. Nell'agosto del 2009, i numeri della disoccupazione sono aumentati almeno di ben cinque milioni di unità rispetto all'anno precedente, portando a ventidue milioni il numero di persone senza un posto di lavoro e a 9,1% il tasso medio di disoccupazione nell'Unione europea.

L'allarme attiene al protrarsi nel tempo degli effetti occupazionali della recessione, secondo il monito lanciato dall'ILO: esperienze trascorse dimostrano come la stabilizzazione del tasso di occupazione ai livelli precedenti la crisi impieghi in media 4-5 anni (ILO, *Tackling the global jobs crisis – Recovery through decent work policies*, International Labour Conference, 98th Session, Geneva, 2009).

La paventata *jobless recovery* incide soprattutto sulla sfera del consumo personale, alimentando il rischio di minare l'efficacia stessa delle politiche redistributive poste in essere dai numerosi pacchetti di recupero approvati dai governi nazionali e finalizzati allo stimolo dei livelli aggregati di spesa.

Oltre l'impatto quantitativo, l'anomalia della crisi occupazionale in corso concerne il profilo demografico della popolazione più gravemente colpita dalla contrazione del mercato del lavoro. In Europa, la perdita di posti di lavoro interessa soprattutto i lavoratori giovani, di sesso maschile, impiegati nelle linee operative del settore manifatturiero. Questa tendenza ha fatto sì che il tasso di disoccupazione degli uomini sorpassasse, nel primo semestre del 2009, quello femminile nella media comunitaria.

Grafico 1 – Tassi di disoccupazione.



Fonte: Elaborazione dell'Autore sulla base degli indicatori mensili del mercato del lavoro Eurostat.

L'inversione di tendenza, raffigurata nel grafico, può essere imputata all'impatto disomogeneo della crisi nei diversi settori di industria. In particolare, il deterioramento rapido e significativo del mercato del lavoro ha coinvolto *in primis* l'edilizia ed il manifatturiero (-1,7%), settori tradizionalmente poco femminilizzati, nonché il ramo dei servizi finanziari, dove può essere rinvenuta l'eziologia stessa della crisi. Corollario di tale rilevanza è che, la combinazione della crisi dell'industria manifatturiera in Europa e contemporaneamente anche negli Stati Uniti ha favorito la corsa del gigante cinese verso il primato mondiale dell'esportazione di beni di consumo.

Il fenomeno inoltre si è manifestato in maniera difforme nei diversi paesi dell'Unione europea. Dall'inizio della recessione al primo quadrimestre 2009, la perdita di posti di lavoro ha colpito più gravemente la popolazione maschile residente in Irlanda (-8%) ed in Spagna (-7%) (EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Restructuring in Recession*, ERM Report 2009, in indice A-Z, *Competitività e sviluppo*).

Di contro, in Europa l'occupazione ha registrato una timida crescita proprio nei settori dove la presenza di forza lavoro femminile appare preponderante, come i servizi sanitari, l'istruzione e formazione. In particolare, si rileva un sostanziale incremento dell'occupazione per la fascia di popolazione femminile in età avanzata (dai 55 ai 64 anni), che persiste dai primi mesi della recessione. Tale fenomeno è in controtendenza con l'andamento dei tassi di occupazione maschile, ma in linea con quanto verificatosi nella precedente crisi dei primi anni Novanta, imputata all'esplosione della bolla di internet.

L'analisi micro-sociologica dei comportamenti individuali potrebbe aiutare a comprendere la possibile *ratio* che spinge le donne ad una maggiore partecipazione al mercato del lavoro proprio in tempi di crisi economica: ad aumentare nel 2009 è stato proprio il part-time femminile, un dato che suggerisce l'ipotesi dell'effetto "*opting out*" per la redistribuzione del reddito e dei tempi di vita/lavoro a livello di singolo nucleo familiare.

Complementare è anche il focus analitico a livello istituzionale: il primato della linea interventista che ha caratterizzato le misure di recupero a livello mondiale è stata funzionale alla conservazione e creazione di posti di lavoro in settori tradizionalmente pubblici ovvero parastatali, quali appunto sanità ed istruzione.

La Fondazione di Dublino lancia un appello affinché il ricorso diffuso agli aiuti di Stato per il sostegno alla produzione e conseguentemente all'occupazione in particolari settori depressi dell'economia non generi anomalie nel funzionamento strutturale del mercato

unico. Ciò può realizzarsi solo attraverso un effettivo coordinamento delle politiche industriali a livello comunitario, complementare e di rinforzo alle misure auspiccate nel Pacchetto di Recupero Economico Comunitario (EERP), approvato nel novembre del 2008.

Negli Stati membri, la ristrutturazione di interi settori dell'economia è stata accompagnata, più o meno marcatamente, dall'adozione di leve strategiche per rilancio dell'occupazione, in particolare incentivi governativi per l'integrazione del reddito dei lavoratori coinvolti in programmi organizzativi volti al contenimento dei costi del personale, da un lato, e ricorso ai più diffusi ammortizzatori sociali attivi, quali piani di formazione professionale sovvenzionati con fondi pubblici, dall'altro.

Tuttavia, la Fondazione di Dublino mette in guardia di fronte alle potenziali criticità che potrebbero emergere a fronte di un uso protratto di tali strumenti nel lungo termine. Il pericolo maggiore è che squilibri nella distribuzione tra il polo attivo e inattivo della popolazione, temporaneamente imputabili alla congiuntura critica dell'economia mondiale, possano cristallizzarsi nel tempo ed esacerbare l'esclusione delle fasce deboli dal mercato del lavoro.

In particolare, la Fondazione tripartita si interroga sulla sostenibilità nel lungo termine dell'adozione di programmi, da parte delle organizzazioni che operano nei settori in crisi, volti ad arginare il pericolo di tagli al personale attraverso accordi per la riduzione dell'orario di lavoro, come l'aumento del part-time, l'utilizzo incrementale della banca ore, piuttosto che tagli temporanei alle retribuzioni, che a cavallo tra 2008 e 2009 ammontavano al 10-20% nella media comunitaria (EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Restructuring in Recession*, cit.).

Il monito è che, in assenza di un'effettiva ripresa dell'economia, l'eventualità di licenziamenti collettivi non sia mai scongiurata del tutto, ma solo prorogata. Inoltre, l'orario ridotto può alterare il cambiamento strutturale del mercato del lavoro, mantenendo artificialmente elevati i livelli occupazionali in settori industriali in forte declino ed ostacolando il trasferimento funzionale di forza lavoro nelle aree emergenti di un mercato altamente competitivo e globalizzato.

Tra gli interventi adottati dagli Stati membri per l'occupazione e l'occupabilità si rileva anche il ricorso estensivo ad incentivi per programmi di formazione professionale, in particolare rivolti ad arginare la fuoriuscita dal mercato del lavoro delle fasce più deboli della popolazione.

L'ERM Report 2009 cita, in proposito, il programma britannico "*Train to Gain*", ovvero il ceco "*Školení je šance*", nonché una serie di ulteriori iniziative, quali la riforma austriaca della normativa sui permessi retribuiti per formazione. In generale, gli interventi formativi sovvenzionati favoriscono l'acquisizione di competenze generiche non necessariamente ancorate ai fabbisogni di settore o addirittura di singolo sito di produzione. L'ipotesi che emerge dalla lettura del documento della Fondazione di Dublino è infatti che, in presenza di situazioni estreme di depressione economica e disoccupazione di massa, misure volte alla formazione professionale *ad hoc* ovvero finalizzate all'acquisizione di competenze "*hard*" immediatamente spendibili su un mercato del lavoro deficiente di reali opportunità occupazionali possano avere effetti altrettanto demoralizzanti sulla popolazione target quanto lo stesso status di disoccupazione ed inattività. In particolare, la Fondazione di Dublino ribadisce che gli ammortizzatori sociali attivi non potranno mai supplire al ruolo delle politiche industriali nella creazione di nuovi posti di lavoro, ma solo favorire una più equa e diffusa partecipazione di tutti i segmenti della popolazione alla vita economica del paese.

Utilizzando l'Iniziativa per l'Istruzione degli Adulti di matrice svedese come *benchmark*, la Fondazione tripartita avanza proposte alternative che, nel caso di una severa e persistente situazione di recessione economica, possono risultare ben più efficaci nel lungo termine del ricorso ad interventi estemporanei per la formazione professionale.

L'adozione di politiche pubbliche incentivanti l'istruzione di carattere generale ovvero il conseguimento di un titolo scolastico presenta, nel lungo periodo, un ritorno in termini di livelli remunerativi più elevati e, nell'immediato, una soddisfazione intrinseca per quei destinatari che, già in una fase difficile della propria vita lavorativa, non vedranno ulteriormente deluse le proprie aspettative legate al futuro professionale prossimo.

Il carattere temporalmente e geograficamente mirato delle politiche adottate nei singoli Stati membri dimostra la natura "sintomatica" dei trattamenti finora realizzati per il rilancio del mercato del lavoro. La Fondazione tripartita suggerisce che solo l'integrazione di tali misure settoriali con interventi macro-economici di più ampio respiro, coordinati a livello comunitario, possa contribuire, nel lungo periodo, al raggiungimento dell'obiettivo principale della Strategia di Lisbona, cioè fare dell'Unione europea l'economia della conoscenza più avanzata nel mondo.

In sintesi, l'appello lanciato e rivolto ai singoli governi nazionali è quello di non ostacolare artificialmente, ma accompagnare la ristrutturazione a livello macro-settoriale ovvero organizzativo con misure volte a favorire transizione e mobilità dei lavoratori, ribadendo dunque il primato della filosofia comunitaria della *flexicurity*, che non dovrà essere immolata in nome del soddisfacimento di obiettivi di breve periodo dettati da avverse situazioni congiunturali.

La chiave per il successo delle scelte dei decisori politici risiede nella comprensione dei fattori strategici nel cambiamento epocale dell'economia europea. Secondo la programmazione quadriennale della Fondazione di Dublino, bisognerà puntare su politiche lungimiranti che prendano in considerazione quattro pilastri fondanti: il cambiamento climatico e demografico, la globalizzazione e l'innovazione tecnologica.

3. Licenziamento collettivo

3.1. C. Giust. 16 luglio 2009, in causa C-12/08, *Mono Car Styling SA c. Dervis Odemis e altri* (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 25).

Licenziamento collettivo - Domanda di pronuncia pregiudiziale - Direttiva n. 98/59/CE - Artt. 2 e 6 - Procedura di informazione e consultazione del personale in caso di licenziamenti collettivi - Obblighi del datore di lavoro - Diritto di ricorso dei lavoratori - Obbligo di interpretazione conforme.

L'art. 6 della direttiva del Consiglio 20 luglio 1998, n. 98/59/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, in combinato disposto con l'art. 2 della medesima, dev'essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che istituisce procedure volte a consentire sia ai rappresentanti dei lavoratori sia a questi ultimi, individualmente considerati, di far controllare l'osservanza degli obblighi previsti da tale direttiva, ma che limita il diritto di azione individuale dei lavoratori quanto alle censure che possono essere sollevate e lo assoggetta alla condizione che i rappresentanti dei lavoratori abbiano previamente formulato obiezioni nei confronti del datore di lavoro e che il lavoratore interessato abbia previamente comunicato al datore di lavoro il fatto che lamenta l'inosservanza della procedura di informazione e di consultazione. La circostanza che una normativa nazionale, che istituisce procedure che consentono ai rappresentanti dei lavoratori di far controllare che il datore di lavoro osservi il complesso degli obblighi di informazione e di consultazione della direttiva n. 98/59, corredi di limiti e di condizioni il diritto d'azione individuale riconosciuto anche a ciascun lavoratore colpito da un licenziamento collettivo non è idonea a violare il principio della tutela giurisdizionale effettiva. L'art. 2 della direttiva n. 98/59 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazio-

nale che riduca gli obblighi del datore di lavoro che intende procedere a licenziamenti collettivi rispetto a quelli dettati dal citato art. 2. Nell'applicare il diritto interno il giudice nazionale deve, in virtù del principio dell'interpretazione conforme del diritto nazionale, prendere in considerazione il complesso delle norme di quest'ultimo ed interpretarlo, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva n. 98/59 onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima. Esso è pertanto tenuto a garantire, nell'ambito della sua competenza, che gli obblighi che incombono a siffatto datore di lavoro non siano ridotti rispetto a quelli dettati dall'art. 2 della citata direttiva.

Procedure di informazione e consultazione in caso di licenziamento collettivo

Sommario: 1. Premessa: la direttiva n. 98/59. – 2. La sentenza *Mono Car*: la natura, individuale o collettiva, dei diritti di informazione e consultazione. – 3. Sul contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 4. Sull'obbligo di interpretazione conforme.

Il Consiglio della Cee, nel 1992, ha emanato una nuova direttiva in tema di licenziamenti collettivi richiamando la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori dove, tra l'altro, era previsto che la realizzazione del mercato interno dovesse «portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea» (primo “considerando”).

Le prime due modifiche attengono al *campo di applicazione della direttiva*.

In primo luogo, il legislatore comunitario afferma «che per calcolare il numero di licenziamenti previsti nella definizione di licenziamenti collettivi [...] occorre assimilare ai licenziamenti altre forme di cessazione del contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro, purché i licenziamenti siano almeno cinque».

La *ratio* della modifica è rinvenibile nella proposta di modifica della direttiva presentata dalla Commissione dove si legge che «la direttiva intende disciplinare non tanto le situazioni di licenziamento nel senso giuridico del termine, ma le situazioni di soppressione del posto di lavoro» e prosegue, affermando che «a tale riguardo è sintomatica l'utilizzazione del termine inglese del concetto di *redundancy*» (sul tema si veda M. BIANCHI, *Nuove regole in tema di licenziamenti collettivi*, in *DPL*, 1992, n. 25, 1664).

Non meno rilevante è la soppressione, nell'art. 1, della lett. *d* del comma 2. In sostanza, il legislatore comunitario prevede che la direttiva, in linea di massima, sia applicabile anche ai licenziamenti collettivi determinati da cessazione delle attività dello stabilimento conseguente ad una decisione giudiziaria.

Per quanto riguarda le *procedure di informazione e consultazione* con i rappresentanti dei lavoratori viene previsto che gli obblighi devono essere assolti «in tempo utile» dal datore di lavoro. Quest'ultimo, oltre alle ragioni del licenziamento, al numero di lavoratori da licenziare e di quelli abitualmente impiegati, al periodo in cui prevede di effettuare i licenziamenti (informazioni già previste nella direttiva del 1975) deve comunicare per iscritto anche le categorie dei lavoratori da licenziare, i criteri di scelta per la selezione di questi ultimi ed il metodo di calcolo di eventuali indennità di licenziamento diverse da quelle previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali.

Si prevede, inoltre, che al fine di attenuare le conseguenze sociali del licenziamento, possano essere oggetto delle trattative con i rappresentanti dei lavoratori in sede di consultazione anche «misure sociali di accompagnamento, intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati».

Principali fonti di ispirazione di tale previsione (cfr. B. GRANATA, *Le direttive comunitarie in materia di licenziamenti collettivi e l'ordinamento italiano*, in *I licenziamenti collettivi*, in *QDLRI*, 1997, 167) sono stati il *plan social* francese (G. LYON-CAEN, A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, Parigi, 1991, 283; J. ROJOT, *I li-*

enziamenti collettivi in Francia, in *DLRI*, 1992, 167, C. SPINELLI, *Il licenziamento per motivi economici in Francia: profili legislativi e giurisprudenziali*, in *q. Rivista*, 1996, n. 2, 139; C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *RGL*, 1995, I, 242) ed il programma sociale tedesco (M. WEISS, *I licenziamenti collettivi nell'ordinamento tedesco*, in *DLRI*, 1992, n. 2, 157).

In un nuovo art. 5-bis viene, poi, previsto che «Gli Stati membri provvedono affinché i rappresentanti dei lavoratori e/o i lavoratori dispongano di procedure amministrative e/o giurisdizionali per far rispettare gli obblighi previsti dalla presente direttiva».

È, infatti, caduta la proposta della Commissione che faceva riferimento «all'annullamento dei licenziamenti collettivi, indipendentemente dalla esperibilità di altre procedure».

In sostanza, è stato accolto il suggerimento del Comitato economico e sociale che, in determinate circostanze (ad esempio nel caso in cui l'impresa abbia liquidato i suoi affari o rischi il fallimento), riteneva non adeguata la sanzione auspicando metodi diversi o aggiuntivi per assicurare l'applicazione della direttiva.

Le direttive del 1975 e del 1992 sono state riscritte – senza alcuna modifica nel contenuto – attraverso il sistema della c.d. “codificazione” e trasfuse nella direttiva 20 luglio 1998, n. 98/59 (per un commento si veda R. BLANPAIN, M. COLUCCI, *Il diritto comunitario del lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 2000, 427 ss., R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2002, 178 ss., G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2001, 61 ss., M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 1 ss.).

In sintesi, possiamo dire che con la direttiva n. 98/59 si è inteso fissare, in caso di licenziamenti collettivi, una serie di vincoli di tipo procedurale senza vincolare, sotto il profilo sostanziale, le scelte dell'imprenditore che rimane libero di procedere a licenziamenti (sentenza 7 settembre 2006, cause riunite da C-187/05 a C-190/05, punto 35) e, più in generale, di organizzare la propria attività economica nel modo che ritiene più opportuno (sentenza 7 dicembre 1995, in causa C-449/93, *Rockfon c. Specialarbejderforbundet i Danmark, acting on behalf of Søren Nielsen et alii*, in *Racc.* 1995, I-4291, punto 21).

È del resto significativo che la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia concentrata soprattutto sull'ambito di applicazione della direttiva.

Nell'ultimo periodo, però, si avverte un significativo mutamento di rotta nelle questioni sottoposte alla Corte.

L'elevazione dell'informazione e consultazione dei lavoratori nell'ambito dell'impresa al rango di diritti fondamentali dell'Unione (art. 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) ed il consolidarsi di un modello procedurale consacrato attraverso la direttiva che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori (direttiva n. 2002/14/CE dell'11 marzo 2002. Sul tema si veda M. MAGNANI, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni d'impresa*, in *DL*, 2005, n. 2, 137. Da ultimo, si veda la direttiva n. 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo e di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie. Per un primo commento si veda R. SCHIAVONE, *La nuova direttiva CAE*, in *DPL*, 2009, n. 28) ha creato i presupposti per l'emergere di una serie di questioni attinenti ai diritti di informazione e consultazione che la Corte ha dovuto affrontare in due importanti decisioni (nella sentenza 10 settembre 2009, in causa C-44/08, *Akavan Eriyisalojen Keskusliitto et alii*, di prossima pubblicazione in *q. Rivista*, 2010, n. 1, con nota di R. COSIO, è stato affrontato, ad esempio, il delicatissimo tema dell'informazione e consultazione dei lavoratori coinvolti in procedimenti di riduzione del personale nell'ambito di gruppi di imprese).

2. La Corte, nella sentenza in epigrafe, ha chiarito alcuni aspetti della normativa comunitaria in materia di licenziamenti collettivi che attengono alla natura, individuale o collettiva, dei diritti conferiti dalla direttiva n. 98/59/CE e al possibile conflitto con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva di un sistema normativo che limiti e condizioni il diritto individuale dei lavoratori ad agire per far controllare l'osservanza degli obblighi di informazione e consultazione. La parte finale della sentenza si segnala, infine, per le precisazioni effettuate in tema di obbligo di interpretazione conforme.

In sintesi, i fatti di causa. Nel corso del 2004, la società Mono Car, che operava nel settore della fabbricazione di parti di automobili, attraversava una fase particolarmente difficile dovuta al forte calo degli ordini ricevuti. In tale contesto, la società decideva di ridurre il proprio organico attraverso un licenziamento collettivo.

Nel corso della procedura veniva raggiunto un accordo con i rappresentanti dei lavoratori (sul numero dei dipendenti da licenziare e su specifiche misure di compensazione a favore di chi doveva essere licenziato). Alcuni lavoratori (ventuno) ritenevano che fossero stati violati alcuni obblighi procedurali previsti dalla normativa sui licenziamenti collettivi. Il giudice belga sollevava una serie di questioni.

Con la prima questione il giudice di rinvio interrogava la Corte sulla compatibilità con l'art. 6 della direttiva n. 98/59 di una disposizione nazionale che subordini il diritto di un singolo lavoratore ad impugnare un licenziamento collettivo al fatto che siano lamentate specifiche violazioni (mancato rispetto delle condizioni previste dall'art. 66 della legge belga del 1998) e al fatto che i rappresentanti dei lavoratori abbiano formalmente contestato al datore di lavoro le presunte violazioni in questione.

A monte del quesito si pone, ovviamente, il problema se la direttiva n. 98/59 conferisca dei diritti e, in caso affermativo, se tali diritti abbiano natura individuale o collettiva.

L'art. 67 della legge belga del 1998 – che prevede una serie di limiti per il diritto del singolo lavoratore di impugnare un licenziamento collettivo – può essere interpretato in due modi radicalmente diversi. Secondo una prima interpretazione (patrocinata dalla stessa Cour du Travail di Liège) i limiti alle possibilità di ricorso individuale fissati dall'art. 67 sarebbero applicabili soltanto ai ricorsi diretti ad ottenere la reintegrazione del lavoratore licenziato o la sospensione del termine di preavviso. Una seconda interpretazione, invece, ritiene che i limiti alle possibilità di ricorso individuali contenute nell'art. 67 della legge del 1998 si applichino a tutti i ricorsi individuali proposti dal lavoratore contro il licenziamento (ad esempio, per ottenere un risarcimento del danno). È chiaro che, seguendo la prima interpretazione, il procedimento avrebbe perso «qualunque rilievo» (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale, punto 18). La Corte, rilevando che (comunque) «le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto comunitario», ha dichiarato ricevibili i quesiti. Inoltre, essa ha ritenuto, sia pure implicitamente, che la direttiva conferisca dei diritti (è interessante notare come il legislatore comunitario, nell'art. 6 della direttiva n. 98/59, preferisca parlare di “obblighi”, anziché utilizzare il termine “diritti”) e ha affermato «che il diritto all'informazione e consultazione», previsto dalla direttiva n. 98/59, «è destinato ai rappresentanti dei lavoratori e non ai lavoratori considerati individualmente» (punto 38).

L'affermazione è supportata, sul piano letterale, da una serie di indici desumibili dagli artt. 1 e 2 della direttiva (punto 39), dall'interpretazione «teleologica della direttiva 98/59» (punto 40), e dai precedenti della Corte (punto 41) (la Corte richiama la fondamentale sentenza 8 giugno 1994, in causa C-383/92, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1994, I-2479. Per un commento si veda LORD WEDDEBURN OF CHARTON, *Il diritto inglese davanti alla Corte di giustizia. Un frammento*, e G. LYON-CAEN, *Il Regno Unito: allievo indisciplinato o ribelle indomabile*, entrambi in *DLRI*, 1994, n. 4, rispettivamente 691 e 679. Da ultimo si veda A. LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazio-*

ne di impresa, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 400).

L'affermazione, di per sé ineccepibile, trova conforto, sul piano sistematico, nella direttiva n. 2002/14 che considera i rappresentanti dei lavoratori quali *unici soggetti* effettivamente coinvolti nella procedura di informazione e consultazione.

Dalla ritenuta *natura (collettiva) dei diritti* (che trovano fondamento nella direttiva) discende che la stessa «non osta ad una normativa nazionale che [...] limita il diritto d'azione individuale dei lavoratori» (punto 45) «atteso che la normativa nazionale applicabile conferisce ai rappresentanti dei lavoratori un diritto di agire che [...] non è corredato da alcun limite o condizione specifica» (punto 43).

Affermazione che, al di là della sua linearità, dovrà, comunque, fare i conti con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali ai sensi del quale «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

Norma che, se non sarà oggetto di interpretazioni riduttive (nel senso di ritenerla operante solo in presenza di irregolarità gravi e non in presenza di illegittimità di tipo formale/procedurale), potrebbe mutare l'orientamento della Corte in senso più garantistico per i singoli lavoratori (il giudice di rinvio, peraltro, dovrà esaminare la questione se dalla normativa belga – e, segnatamente, in base all'art. 23 della Costituzione belga – emerga, comunque, un riconoscimento di un diritto individuale all'informazione e alla consultazione con le, ovvie, conseguenze del caso).

Peraltro, nel contesto delineato, la giurisprudenza italiana appare attestata su posizioni che garantiscono, pienamente, non solo il diritto di azione dei rappresentanti dei lavoratori, ma anche le azioni dei singoli dipendenti interessati da processi di riduzione del personale. Infatti, se, per un verso, la Suprema Corte afferma che «in ogni caso, i lavoratori coinvolti dalla procedura di mobilità non rientrano nel novero dei soggetti destinatari delle comunicazioni di avvio» (Cass. 5 aprile 2000, n. 4228, in *FI*, 2000, I, 2842), d'altro lato rileva che non può negarsi al *singolo lavoratore*, proprio perché quest'ultimo è il destinatario finale delle determinazioni concertate, *il diritto di far valere tali irregolarità*. «Del resto, se è vero che la legge affida alle organizzazioni sindacali il potere di rappresentare, nel corso della procedura, gli interessi dei lavoratori che ne vengono coinvolti, tuttavia non sussiste alcuna disposizione che autorizzi a ritenere che il singolo lavoratore non possa contestare la legittimità di atti dal quale possa derivargli pregiudizio» (sul tema si veda Cass. 2 ottobre 1999, n. 10961, in *OGI*, 1999, 1055. Sui problemi connessi agli obblighi di informazione e consultazione in materia di licenziamenti collettivi si veda R. FOGLIA, *Diritto di informazione e consultazione nella procedura di licenziamento collettivo*, in *ADL*, 2005, 169).

3. Con la seconda questione, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 67 della legge belga del 1998 «sia compatibile con i diritti fondamentali, in particolare, con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sancito dall'art. 6 della CEDU».

La Corte, dopo aver ricordato che il «diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (punto 47) e che «in via di principio spetta al diritto nazionale determinare la legittimazione e l'interesse ad agire di un singolo» (nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività; punto 49), conclude «nel senso che la circostanza che una normativa nazionale, che istituisce procedure che consentono ai rappresentanti dei lavoratori di far controllare che il datore di lavoro osservi il complesso degli obblighi di informazione e di consultazione della direttiva 98/59, corredi di limiti e condizioni il diritto d'azione individuale riconosciuto anche a ciascun lavoratore colpito da un licenziamento collettivo *non è idonea a violare il principio della tutela giurisdizionale effettiva*»; punto 52).

In sostanza, la Corte opera una sorta di simmetria tra la titolarità del diritto sostanziale e la possibilità di agire per ottenerne la tutela. Se un diritto ha natura collettiva, anche la sua tutela può avere natura collettiva.

La simmetria, però, potrebbe venir meno ove si ritenga, sulla base di quanto esposto nel paragrafo precedente, che, ai sensi dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali (o, dal punto di vista del diritto interno, dell'art. 23 della Costituzione belga), sia configurabile un *diritto individuale* all'informazione e alla consultazione. In questo caso, anche argomentando dal caso *Philis* (in cui la Corte ha affermato la contrarietà all'art. 6 della CEDU di una norma greca che riservava ad un'associazione professionale il diritto di agire in giudizio per ottenere il pagamento delle parcelle dovute da un libero professionista; cfr. CEDU, 27 agosto 1991, serie A, n. 209, sentenza *Philis c. Grecia*), potrebbe sostenersi la contrarietà all'art. 6 della CEDU di una normativa, come quella belga, che limita e condiziona l'azione individuale dei singoli dipendenti interessati da un procedimento di riduzione del personale (in generale, sull'argomento, si veda V. SCARABBA, *I sistemi sovranazionali "paracostituzionali" dell'UE e della CEDU ed i loro rapporti con i sistemi nazionali: "svolte" recenti e nuove frontiere della comparazione*, Relazione presentata al *I Colloquio biennale dei giovani comparatisti*, organizzato dalla Associazione Italiana di Diritto comparato sul tema *Le nuove frontiere del diritto comparato*, Macerata, 23-24 maggio 2008).

4. Con l'ultima questione, il giudice di rinvio interroga la Corte sulla possibilità che l'art. 2 della direttiva n. 98/59 osti ad una disposizione come l'art. 66, n. 1, secondo comma, della legge belga del 1998 che riduce gli obblighi del datore di lavoro che intenda procedere ad un licenziamento collettivo.

La risposta della Corte è secca: la direttiva osta, certamente, ad una riduzione degli obblighi procedurali previsti dalla direttiva (punto 56).

Tuttavia, la Corte fornisce due indicazioni di metodo al giudice belga: verificare se, nella specie, sia stato rispettato il contratto collettivo (che riproduce integralmente gli obblighi di cui all'art. 2 della direttiva n. 98/59) e interpretare il diritto interno «quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva n. 98/59 onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima» (punto 65).

La seconda indicazione consolida un orientamento (in tema di interpretazione conforme) che, progressivamente, si è fatto strada nella giurisprudenza della Corte e che tende a rafforzare il primato dell'ordinamento comunitario su quello nazionale.

Com'è noto, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale (a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva) alla luce della lettera e dello scopo della direttiva (C. Giust. 13 novembre 1990, in causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, I-4135). Tale obbligo grava su tutti gli organi degli Stati membri, ivi comprese (ovviamente), le giurisdizioni nazionali.

Il giudice, infatti (nell'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale), deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale mediante tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti, per conseguire il risultato perseguito dalla direttiva (sul tema si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, presentate il 30 giugno 2005, relative alla causa C-144/04, *Mangold*, punto 113).

Pertanto, il giudice nazionale deve utilizzare l'intero spazio valutativo ad esso concesso dalla norma interna (specie in presenza di clausole generali o concetti giuridici indefiniti) in favore del diritto comunitario (conclusioni presentate dall'Avvocato generale Kokott, il 27 ottobre 2005, relative alla causa C-212/04, *Kostantinos Adeneler*, punto 43).

L'obbligo di un'interpretazione conforme alla direttiva sussiste a prescindere dalla attuazione della direttiva stessa (C. Giust. 16 dicembre 1993, in causa C-334/92, *Wagner Mi-*

ret, in *Racc.*, I-6811, punto 20) e sorge (conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, *Mangold*, cit., punti 115 e 120) anche prima del termine di attuazione dell'atto.

Di conseguenza, in pendenza del termine di trasposizione, «anche i giudici devono fare tutto il possibile, nell'esercizio delle loro competenze, per evitare che il risultato voluto dalla direttiva possa essere compromesso. In altri termini, essi devono ugualmente sforzarsi di privilegiare l'interpretazione del diritto interno più aderente alla lettera e allo spirito della direttiva» (conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, *Mangold*, cit., punto 120).

L'obbligo di interpretazione conforme, peraltro, vige indipendentemente dalla idoneità del singolo atto a produrre effetti diretti.

Tale principio, infatti, costituisce «uno degli effetti strutturali» (conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, *Mangold*, cit., punto 117) della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più invasivo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario (l'interpretazione conforme non opera sia in presenza di principi dell'ordinamento interno in conflitto con i contenuti della direttiva – cfr. C. Giust. 7 marzo 1996, in causa C-192/94, *El Corte Inglés c. Blázquez Rivero*, in *Racc.*, 1996, I, 1281 – sia in mancanza di norme interne che possono essere interpretate alla luce della stessa – cfr. C. Giust. 16 dicembre 1993, in causa C-334/92, *Wagner Miret*, in *Racc.*, 1993, I-691). La dottrina ha giustamente osservato che tali precisazioni non attenuano la portata dell'obbligo interpretativo, ma costituiscono solo dei limiti operativi (cfr. L. NIGLIA, *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teorica dell'obbligo interpretativo*, in *RTDPC*, 2000, 76), utili a distinguere l'obbligo di interpretazione dalla teorica degli effetti delle direttive «che può operare a prescindere dalla presenza di normative nazionali di attuazione o comunque pertinenti la materia oggetto della direttiva» (cfr. SABATINI, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, n. 1, 131).

Proprio in ragione di detta natura, l'obbligo si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento, che si traducano esse in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi di effetti giuridici vincolanti o non. Perfino per le raccomandazioni, infatti, la Corte (C. Giust. 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi*, in *Racc.*, 4407, § 18) ha affermato che «i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio».

Una valorizzazione “forte” del canone dell'interpretazione conforme (sul tema si veda V. PICCONE, S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *FI*, 2006, parte IV, 343) che con la sentenza *Pupino*, addirittura, arriva a sancire l'estensione dell'obbligo di interpretazione “conforme” ad atti non comunitari, scaturiti da forme di cooperazione inter-istituzionale (sul tema si veda M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, n. 3, 564).

Nella sentenza *Pfeiffer* (sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Racc.*, I-8835, punto 116) (non a caso citata nella sentenza in esame) la Corte, peraltro, ha precisato, con riferimento ad una controversia tra singoli, la procedura che il giudice nazionale deve seguire, riducendo ulteriormente la linea di confine tra l'invocabilità d'interpretazione conforme e l'invocabilità di una direttiva al fine di disapplicare il diritto nazionale incompatibile. La Corte, infatti, ha indicato che, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha

l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva.

Roberto Cosio
Avvocato del Foro di Catania

4. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

4.1. EUROPEAN COMMISSION, *Causes and circumstances of accidents at work in the EU*, 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

Cause e modalità degli infortuni sul lavoro nei Paesi dell'Unione europea

Sommario: 1. Premessa. – 2. La salute e sicurezza nel lavoro nel quadro generale della politica sociale della Unione europea. – 3. Le variabili statistiche e la metodologia utilizzate nel rapporto. – 4. Alcuni dati interessanti emergenti dalle rilevazioni statistiche. – 5. Indicazioni e suggerimenti in chiave di prevenzione degli infortuni contenute nel rapporto. – 6. Conclusioni.

1. Il rapporto in esame, completato sul finire del 2008, è stato elaborato dalla Commissione Europea in collaborazione con la European Agency for health and safety at work e la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions e contiene una dettagliata analisi delle cause e delle modalità degli infortuni sul lavoro nei Paesi dell'Unione europea.

La pubblicazione si compone di due parti, in stretta correlazione tra loro. La prima offre una analitica descrizione in termini statistici del fenomeno degli infortuni sul lavoro in ambito europeo, utilizzando i dati forniti e le variabili adottate nelle *European statistics on accidents at work* (ESAW) con particolare riferimento a quelli rientranti nella cosiddetta "terza fase" di ESAW, che fanno riferimento alle cause degli infortuni ed alle circostanze in cui essi avvengono (una descrizione dettagliata delle metodologie di ESAW è contenuta nella pubblicazione EUROPEAN COMMUNITIES, *European statistics on accidents at work (ESAW) – Methodology, 2001 edition*, Directorate General Employment and social affairs series). La seconda, sulla scorta dei risultati statistici elaborati nella parte precedente, fornisce una serie di indicazioni e suggerimenti su possibili politiche e misure di sicurezza adottabili al fine di prevenire gli infortuni sul lavoro o, quantomeno, ridurre i rischi ineliminabili in quanto intrinseci a determinati settori ed attività.

2. Nel preambolo si ricorda come la tematica della salute e della sicurezza nel luogo di lavoro sia di importanza centrale per la Comunità europea, al punto da costituire un obiettivo fondamentale della politica sociale.

Le disposizioni introdotte nel Trattato della Comunità con l'Atto Unico del 1986 hanno dato notevole impulso all'azione comunitaria di tutela delle condizioni di salute e di sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro. L'iniziativa della Comunità in materia ha, peraltro, radici assai profonde, si è sviluppata con l'ausilio di strumenti di diversa incisività (raccomandazioni, decisioni, programmi d'azione, direttive) e si è mantenuta costante sin dagli anni Ottanta del secolo scorso attraverso l'adozione di una serie di direttive che hanno rappresentato un contrappeso alla paralisi registratasi in quel periodo sugli altri versanti della politica sociale.

In particolare, dopo l'approvazione dell'Atto Unico, il Consiglio, con la risoluzione del 21 dicembre 1987, adottata su sollecitazione della Commissione, ha sottolineato, tra l'altro, l'importanza del dialogo sociale a livello comunitario, nazionale e d'impresa ed il

rilievo che l'informazione e la formazione dei lavoratori e dei datori di lavoro possono assumere per il buon esito delle misure di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (sul punto, ampiamente, si veda M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto comunitario del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2007, IV ed., 319 ss.).

Ed il risultato più rilevante dell'azione comunitaria successiva può senz'altro riconoscersi nell'approvazione della fondamentale direttiva quadro n. 89/931 del 12 giugno 1989, «concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della salute e sicurezza dei lavoratori durante il lavoro», inevitabilmente più volte richiamata nel rapporto in esame, soprattutto nella Parte II relativa alle eventuali misure di prevenzione contro il verificarsi degli infortuni sul lavoro.

Il sistema normativo comunitario in materia di salute e sicurezza sul lavoro fa perno sull'obiettivo fondamentale della prevenzione degli infortuni sul lavoro.

Come peraltro ricordato nella premessa del documento in epigrafe, il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 ha fissato, tra i principali obiettivi della politica sociale comunitaria, quello del “*creating more and better jobs*”: uno strumento essenziale per realizzare un aumento di qualità del lavoro è sicuramente la salute e la sicurezza sul lavoro. E la Commissione nella sua comunicazione del febbraio 2007, *Improving quality and productivity at work: Community strategy 2007-2012 on health and safety at work*, si è proposta l'obiettivo ambizioso di ridurre del 25% il tasso di incidenza (*incident rate*) totale degli infortuni sul lavoro nell'Europa dei 27.

3. Nonostante l'azione legislativa sia fondamentale nel promuovere migliori condizioni di lavoro, e quindi la prevenzione degli incidenti ed infortuni sul lavoro, altri strumenti sono utili e necessari al fine di monitorare i progressi in questa direzione e accertare che gli obiettivi vengano raggiunti.

Al riguardo, acquistano notevole importanza le rilevazioni statistiche che sono state nel corso del tempo sviluppate e perfezionate al fine di ottenere analisi sempre più dettagliate in materia di diffusione, frequenza, cause e circostanze di incidenti sul lavoro allo scopo di elaborare idonee misure di prevenzione (si segnala, in argomento A. BARBONI, C. BIZZARRO, M. GIOVANNONE, F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *Mutamento dei modelli di organizzazione del lavoro, gestione della sicurezza, certificazione*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 67-94). Proprio in quest'ottica di informazione dei soggetti del mercato del lavoro e di formazione di lavoratori e datori di lavoro, può cogliersi l'importanza dei dati di analisi e statistici contenuti nel dettagliato rapporto in esame.

Il documento combina tra loro le variabili che costituiscono generalmente le prime due fasi delle metodologie di *European Statistics of accident at work* (ESAW) elaborate dall'Eurostat e che si riferiscono a caratteristiche del datore di lavoro e del lavoratore (settore di attività, sesso ed età del lavoratore vittima dell'infortunio, occupazione dello stesso), alle tipologie di danno, alla parte del corpo lesa, al tempo ed ora dell'infortunio, alla collocazione geografica, le variabili della cosiddetta terza Fase di ESAW, ossia quelle che forniscono informazioni sulle cause degli infortuni sul lavoro e sulle circostanze in cui essi si verificano e che forniscono un prezioso aiuto nel definire ed individuare politiche e misure di prevenzione degli infortuni e di miglioramento delle condizioni di lavoro. Si tratta, in particolare, di: circostanze immediatamente precedenti il verificarsi dell'infortunio, quali l'ambiente di lavoro, il processo di lavoro, la specifica attività fisica (livello I), la cosiddetta *deviation* corrispondente all'ultimo evento diverso dal normale e che porta al verificarsi dell'infortunio nell'ambito delle circostanze del primo livello (livello II), il *contact or mode of injury* consistente nell'azione che in concreto produce il danno al lavoratore come conseguenza della *deviation* (livello III).

Con riferimento a ciascun livello di variabili viene individuato un *Material Agent*, consistente: con riguardo alla specifica attività fisica compiuta dal lavoratore, nell'oggetto o nel materiale utilizzato dalla vittima al momento dell'infortunio; circa l'evento deviante, nell'oggetto o nello strumento che lo determina; infine riguardo alla *mode of injury*, nell'oggetto, lo strumento o altro fattore, che viene a contatto con la vittima o la modalità psicologica dell'infortunio.

4. I risultati della rilevazione statistica contenuti nella Prima parte del rapporto sono di notevole interesse.

È necessario premettere che le rilevazioni escludono dalla categoria degli incidenti sul lavoro i cosiddetti infortuni *in itinere* oltre che le lesioni cagionate volontariamente dal lavoratore alla propria persona, e gli infortuni che hanno una mera causa "medica" (ad esempio, l'attacco di cuore sul lavoro). Peraltro, gli incidenti non mortali presi in considerazione dall'indagine statistica sono quelli che cagionano tre o più giorni di assenza dal lavoro.

Un'ulteriore importante precisazione riguarda le fonti dei dati sugli infortuni sul lavoro. L'Eurostat riceve tali dati dagli organismi nazionali deputati alla loro ricezione. Allo stato, due sono i tipi di raccolta e comunicazione dei dati prevalenti negli Stati membri. Da un lato, nei sistemi a base assicurativa (in 10 degli Stati membri) le procedure di comunicazione sono basate sull'obbligo di comunicazione degli infortuni all'assicuratore, pubblico o privato che sia. Dall'altro lato, nei cinque restanti Paesi dell'Europa a 15 (Danimarca, Irlanda, Olanda, Svezia, Regno Unito), oltre che in Norvegia vi è un obbligo legale del datore di lavoro di comunicare l'infortunio all'Autorità pubblica competente, che generalmente è l'Ispettorato del lavoro. La Svizzera opera in un sistema a base assicurativa. Nei nuovi Stati membri aggiuntisi con l'allargamento dell'Unione operato nel 2004 e 2007 vigono sistemi appartenenti al secondo gruppo, con informazioni complementari fornite dai sistemi di sicurezza sociale.

Le statistiche sugli infortuni sul lavoro risentono pesantemente di tali difformità. In Regno Unito, Irlanda, Paesi Bassi, Danimarca e Svezia, che non dispongono di un sistema assicurativo specifico per gli infortuni sul lavoro, come rimarcato nel rapporto, in pratica, solo una parte di infortuni non mortali viene effettivamente comunicata e tali sistemi fanno registrare un livello di dichiarazione medio soltanto del 30-50% per l'insieme di tutti i settori di attività economica.

Fatte queste debite premesse, dal rapporto, emerge, in particolare, che:

a) dal 1995 al 2005 (anno sino al quale ad oggi i dati sono disponibili in modo completo) le statistiche rilevano una diminuzione degli infortuni sul lavoro negli Stati membri, sia con riferimento agli incidenti mortali che a quelli non mortali.

Gli infortuni non mortali sono calati del 27,4%, quelli mortali del 42,4 %.

L'andamento positivo vale per la generalità dei settori di attività, in particolare quello dei trasporti (-36,2%) e delle costruzioni (- 33,2%); la sola eccezione negativa è costituita dal settore della "produzione e distribuzione di elettricità, gas e acqua".

b) la diminuzione del tasso degli incidenti sul lavoro è risultato meno marcato tra le lavoratrici che tra i lavoratori di sesso maschile.

Questo dato può essere spiegato sulla base della circostanza che nei settori più esposti a rischio (settore edile, industriale, minerario, agricoltura, trasporti) la forza lavoro di gran lunga predominante è maschile e le misure di prevenzione sono focalizzate proprio in questi settori.

c) con riferimento alla variabile "età" dei lavoratori, in generale dal 2000 al 2005 gli incidenti non mortali sono diminuiti per tutte le fasce di età.

Tuttavia rilevano due dati da segnalare: gli incidenti non mortali rimangono più frequenti per i lavoratori più giovani (segnatamente tra i 18 e 24 anni), mentre gli incidenti fatali aumentano per i lavoratori più anziani (dai 49 anni in su).

Occorre osservare che in assenza di misure di prevenzione specifiche per i lavoratori più anziani, questo dato potrebbe peggiorare negli anni futuri a causa del progressivo aumento dell'età media della popolazione europea.

d) circa le conseguenze degli incidenti sul lavoro in termini di giornate lavorative perse, gli incidenti non mortali con più di 3 giornate lavorative perse sono diminuiti dal 1996 al 2005, ma la media della durata dell'assenza dal lavoro è pari a 35 giornate, mentre nel 1996 erano 32 (con variazioni da settore a settore di attività).

La rilevazione statistica non prende in esame gli infortuni che comportano un'assenza dal lavoro fino a tre giorni, che – a parere di chi scrive – costituiscono un numero ingente.

e) sul rapporto tra incidenti e dimensione aziendale: tra il 1995 e il 2005 le unità locali che impiegavano da 50 a 249 lavoratori hanno registrato il più alto tasso di incidenza di infortuni, in relazione agli infortuni non mortali, mentre le aziende più piccole hanno registrato i dati più alti, riguardo al tasso d'incidenza, per gli incidenti mortali.

f) l'evento che più comunemente e frequentemente porta ad infortuni sul lavoro è la perdita di controllo di macchinari, mezzi di trasporto, strumenti di carico e scarico (e la *loss of control* è la principale causa di infortuni sul lavoro che cagionano la morte del lavoratore), la caduta di persone, e *body movement under or with phisycal stress*.

Il rapporto (51-110) contiene, inoltre, una serie di dati settoriali di maggiore dettaglio e, ottenuti combinando in vario modo le variabili utilizzate per le rilevazioni statistiche, che meriterebbero un ulteriore approfondimento.

5. La Parte II del rapporto contiene osservazioni e proposte circa possibili misure di prevenzione che possono essere adottate alla luce dei dati statistici elaborati.

Viene ricordato dalla Commissione che la *ratio* della direttiva n. 89/391 è responsabilizzare i datori di lavoro degli Stati membri affinché provvedano al miglioramento delle condizioni di lavoro in un'ottica di prevenzione, cercando di ridurre i rischi per i lavoratori, apprestando opportune campagne di formazione ed informazione dei lavoratori.

Proprio nella prevenzione, si rileva, le indagini statistiche assumono un ruolo fondamentale; in particolare le variabili elaborate nella Fase III di ESAW possono contribuire al miglioramento delle condizioni di lavoro raccogliendo dettagliate informazioni sulle cause e sulle circostanze in cui si verificano gli incidenti sul lavoro.

Circa la maggiore diffusione degli infortuni non mortali tra i giovani tra i 18 e 24 anni, occorrerà una effettiva attività di formazione degli stessi, che devono seriamente essere edotti sui processi lavorativi sia all'inizio della loro esperienza lavorativa all'ingresso nel mondo del lavoro, sia ogni volta che, all'interno della medesima impresa, siano adibiti a processi lavorativi ed attività diverse.

Al riguardo, può segnalarsi come in Italia il contratto di apprendistato, in particolare la disciplina dell'apprendistato professionalizzante, se adeguatamente rilanciato a fronte delle difficoltà dell'istituto a decollare come dovrebbe, pare possa iscriversi senza dubbio nell'alveo di questo sforzo di rendere effettiva e maggiormente intensa la componente formativa dei giovani lavoratori (in argomento, si veda M. TIRABOSCHI, S. D'AGOSTINO (a cura di), *Il nuovo apprendistato: bilanci e prospettive*, Dossier Adapt, 2009, n. 6).

Peraltro, il rapporto in esame rileva come anche i lavoratori anziani (tra i 55 ed i 64 anni), tra i quali sono più diffusi gli incidenti mortali sul lavoro, dovrebbero essere soggetti a più intensi obblighi di corsi di aggiornamento in materia di sicurezza.

Viene segnalato che le parti del corpo maggiormente colpite risultano essere la testa e gli occhi. Alla luce di questo dato, il rapporto esorta le imprese non soltanto a dotare i lavoratori dei meccanismi individuali di sicurezza, ma anche a provvedere ad istruirli sul loro corretto utilizzo.

Essendo assai diffusi gli incidenti (mortali e non) cagionati da urto con oggetti in movimento, tale rischio potrebbe essere agevolmente ridotto mediante l'adozione di apposita

idonea segnaletica, una migliore organizzazione del lavoro ed una maggiore pratica del personale addetto.

Molte altre indicazioni più di dettaglio vengono fornite dal rapporto. Si segnala, in quanto di notevole interesse ed utilità quanto riportato al capitolo III della Parte II (203-228), laddove vengono indicati, a mero titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, esempi di misure di prevenzione con riferimento a diversi rischi non eliminabili in assoluto (ad esempio, la caduta da impalcature, o l'utilizzo di macchinari o apparecchiature con lame o turbine o altro).

6. Il rapporto conclude ricordando che, se al centro degli interessi di aziende e lavoratori sarà sempre più presente la prevenzione dei rischi professionali, si potrà creare e mantenere un ambiente di lavoro armonioso, in grado di migliorare la produttività e rafforzare l'immagine dell'azienda.

Ridurre il più possibile gli incidenti sul lavoro è una priorità ed è un obiettivo raggiungibile se vengono effettuati investimenti soprattutto nella informazione, formazione e aggiornamento degli addetti e di coloro che occupano ruoli di responsabilità e di vigilanza all'interno della realtà lavorativa.

La sicurezza è un concetto che riguarda tutti: i lavoratori, il datore di lavoro, il delegato per la sicurezza, i manager, l'organo di controllo, la magistratura.

In Italia forse manca ancora una diffusa coscienza sulla sicurezza, nel senso che non esiste una reale cultura della prevenzione e le aziende sono più concentrate sugli aspetti formali per tutelarsi rispetto alle normative e alle conseguenze di un evento dannoso, piuttosto che sull'implementazione di veri e propri programmi di *Risk Management*.

L'implementazione di un sistema di sicurezza e di gestione dei rischi deve essere considerata un investimento. Essa rappresenta una spinta necessaria per la vita dell'azienda, attraverso lo sviluppo di un'adeguata coscienza sul rischio, un costante presidio e un migliore governo dei processi, tutelando da un lato un bene di fondamentale importanza quale la vita umana, dall'altro permettendo un miglioramento delle condizioni produttive e dell'immagine dell'azienda agli occhi della comunità.

Deve rilevarsi come un buon passo in avanti sia costituito nel nostro Paese dal recente d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (sul quadro della situazione infortunistica in Italia, si rinvia al *Rapporto annuale – Analisi dell'andamento infortunistico*, 2008, pubblicato dall'Inail, in *Boll. Adapt*, 2009, n. 19).

Come osservato in dottrina, «le morti e gli incidenti sul lavoro sono delle tragedie terribili, ma non sono il frutto della fatalità. Servono certamente buone norme. Ancora più decisivi, tuttavia, sono per una vera prevenzione, 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 sull'adeguamento degli assetti organizzativi e/o sulla corretta attuazione delle leggi» (M. TIRABOSCHI, *Introduzione al decreto legislativo n. 81 del 2008*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 11).

Luciano De Marco

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Genova

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Austria e Germania

- *misure anticrisi: la riduzione dell'orario di lavoro (1.1.)*

Francia

- *formazione professionale: quadro normativo (2.1.)*
- *formazione professionale: il diritto individuale*

all'apprendimento permanente (2.2.)

Norvegia

- *responsabilità sociale delle imprese e diritto del lavoro (3.1.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio internazionale e comparato

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Austria e Germania

1.1. B. WINKLER, *Rassegna della normativa austriaca e tedesca in tema di Kurzarbeit* (Working Paper Adapt, 2009, n. 103).

Nuove prospettive della Kurzarbeit: la riduzione dell'orario di lavoro come misura anticrisi

Sommario: 1. Il potenziamento dello strumento della *Kurzarbeit* a seguito della crisi economica. – 2. La *Kurzarbeit* in Germania: l'individuazione della fonte per ricorrere alla *Kurzarbeit*. – 2.1. *Segue:* il sostegno al reddito: requisiti e disciplina del rapporto. – 3. La *Kurzarbeit* in Austria. – 3.1. L'individuazione della fonte che regola la riduzione dell'orario. – 3.2. Requisiti per la sovvenzione e disciplina del rapporto. – 4. Conclusioni.

1. In questo momento di crisi economica l'Austria e la Germania hanno valorizzato in funzione anticrisi uno strumento preesistente, quale quello della *Kurzarbeit*. In entrambi i Paesi è, infatti, possibile per il datore di lavoro ricorrere ad una contrazione dell'orario di lavoro per superare situazioni temporanee di difficoltà dell'azienda. Le legislazioni di entrambi i Paesi prevedono contestualmente strumenti di sostegno al reddito per compensare la riduzione della retribuzione dei lavoratori ad orario ridotto. La concessione e la gestione di questi strumenti è affidata ai servizi pubblici per l'impiego, che sono competenti, diversamente dall'Italia, sia per il collocamento, che per la gestione delle prestazioni sociali.

Per completezza, va inoltre ricordato che in Germania la legge prevede il ricorso alla *Kurzarbeit* e la relativa concessione del sostegno al reddito, non solo per riduzione dell'orario di lavoro a causa di una congiuntura economica negativa, ma anche nel caso di una riorganizzazione aziendale, nell'ambito della quale la diminuzione del lavoro è temporanea e i dipendenti vengono inseriti in programmi di (ri-)qualificazione professionale, o per eventi meteorologici nel settore dell'edilizia.

Per combattere l'impatto negativo della crisi economica sul mercato del lavoro, la Germania e l'Austria hanno aumentato a partire dal 2008 le risorse a finanziamento di tale strumento e facilitato l'accesso al sostegno al reddito, per rendere possibile l'attuazione della *Kurzarbeit* su larga scala. Conseguentemente, secondo le statistiche del servizio pubblico per l'impiego tedesco, nel dicembre 2008, 17.315 aziende con 270.472 dipendenti ricorrevano al lavoro a tempo ridotto; alcuni mesi dopo, nel maggio 2009, il numero dei dipendenti sottoposti a tale regime è salito a 1.516.000 unità. La riduzione media dell'orario di lavoro nel settembre 2009 era pari al 31,3%. Le misure prese per potenziare lo strumento della riduzione dell'orario e il relativo finanziamento per la sostituzione del reddito dei lavoratori sospesi sono però temporanee e non avranno più efficacia a partire del 1° gennaio 2011.

2. In Germania, il ricorso alla riduzione dell'orario è possibile soltanto se previsto in una norma delega nel contratto collettivo (*Tarifvertragliche Ermächtigungsnorm*) applicato all'azienda, in un accordo aziendale o nei contratti di lavoro individuali. Nel caso di mancanza di una tale fonte, il datore di lavoro non può ridurre l'orario di lavoro con atto unilaterale. Deve essere considerato, inoltre, il potere di codeterminazione del consiglio d'impresa riguardante la riduzione dell'orario (T. HAAS, "Frei un Zwei" – *Aktueller Brennpunkt: Kurzarbeit*, in *Zeitschrift für Bilanzierung und Rechnungswesen (BRZ)*, 2009, 4, 181 ss.).

2.1. A seguito della riduzione di orario di lavoro a fronte di difficoltà aziendali, il dipendente che lavora a orario ridotto può ottenere un sostegno al reddito (*Kurzarbeitergeld*) –

alla cui erogazione provvede il servizio pubblico per l'impiego competente anche per la gestione degli ammortizzatori sociali – pari al 60% (e, in alcuni casi pari al 67%) della retribuzione che sarebbe spettata per le ore non lavorate. Il datore di lavoro, ad ogni modo, deve di norma continuare a versare i contributi previdenziali sull'intera retribuzione. Pur tuttavia l'ultimo intervento legislativo in chiave anticrisi (*Konjunkturpaket II*) stabilisce che i datori di lavoro hanno diritto ad uno sgravio pari al 50% dei contributi previdenziali. Laddove, invece, il lavoro a tempo ridotto sia legato a misure di riqualificazione professionale, i contributi saranno rimborsati per intero.

La durata del sostegno al reddito è limitato a sei mesi e può essere prolungato fino a 24 mesi in situazioni eccezionali del mercato del lavoro. Nel maggio 2009 il governo tedesco ha deciso di rendere possibile questa proroga per tutte le aziende che ricorrono alla riduzione dell'orario entro il 31 dicembre 2009.

I requisiti per la concessione del sostegno al reddito sono:

- la mancanza di lavoro, causata da ragioni di natura economica o da cause di forza maggiore, per esempio un andamento congiunturale negativo o un evento naturale, non però, cambiamenti interni all'azienda
- la riduzione dell'orario di lavoro che riguarda al minimo un terzo dei dipendenti e che non deve essere inferiore al 10% del normale orario di lavoro
- la temporaneità e l'inevitabilità della riduzione dell'orario di lavoro

la comunicazione per iscritto dell'intenzione di ricorrere alla procedura di riduzione dell'orario di lavoro al servizio pubblico per l'impiego e il relativo verbale di riunione del consiglio di azienda;

- Il contratto di lavoro individuale ancora in vigore.

Il requisito secondo il quale la riduzione dell'orario deve riguardare al minimo un terzo dei dipendenti è stato abrogato dal *Konjunkturpaket II*. Attualmente, perciò, per la concessione del sostegno al reddito è sufficiente che un unico lavoratore nell'azienda subisca una riduzione dell'orario di lavoro non inferiore al 10%.

La concessione del sostegno al reddito non esclude né limita l'esercizio del potere di licenziamento del datore di lavoro. Egli può licenziare solo nel caso in cui, pur avendo già usufruito del sostegno al reddito, la situazione economica dell'azienda sia talmente grave da dover ridurre il numero dei lavoratori.

Il servizio pubblico per l'impiego, al fine di diminuire il sostegno al reddito erogato ai lavoratori a tempo ridotto, li può reinserire in altre aziende facendo, in tal modo, percepire loro un reddito aggiuntivo che va a ridurre proporzionalmente il sostegno al reddito.

3. Nel 2009 il legislatore austriaco ha adottato due riforme, per mantenere i livelli occupazionali modificando la legislazione sulla *Kurzarbeit*, adattandola al sistema tedesco. Una direttiva del consiglio amministrativo del servizio pubblico per l'impiego, inoltre, regola in dettaglio la concessione del sostegno al reddito per le aziende in cui è stato ridotto l'orario di lavoro.

3.1. Come in Germania, la riduzione dell'orario di lavoro può essere previsto nel contratto collettivo (*Kollektivvertrag*), nell'accordo aziendale oppure nei contratti individuali. Per la riduzione della retribuzione invece, è necessario l'accordo con i singoli dipendenti, che può risultare anche da comportamenti concludenti dei lavoratori.

3.2. Diversamente dal sistema tedesco, secondo il quale il servizio pubblico per l'impiego versa il sostegno al reddito direttamente ai lavoratori, quello austriaco prevede che il datore di lavoro possa usufruire di sovvenzioni alle seguenti condizioni:

- presso il servizio pubblico per l'impiego, il datore di lavoro, i rappresentanti dei lavoratori e le parti sociali si devono riunire per verificare che il ricorso alla sovvenzione sia l'*extrema ratio*;
- i problemi economici nell'azienda non sono causati da difficoltà stagionali;

– la regolazione del lavoro a tempo ridotto deve essere prevista in un accordo sindacale stipulato tra le parti sociali (*Sozialpartnervereinbarung*). Non è chiaro, tuttavia, quale sia la reale natura giuridica di questo accordo. Non si tratta di un contratto collettivo con efficacia normativa quanto, piuttosto, di un accordo che obbliga soltanto le parti contraenti. Ciò significa che quest'accordo collettivo è utile solo a ricevere la sovvenzione mentre la disciplina vera e propria del lavoro a tempo ridotto è contenuta in un patto diverso, come già affermato in precedenza (J. HUTTER, *Kurzarbeit – Ein Weg aus der Krise*, in *Ecolex*, 2009, 251);

– la riduzione dell'orario di lavoro varia tra un minimo del 10% ed un massimo del 90%.

Sono esclusi dalla sovvenzione lo Stato, le Regioni e i Comuni, gli Enti pubblici nonché i partiti politici. Per i somministratori di lavoro sono previsti ulteriori requisiti. La sovvenzione è pari all'indennità di disoccupazione, che varia fra il 55% e l'80% della retribuzione, inclusi i contributi previdenziali.

Il datore di lavoro, da parte sua, si obbliga a versare al lavoratore un sostegno al reddito per la riduzione della retribuzione.

Con la seconda legge del 2009 sul mercato del lavoro, con riferimento alle regole in materia di *Kurzarbeit*, l'ordinamento austriaco si conforma a quello tedesco, a fronte dello stretto legame economico fra i due Paesi. Per tale motivo, la durata della sovvenzione viene aumentata da 6 mesi fino ad un massimo di 24 mesi. Dopo il settimo mese (dall'inizio della erogazione della sovvenzione), il servizio pubblico per l'impiego rimborsa anche i contributi previdenziali versati dal datore di lavoro per i propri dipendenti.

Il sistema della riduzione dell'orario di lavoro può essere utilizzato per la (ri-) qualificazione professionale dei dipendenti, da svolgersi durante l'orario normale di lavoro, al fine di utilizzare le competenze acquisite non solo nell'ambito aziendale ma nel mercato del lavoro.

Secondo la direttiva del consiglio amministrativo del servizio pubblico per l'impiego sono esclusi i licenziamenti durante il periodo di erogazione della sovvenzione e per un periodo successivo al termine della *Kurzarbeit* da stabilirsi negli accordi sindacali. (A. GERHARTL, *Neuregelung der Kurzarbeit – Überblick und Problem*, in *Arbeits- und Sozialrechtskartei (ASoK)*, 2009, 259).

4. Nel contesto della crisi economica sia le aziende che i lavoratori traggono vantaggio dalla misura di riduzione dell'orario di lavoro. Le aziende, in questo modo, non perdono i loro dipendenti qualificati. I lavoratori, invece, conservano il loro posto di lavoro e possono approfittare dell'orario ridotto per partecipare a corsi di (ri-)qualificazione professionale.

I sindacati accettano la riduzione dell'orario solo perché meno svantaggiosa rispetto ai licenziamenti collettivi oppure ad altri provvedimenti in relazione ai quali le retribuzioni subiscono riduzioni maggiori.

La conservazione dei posti di lavoro tramite la riduzione dell'orario è, da un lato, sicuramente un modo efficace per superare l'attuale crisi economica ma, dall'altro, comporta alcuni rischi per il mercato del lavoro. I governi promuovono il ricorso alla *Kurzarbeit*, rendendo meno rigidi i requisiti richiesti per la sua applicazione. In Germania, per esempio, le aziende non devono più dare prova della diminuzione del lavoro dovuto ad una difficile situazione economica. Queste condizioni danno la possibilità ad aziende che versano in situazioni economiche più o meno stabili di ricorrere alla riduzione dell'orario del lavoro. Se la crisi, invece, perdura, alla riduzione dell'orario del lavoro seguono i licenziamenti collettivi che provocano un alto tasso di disoccupazione che va a pesare in particolar modo sui servizi per l'impiego e sulle risorse destinate agli ammortizzatori sociali. Tra i rischi che la *Kurzarbeit* comporta è compresa la conservazione di posti di lavoro in settori senza futuro a scapito della promozione della occupabilità dei lavoratori in altre

aree del mercato del lavoro. Per questo sembra importante circoscrivere l'utilizzo del sostegno al reddito solo per un breve periodo, quello della attuale crisi economica. Superata tale fase bisogna ritornare, poi, alla massima durata di sei mesi, come era previsto prima della emanazione dei c.d. "pacchetti congiunturali" (W. EICHHART, P. MARX, *Kurzarbeit – sinnvoller Konjunkturpuffer oder verlängertes Arbeitslosengeld?*, IZA Standpunkte, 2009, n. 5).

Può essere detto, infine, che la riduzione dell'orario del lavoro rappresenti una adeguata misura per sostenere i posti di lavoro in un periodo di crisi economica (W. ANZENBERGER, *Kurzarbeit. Portrait eines "kleinen Übels"*, in *Juridikum*, 2009, 111), ma deve essere accompagnata da provvedimenti di qualificazione dei lavoratori per rafforzare le loro possibilità di inserimento nel mercato del lavoro.

Scheda comparata – Strumenti di sostegno al reddito nel caso di riduzione dell'orario di lavoro (dopo le riforme a seguito della crisi economica).

	Austria	Germania
Fonti legislative	Artt 37b, 37c Arbeitsmarktservicegesetz (legge sul servizio per il mercato del lavoro)	Artt 169-182 Sozialgesetzbuch III (Codice sociale, terzo libro)
Campo di applicazione	<ul style="list-style-type: none"> – tutti i datori di lavoro (inclusi i somministratori di lavoro con ulteriori requisiti) con riferimento a tutti i lavoratori (tranne apprendisti e membri del consiglio d'impresa) – Sono esclusi: lo Stato, le Regioni, i Comuni e le unioni di Comuni, Enti pubblici e partiti politici 	<ul style="list-style-type: none"> – i datori di lavoro, tranne lo Stato, le Regioni, i Comuni e le unioni di Comuni ed Enti pubblici. – tutti i lavoratori tranne chi percepisce un'indennità di disoccupazione per la partecipazione ad un programma di (ri-)qualificazione professionale
Requisiti	<ul style="list-style-type: none"> – Riunione con le parti sociali – Accordo sindacale – Riduzione dell'orario dal 10 al 90% – La crisi aziendale non deve essere causata da difficoltà stagionali 	<ul style="list-style-type: none"> – Mancanza di lavoro (causati da eventi non imputabili all'azienda) – Riduzione dell'orario non inferiore al 10% – Comunicazione al servizio pubblico per l'impiego dopo una riunione con il consiglio d'impresa
Disciplina del rapporto	Il servizio pubblico per l'impiego versa una sovvenzione al datore di lavoro. Durante l'ottenimento della sovvenzione sono esclusi i licenziamenti. I lavoratori possono partecipare a programmi di (ri-)qualificazione professionale	Il sostegno al reddito viene direttamente versato ai lavoratori. Non sono esplicitamente esclusi licenziamenti, ma devono essere relativi a giustificati motivi diversi da quelli che hanno giustificato il ricorso alla riduzione dell'orario. I lavoratori possono partecipare a programmi di (ri-)qualificazione professionale e possono essere temporaneamente reinseriti in altri posti di lavoro
Durata	6 mesi a seguito della crisi economica proroga fino a 24 mesi	6 mesi a seguito della crisi economica proroga fino a 24 mesi

Barbara Winkler
Scuola internazionale di dottorato
in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro
Adapt – Università degli Studi di Bergamo

2. Francia

2.1. Loi n. 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 36).

Il quadro della formazione professionale e il contributo della riforma del 2004

Fino alla riforma "Fillon" del 2004 l'architettura del sistema di formazione professionale era costituito dalla legge "Delors" del 16 luglio 1971 che recepiva sostanzialmente l'accordo interprofessionale del 9 luglio 1970.

Tre in particolare i profili caratterizzanti tale architettura.

Innanzitutto il ruolo prioritario attribuito alle parti sociali, soprattutto a livello settoriale, nella gestione e applicazione degli strumenti formativi, peraltro, nell'ambito di un sistema di regolamentazione, finanziamento e controllo, facente capo alle Regioni, titolari, con l'entrata in vigore della l. n. 83-8 del 7 gennaio 1983, di una competenza esclusiva in materia di formazione professionale.

In secondo luogo, il rilievo che il sistema si fonda non su obbligazioni di risultato (per esempio assicurare il raggiungimento a tutti i lavoratori di un determinato livello di qualificazione), ma su obbligazioni di mezzi, individuandosi a carico delle imprese un obbligo giuridico a partecipare ogni anno al finanziamento di interventi formativi diretti ai lavoratori.

Infine, il terzo profilo, concernente le diverse modalità di accesso alla formazione: per un verso la formazione a iniziativa dell'impresa, sulla base dei *plans de formations*, introdotti con la l. n. 93-1313 del 20 dicembre 1993, per altro verso, l'accesso alla formazione continua su iniziativa del lavoratore mediante il congedo individuale per la formazione (CIF).

Con la importante l. n. 2004-391 del 4 maggio 2004 vengono razionalizzati gli strumenti esistenti e introdotte delle importanti innovazioni.

Con riferimento alla formazione su iniziativa del datore di lavoro si conserva sostanzialmente l'impianto precedente, dovendo tale iniziativa realizzarsi nell'ambito di un Piano di formazione (*Plan de formation*) autonomamente programmato ed elaborato dall'impresa oppure mediante assistenza e il sostegno di specifici organismi autorizzati dallo Stato chiamati OPCA (*Organismes paritaires collecteurs agréés*). Nell'ambito del suddetto piano, il legislatore del 2004 è peraltro intervenuto a meglio differenziare i profili formativi sulla base di 3 categorie di azioni: 1) azioni di "adattamento" al posto di lavoro costituenti orario di lavoro effettivo; 2) azioni connesse al mantenimento dell'impiegabilità del lavoratore dentro e fuori l'impresa. Tali ore formative sono computate nell'orario di lavoro, non imputandosi però, in caso di superamento dell'orario normale, nel contingente del lavoro straordinario nel limite di 50 ore per anno; 3) azioni connesse allo sviluppo delle competenze. Anch'esse sono computate a tutti gli effetti nell'orario di lavoro, tuttavia, mediante un accordo scritto tra datore e lavoratore, possono essere realizzate al di fuori dell'orario di lavoro nel limite di 80 ore annuali.

Riguardo l'accesso alla formazione su iniziativa del *salarie*, la riforma del 2004 amplia la gamma degli strumenti formativi a disposizione del lavoratore.

Per un verso, viene mantenuto il diritto dei lavoratori, con alle spalle almeno 24 mesi di lavoro subordinato e con una anzianità di almeno 12 mesi nell'attuale impresa, di usufruire del congedo individuale di formazione (CIF). Si tratta di un congedo retribuito nella misura dell'80%, per una durata massima di un anno, in caso di stage formativo a tempo pieno, ovvero di 1200 ore se la formazione è discontinua o a tempo parziale. Vengono

altresi conservati sia il congedo per il bilancio delle competenze (CBC) sia il congedo di validazione dell'esperienza acquisita (CVAE), congedi retribuiti nella misura del 100% e pari ciascuno a 24 ore di lavoro effettivo corrispondenti a 3 giorni di lavoro, richiedendosi però per il CBC una anzianità di almeno 5 anni, in qualità di lavoratore subordinato. Per altro verso, la riforma del 2004 instaura il Diritto individuale di formazione (DIF) nonché i c.d. Dispositivi di professionalizzazione (contratti o periodi di professionalizzazione).

Quanto al DIF, il diritto corrisponde ad una durata di 20 ore di formazione annuale, cumulabile nel limite di 6 anni per i lavoratori a tempo pieno e nel limite di 120 ore, indipendentemente dal numero di anni, per i lavoratori part-time. Nel settore privato un accordo di settore può prevedere una durata più elevata. Ogni anno il datore deve informare per iscritto i dipendenti sul numero di ore formative loro spettanti a titolo di DIF. Per attivare tale strumento, il lavoratore deve richiedere il consenso all'impresa. Dopo un mese, in assenza di risposta si è in presenza di una decisione implicita di accettazione. La formazione si svolge di regola, salvo diversa disposizione dell'accordo collettivo, al di fuori dell'orario di lavoro, attribuendosi al lavoratore un sussidio per la formazione pari al numero di ore di formazione moltiplicate per il 50% della retribuzione netta oraria (media degli ultimi 12 mesi).

Con riferimento invece ai dispositivi di professionalizzazione, il legislatore del 2004, da una parte, introduce il *Période de Professionnalisation* (PDP), consentendo ai lavoratori con più di 20 anni di anzianità o comunque di età superiore ai 45 anni di acquisire, mediante una formazione in alternanza, una riqualificazione delle competenze, al fine di favorire la conservazione della loro impiegabilità; dall'altra parte, instaura il *contrat de professionnalisation*, con il quale si sostituiscono tutte le precedenti forme contrattuali di formazione in alternanza, al fine di meglio razionalizzare la formazione di ingresso dei giovani lavoratori. In particolare l'intento è di ridurre la durata della formazione dei precedenti contratti al fine di consentire una significativa crescita del numero dei beneficiari. La legge del 2004 provvede anche a razionalizzare ed aumentare l'obbligo di finanziamento per la formazione continua a carico delle imprese. La percentuale minima di partecipazione delle aziende con più di nove dipendenti viene portata dall'1,5% all'1,6% della massa salariale. Tale complessivo contributo deve essere suddiviso in più parti secondo la destinazione specifica: lo 0,20% ad un OPCA per il finanziamento dei Congedi individuali di formazione (CIF); lo 0,50%, sempre ad un OPCA, per il finanziamento della professionalizzazione e per l'esercizio del DIF; il residuo del loro contributo obbligatorio, pari allo 0,9%: può essere direttamente gestito dall'impresa, dimostrando all'amministrazione pubblica che le risorse sono state effettivamente impiegate a tale scopo.

Tale possibilità di gestione diretta è precluso invece per le imprese con meno di 10 dipendenti, avendo peraltro quest'ultime un obbligo di finanziamento alquanto più ridotto pari allo 0,55% (prima della riforma era dello 0,25%), che si distribuisce tra due versamenti: uno 0,15% presso un OPCA per il finanziamento dei contratti e periodi di professionalizzazione, e del DIF; un versamento complementare, a concorrenza dell'obbligo totale, sempre ad un OPCA per il finanziamento dei Piani di formazione.

A partire dal 2005 è stato inoltre introdotto un nuovo tasso intermedio per le imprese da dieci a diciannove dipendenti, stabilito nella misura dell'1,05%.

Rilevante profilo della riforma del 2004 è infine un ulteriore rafforzamento del ruolo del dialogo sociale, attraverso un più frequente utilizzo dell'accordo collettivo di settore, non più a scadenza quinquennale, bensì triennale, al fine di una più ottimale definizione delle politiche formative.

Si rinvia, inoltre, alla contrattazione di settore la definizione delle modalità di utilizzo dell'obbligo di contribuzione finanziaria, in particolare per la quota da attribuire al finan-

ziamento del DIF, oltre che la parte da destinare al CIF, al CBC e al CVAE. Una ulteriore responsabilità dei settori consiste nel definire gli obiettivi e le priorità della formazione dei lavoratori, sia nell'ambito del DIF che nel quadro del piano di formazione. Una prerogativa aggiuntiva riconosciuta ai settori fa riferimento anche all'attribuzione della funzione di analisi previsionale delle competenze, attraverso la creazione degli Osservatori dei mestieri e delle qualifiche e tramite il ruolo svolto dalle Commissioni paritetiche nazionali del lavoro, incaricate di seguire l'evoluzione dell'occupazione e delle qualifiche all'interno del settore di pertinenza.

Alberto Russo
Ricercatore Fondazione Marco Biagi

2. Francia (segue)

2.2. Loi n. 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 36).

Nuove finalità, strumenti e mezzi per la formazione permanente: l'apprendimento come diritto individuale

Sommario: 1. L'esigenza di una nuova legge sulla formazione professionale continua. – 2. Gli assi della riforma. – 3. Obiettivi, strumenti, mezzi finanziari della l. n. 2009-1437.

1. A livello internazionale e comparato il sistema della formazione professionale francese rappresenta da sempre un modello di eccellenza (per un quadro generale cfr. A. RUSSO, *Il quadro della formazione professionale in Francia e il contributo della riforma del 2004*, che precede in *q. Osservatorio*). La l. n. 2004-391 del 4 maggio 2004 ha indubbiamente rappresentato un importante punto di svolta nel sistema di formazione francese anche se alla prova dei fatti la applicazione della riforma ha presentato non poche criticità rispetto agli obiettivi prefissati dal legislatore. Non tanto sulla quantità della formazione erogata, esponenzialmente aumentata negli ultimi 5 anni, quanto invece sulla qualità dell'intervento formativo. Particolarmente critico è stato poi il raccordo tra percorsi di formazione erogati e occupazione. Al punto di indurre il governo francese già all'inizio del 2008 a sollecitare una nuova fase di riforma che in poco tempo ha portato alla apertura di una negoziazione con le parti sociali, sfociata nell'accordo interprofessionale del 7 gennaio del 2009 (*Accord National interprofessionnel*) in materia di apprendimento permanente e di professionalizzazione e stabilizzazione delle carriere lavorative.

Tale accordo è stato sostanzialmente recepito nel progetto di legge sulla *formation professionnelle tout au long de la vie* depositato all'*Assemblée nationale* il 29 aprile 2009 e definitivamente adottato dall'Assemblea nazionale il 13 ottobre e dal Senato francese il giorno successivo. Infine, il 25 novembre si è completato l'iter legislativo con la pubblicazione della l. n. 2009-1437 del 24 novembre 2009.

Coerentemente con i principi espressi nell'accordo interprofessionale di gennaio, la legge riconosce la importanza della formazione professionale, soprattutto in periodi di crisi, come strumento di giustizia, di equità e di mobilità sociale. Oggi la formazione professionale deve essere indirizzata verso un obiettivo, prima di tutto: la occupazione. L'apprendimento permanente, in altre parole, è lo strumento principe per la stabilizzazione dei percorsi professionali, la promozione sociale dei lavoratori, e il rafforzamento della competitività e della capacità di sviluppo delle imprese. L'accordo del 7 gennaio 2009

sollecitava risposte semplici e fruibili tanto da giovani, lavoratori e disoccupati quanto dalle imprese; risposte che stimolassero una maggiore reattività degli attori al fine di rispondere adeguatamente alle sfide strutturali e congiunturali, nel breve e nel medio termine; riforme, infine, fondate su una chiara *governance* nel rispetto delle competenze di ciascun livello di governo.

L'obiettivo della riforma è chiarire, semplificare, ottimizzare la formazione professionale al fine di migliorarne la qualità e renderla più accessibile. Il testo definitivo di legge non riorganizza il sistema della formazione professionale ma attiva e sviluppa – attorno ai valori di *giustizia* ed *efficacia* – finalità, strumenti e mezzi finanziari per la gestione della formazione professionale.

2. La importanza della nuova legge francese (oltre a un aspetto finanziario rilevante, considerati i 27 miliardi di euro stanziati dal governo per realizzarla) è legata a una nuova concezione della formazione che mette al centro la persona: l'apprendimento come un diritto individuale (portabile), una risposta ai bisogni di tutele e stabilità dei lavoratori, dei disoccupati ma anche delle imprese. Una visione proattiva della società che permetta a ciascun lavoratore di essere attore del proprio sviluppo professionale e a ogni impresa di attivare i mezzi più adatti ai suoi bisogni per lo sviluppo o adattamento al mercato, in coerenza con la sua politica di risorse umane.

Tale visione si riflette nella promozione, alla base della riforma, di un sistema di relazioni di lavoro che, attraverso il dialogo e la concertazione, garantisca un equilibrio tra capitale e lavoro, in considerazione delle rispettive esigenze ma convergente verso l'obiettivo della crescita e coesione sociale. Infatti, i 62 articoli del testo di legge, discussi e concertati da Stato, Regioni, parti sociali, consigli per la formazione, si rivolgono da un lato ai lavoratori (*salarié*), ampliando per loro le possibilità di rendere effettivo il diritto individuale all'apprendimento attraverso un accesso più trasparente alle occasioni e ai finanziamenti per la formazione. Dall'altro lato, la riforma si rivolge alle piccole e micro imprese, sostenendole e accompagnandole nella realizzazione effettiva del diritto all'apprendimento. Su questi due fronti si sviluppano i quattro principali assi della riforma.

Il primo, che ha peraltro ispirato anche i recenti piani di azione del governo italiano (MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul futuro del modello sociale. La vita buona nella società attiva*, 2009; MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITÀ E RICERCA, *Italia 2020. Piano di azione per l'occupabilità dei giovani attraverso l'integrazione tra apprendimento e lavoro*, 2009), si rifà alla necessità di rafforzare il legame tra formazione e lavoro, attraverso una idea di apprendimento continuo e circolare. L'apprendimento come mezzo e fine dei percorsi individuali formativi e professionalizzanti, che non vanno più in una sola direzione (dalla formazione al lavoro), ma disegnano circuiti dinamici nel mercato del lavoro. Per mantenere, aggiornare, innalzare le competenze e rendere più sicuri i percorsi e le transizioni professionali, la riforma crea un Fondo paritario per la stabilizzazione dei percorsi professionali, finalizzato ad assicurare la qualificazione o la riqualificazione dei lavoratori meno qualificati e dei disoccupati.

Il secondo asse di riforma punta alla eguaglianza nell'accesso alle opportunità di formazione per i lavoratori delle piccole e medie imprese, i lavoratori poco qualificati, i giovani che abbandonano la scuola o gli anziani. A questo fine la legge francese ri-orienta i finanziamenti, incoraggia la alternanza formazione-lavoro, sostiene una politica di rinnovamento delle competenze di base.

Il terzo asse di riforma è direttamente finalizzato alla maggiore efficacia e qualità del sistema della formazione professionale. Le strategie sono due: un migliore coordinamento degli attori – Stato, regioni, parti sociali – e la riforma della rete degli OPCA (*organismes paritaires collecteurs agréés*) assimilabili ai Fondi Interprofessionali italiani.

Infine, il testo di legge promuove un sistema centrato sui lavoratori e i disoccupati, parzialmente riformando e incoraggiando la concreta applicazione di strumenti quali il congedo individuale per lo studio, il diritto individuale alla formazione, e i dispositivi per la validazione degli esiti dell'apprendimento riconducibili al già rodato sistema della validazione delle competenze (VAE, *validation des acquis de l'expérience*).

3. Il significato della riforma è dare slancio alle finalità, agli strumenti e ai mezzi finanziari della formazione professionale.

Innanzitutto, gli obiettivi della formazione professionale sono legati alla evoluzione e alla stabilizzazione dei percorsi professionali dei lavoratori: «Elle vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle. Une stratégie nationale coordonnée est définie et mise en œuvre par l'État, les régions et les partenaires sociaux» (art. 1 del testo definitivo, della l. n. 2009-1437). La formazione professionale dovrebbe peraltro rafforzare il nucleo di competenze di base acquisite con la formazione iniziale, soprattutto la abilità di apprendere ad apprendere e le competenze sociali. Un obiettivo che poggia sulla idea che i continui e rapidi cambiamenti del mercato del lavoro richiedano un conseguente aggiornamento e adattamento delle competenze e dei profili professionali. A tal fine, il Titolo I – Diritto alla formazione, all'orientamento e alla qualificazione professionale – rinforza la missione del Consiglio nazionale della formazione professionale permanente (*Conseil national de la formation professionnelle tout au long de la vie*, CNFPTLV), un organo per la concertazione tra lo Stato, le Parti economiche e sociali e i Consigli regionali, dotandolo di un presidente nominato dal Consiglio dei Ministri. Lo stesso CNFPTLV attiverà corsi di formazione professionale con l'obiettivo di dare continuità tra la formazione professionale iniziale e quella continua. Inoltre, la riforma dota il Rappresentante per la informazione e l'orientamento, figura istituita nel Codice del Lavoro francese, del potere di “proporre” (non “definire”) al governo le priorità delle politiche di cui esso è incaricato. Tale soggetto dovrà anche coordinare i vari attori nazionali della informazione e orientamento (Onisep, Centre Inffo e CIDJ). Per questo motivo, ma non solo, la legge è stata fortemente criticata per aver così centralizzato la formazione professionale, e aver conseguentemente tolto sostanziali competenze ai livelli di governo decentrati, come le Regioni. La stessa politica per l'orientamento è stata attaccata in quanto insufficiente, sia per quanto riguarda la offerta di servizi, sia per le possibilità di accesso a quelli esistenti.

In secondo luogo, la riforma promuove cinque strumenti per la formazione professionale. Il primo, già previsto nell'accordo tra le parti sociali del 7 gennaio 2009, che costituisce il cuore e il senso della riforma, è la portabilità del diritto individuale all'apprendimento (*droit individuel à la formation*, DIF). Un diritto nato con la riforma del 2004 (codificato all'art. L. 933-1 del Codice del Lavoro francese), che consiste nella possibilità per i lavoratori di accedere ad una formazione di almeno 20 ore all'anno. La novità risiede nella possibilità del lavoratore, in caso di interruzione di contratti di lavoro, di continuare a beneficiare del suo *droit individuel à la formation* al di fuori dell'impresa dove tale diritto è stato maturato. Per permettere l'esercizio di questo diritto alla conclusione del contratto tutti i datori di lavoro dovranno certificare il monte ore cumulato e non utilizzato per il diritto individuale alla formazione. La portabilità del diritto non si sostituisce alla possibilità per il lavoratore di goderne immediatamente, in casi di licenziamento o di dimissioni, ma questa scelta sarà legata alle possibilità di finanziamento del diritto di apprendimento continuo, legate a dei tetti massimi di spesa. Il Senato ha ben specificato che la portabilità del *droit individuel à la formation*, estesa a tutti i lavoratori che si trovino a ricevere il sussidio di disoccupazione alla conclusione di un rapporto di lavoro, non si applica in caso di colpa grave. Gli emendamenti del Senato hanno altresì previsto che in caso di disac-

cordo sulla fruizione del “*droit individuel à la formation portable*” tra datore di lavoro e lavoratore, questo ultimo possa altrimenti godere del proprio diritto, sempre fuori dall’orario di lavoro e senza oneri per il datore, sotto forma di bilancio delle competenze, validazione degli esiti dell’apprendimento o una formazione nel settore di appartenenza dell’impresa. Il primo è riconosciuto come un diritto effettivo (*droit effectif*) che il lavoratore acquisisce e può richiedere dopo due anni di anzianità nella stessa impresa, e in seguito ogni cinque anni. La seconda poggia in Francia un sistema rodato e solido, anch’esso peraltro oggetto della riforma in esame.

Il progetto di legge approvato dal Senato francese il 14 ottobre 2009, d’altra parte, non dimentica la formazione per i lavoratori in attività. Nei piani per la formazione dei lavoratori, che costituiscono il secondo strumento promosso dalla riforma, si distinguono le attività formative in base alla loro finalità, così classificate in due gruppi (oggi sono tre): da un lato, quelle legate alla realizzazione del profilo professionale del lavoratore per il mantenimento e lo svolgimento delle sue funzioni, che si svolgono all’interno dell’orario di lavoro. Dall’altro lato, le attività per lo sviluppo di competenze che vanno al di là della qualifica contrattuale; qualora si svolgano oltre l’orario di lavoro, un comitato d’impresa può decidere di finanziarle, garantendo il diritto a un versamento pari al 50% della retribuzione netta.

Il terzo strumento è il congedo individuale per la formazione di cui sarà possibile fruire interamente oltre l’orario di lavoro, potendo il lavoratore chiedere una copertura finanziaria per il congedo all’ente che lo finanzia. In questo senso si comprende perché il godimento del congedo non obbliga il lavoratore a presentare alcuna domanda al datore di lavoro, e il fatto che questo non sia necessariamente informato del cambiamento della retribuzione.

Il quarto strumento, esemplificando una piena convergenza tra capitale e lavoro, è il bilancio delle competenze professionali che, regolato dall’art. 7 della riforma, è compilato congiuntamente da lavoratore e datore di lavoro, offrendo al primo una diagnosi realistica delle sue capacità professionali e competenze, e al secondo una più lucida programmazione della formazione dei dipendenti. Sempre nell’ottica della tracciabilità delle competenze acquisite, il lavoratore potrà compilare su propria iniziativa il *passport formation* per raccogliere le informazioni relative al proprio percorso formativo: tutta la documentazione raccolta in occasione dei colloqui di lavoro, i bilanci delle competenze, le azioni di formazione realizzate in azienda o comunque rilevanti ai fini della certificazione nel *passport*, i periodi di stage o di formazione all’interno della impresa, le competenze e attitudini professionali emerse nello svolgimento dell’attività lavorativa.

Infine, l’art. 9 della riforma introduce delle attività formative, individuali o collettive, finalizzate alla preparazione operativa al lavoro (*préparation opérationnelle à l’emploi*, POE), con l’obiettivo di rispondere alle offerte di lavoro rimaste insoddisfatte.

Per quanto riguarda i mezzi finanziari previsti dalla riforma francese al fine di sostenere le attività per il diritto individuale alla formazione professionale continua, la grande novità è l’istituzione di un Fondo paritario per la stabilizzazione dei percorsi professionali (FPSPP), già citato dall’accordo delle parti sociali del 7 gennaio. Il Fondo è alimentato da un prelievo che va dal 5 al 13% della contribuzione che le imprese versano obbligatoriamente per il finanziamento della formazione professionale continua, e da un prelievo dai fondi degli organismi paritari (OPCA) a titolo dello 0,5% destinato alla professionalizzazione e al DIF, e dello 0,2% destinato al congedo individuale per la formazione. Il versamento del 5-13% è destinato alla formazione professionale continua e i relativi strumenti: piano formativo, professionalizzazione e congedo individuale della formazione. Ogni anno le associazioni datoriali e sindacali più rappresentative a livello interprofessionale stabiliscono il livello percentuale trattenuto per il prelievo.

L'obbligatorietà del versamento per la formazione professionale continua da parte delle imprese ha una doppia conseguenza: da un lato, salvo diversa previsione negli accordi di settore, tutte le imprese saranno tenute a versare a un organismo paritario (OPCA) un contributo a titolo del piano di formazione, mentre fino ad ora non esisteva un obbligo formale. In secondo luogo, le risorse disponibili negli OPCA saranno ridotti dai prelievi destinati al fondo paritario per la stabilizzazione dei percorsi professionali (FPSPP). Tali prelievi serviranno a finanziare le azioni di formazione a favore dei disoccupati nel quadro nella preparazione operativa al lavoro e le azioni, stabilite per legge, per la formazione dei soggetti più a rischio (lavoratori poco qualificati, quelli che non sono stati inseriti in attività formative per cinque anni, i dipendenti delle imprese medie e piccole). La finalità della creazione di questo fondo è pertanto quella di ri-orientare sensibilmente una parte importante dei finanziamenti che passano per le casse degli OPCA verso azioni definite per legge come prioritarie a livello nazionale. Ancora una volta, un segno chiaro di quella tendenza alla centralizzazione, fortemente criticata dalla opposizione. Una altra conseguenza che potrebbe scaturire dalla obbligatorietà del finanziamento da parte delle imprese è l'aumento della tassazione versata da parte delle stesse agli organismi paritari e quindi una diminuzione delle somme disponibili per il finanziamento diretto di attività di formazione all'interno del quadro dei vincoli legali di partecipazione al finanziamento della formazione professionale.

Sempre per quanto riguarda i mezzi di finanziamento della formazione professionale, gli OPCA, che come detto corrispondono ai Fondi interprofessionali italiani, diventano soggetti attivi e responsabili di questa area di *policy*, potendo ora contribuire attivamente allo sviluppo della formazione professionale continua e alla gestione, anticipazione e previsione della occupazione e delle competenze per mezzo della identificazione e della analisi dei fabbisogni in termini di competenze. L'art. 14 del testo di legge prevede che i contributi obbligatori delle imprese di meno di cinquanta dipendenti per il finanziamento della formazione professionale continua saranno integralmente versati a un OPCA che li gestirà separatamente. Tale disposizione ha l'effetto di mettere in comune tutte le risorse delle imprese di meno di cinquanta dipendenti, considerando che la legge non consente di realizzare dei veri piani di formazione in imprese di quella dimensione, mentre lo consente per le imprese di meno di dieci lavoratori. Infine, l'art. 15 prevede che gli accordi degli organismi paritari si esauriscano al massimo due anni dopo l'entrata in vigore della legge. A fianco di queste nuove responsabilità, per la rete degli OPCA è prevista anche una sostanziale riorganizzazione, in termini di razionalizzazione degli organismi il cui numero dovrà essere dimezzato.

La riforma dell'orientamento e della formazione professionale continua in Francia va nella direzione di una concreta realizzazione di un diritto individuale all'apprendimento lungo tutto l'arco della vita, riorganizzando i finanziamenti, ridistribuendo le responsabilità tra i soggetti responsabili della formazione professionale. Tra i 25 decreti che dovranno completare la legge, il governo ha annunciato che le due priorità saranno la realizzazione del Fondo paritario per la stabilizzazione dei percorsi professionali, dal primo gennaio 2010, e la seconda sarà la riorganizzazione del sistema degli OPCA.

Lisa Rustico
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

3. Norvegia

3.1. MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, *Corporate Social Responsibility in a Global Economy*, Report No. 10 (2008-2009) to the Storting, 23 gennaio 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

Prospettive in tema di responsabilità sociale di impresa

Sommario: **1.** La nozione di responsabilità sociale d'impresa accolta nel Libro Bianco. – **2.** Il ruolo del settore privato: la *corporate responsibility to respect human rights* e la *corporate responsibility to provide decent work*. – **3.** La valutazione delle iniziative internazionali in materia di RSI: le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* e il *Global Compact*. – **4.** Gli strumenti interni per promuovere la RSI, con particolare riguardo all'esclusione dagli investimenti del *Government Pension Fund – Global* delle imprese multinazionali responsabili di violazioni dei diritti dei lavoratori e di gravi forme di inquinamento ambientale. – **5.** Considerazioni conclusive. – **6.** Indicazioni bibliografiche essenziali.

1. La nozione di responsabilità sociale d'impresa (di seguito RSI) è da tempo utilizzata, oltre che nel quadro delle principali organizzazioni internazionali (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, Organizzazione internazionale del lavoro, Organizzazione delle Nazioni Unite e Unione europea), nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali per tentare di disciplinare, in forma non vincolante e, quindi, attraverso strumenti di *soft law*, l'attività delle imprese.

Una delle più recenti e, nel contempo, rilevanti iniziative nazionali a sostegno della RSI è rappresentata dal Libro Bianco sulla responsabilità sociale d'impresa presentato il 23 gennaio 2009 dal Ministro degli affari esteri norvegese Jonas Gahr Støre al proprio Parlamento (Storting). Il documento, intitolato *Corporate Social Responsibility in a Global Economy*, suddiviso in dieci sezioni, ha lo scopo di promuovere comportamenti socialmente responsabili nel settore pubblico e in quello privato, ed analizzare le possibilità ed i limiti dei sistemi di RSI attualmente esistenti a livello nazionale ed internazionale.

A parere di chi scrive, la descrizione più convincente del fenomeno della RSI può desumersi dalla definizione elaborata dalla Commissione europea, che, nel Libro Verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* (COM(2001)366 def., 18 luglio 2001), parla di «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate» (§ 20). Sebbene la Norvegia non sia membro dell'UE, con il Libro Bianco del 2009 aderisce pienamente all'approccio volontario alla RSI sostenuto dalla Commissione, laddove afferma che essa consiste nell'integrazione da parte delle imprese di «social and environmental concerns into their day-to-day operations, as well as in their dealings with stakeholders» (8). Appare evidente infatti come sia nel Libro Bianco norvegese, sia nel precedente Libro Verde della Commissione venga affermata con chiarezza l'adesione volontaria alla RSI, anche a causa della diffusa resistenza delle imprese alla definizione di norme vincolanti in materia, ne consegue che essere socialmente responsabili significa impegnarsi volontariamente a raggiungere elevati standard in materia di tutela dell'ambiente e dei diritti umani, integrando e non sostituendo quanto già previsto dalla legislazione nazionale.

2. Una volta fornita la definizione di RSI, il Libro Bianco analizza la responsabilità delle imprese in materia di diritti umani e lavoro dignitoso.

L'analisi condotta nel documento in esame sulla *corporate responsibility to respect human rights* prende le mosse dai rapporti presentati dal Rappresentante speciale del Segretario generale dell'ONU sui diritti umani e le imprese multinazionali (prof. John Ruggie)

riferibili al quadriennio 2006-2009 (in www2.ohchr.org), nei quali egli descrive il *framework*, ossia un quadro operativo, che dovrebbe guidare – ancora una volta in forma non vincolante – il processo di *policy-making* nella responsabilizzazione delle imprese in materia di diritti umani.

Il Libro Bianco fa proprie le considerazioni del prof. Ruggie secondo cui ciascuna impresa dovrebbe uniformare la propria condotta agli standard di tutela fissati nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, nei Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, negli altri trattati sulla protezione dei diritti umani e nelle *ILO core conventions*, e tenere in considerazione: a) il contesto del Paese in cui l'attività di *business* si svolge al fine di evidenziare qualsiasi rischio dal punto di vista della tutela dei diritti umani; b) l'impatto dell'attività di *business* sui diritti umani e, infine, c) se e come tale attività possa contribuire alla violazione dei diritti umani, avendo riguardo anche alla condotta dei propri partner commerciali e fornitori.

Il Libro Bianco si limita tuttavia a sostenere il framework delineato dal Rappresentante speciale, senza contribuire in alcun modo a chiarire le modalità attraverso cui indurre le imprese ad osservare le regole di condotta appena menzionate, vista l'oggettiva difficoltà di ottenere dalla generalità, o da gran parte delle imprese, il rispetto di regole soltanto raccomandate.

Prima di passare ad analizzare la *corporate responsibility to provide decent work*, è però opportuno svolgere alcune considerazioni introduttive in merito alla nozione di lavoro dignitoso.

Dal 1999 l'ILO promuove una politica che mira a consentire a ciascun individuo di accedere ad un lavoro decente e produttivo in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità (si veda il rapporto *Decent Work* presentato dal Direttore generale dell'ILO alla 87° sessione della Conferenza internazionale del lavoro del 1999, in www.ilo.org). Come risulta chiaramente espresso in un documento presentato in occasione della 96° sessione della Conferenza del 2007 (*Strengthening the ILO's capacity to assist its Members' efforts to reach its objectives in the context of globalization, Report V*, in www.ilo.org), le principali direttrici d'azione di tale politica sono la promozione dei diritti sui luoghi di lavoro, la creazione di nuove possibilità di impiego, il rafforzamento del dialogo sociale e della protezione sociale.

Ed ancora nel rapporto introduttivo alla Conferenza del 2007, intitolato *Decent work for Sustainable Development* (in www.ilo.org), il Direttore generale, dopo aver invitato i delegati a rafforzare i sistemi nazionali di protezione sociale e a modernizzare la *governance* del mondo del lavoro, ricorda il grande impatto suscitato da un recente studio congiunto dei Segretariati dell'Organizzazione mondiale del commercio e dell'ILO (*Trade and Employment: Challenges for Policy Research*, consultabile in www.ilo.org e www.wto.org), in cui si evidenzia la crescente interazione tra politiche commerciali e politiche sociali, nonché la necessità di assicurare maggiore coerenza tra i due ambiti di attività al fine di ottenere dalla liberalizzazione economica, effetti positivi tanto sulla crescita produttiva, quanto sull'impiego. È in questo contesto che si inserisce il rapporto presentato dalla Commissione speciale per le *sustainable enterprises* (*The promotion of sustainable enterprises*, in www.ilo.org), in cui si sottolinea l'opportunità di discutere a livello di Conferenza «the important role of the private sector and sustainable enterprises in social and economic development» (95) e la necessità di coinvolgere le imprese nella politica del *decent work*. Tale opportunità è ribadita di recente anche nel *Global Jobs Pact*, una risoluzione adottata il 19 giugno 2009 dalla Conferenza internazionale del lavoro in occasione della 98° sessione (consultabile in www.ilo.org) e volta ad individuare le misure più idonee a porre un freno alla crisi economica globale.

Proprio nell'ottica di indicare alle imprese misure idonee a promuovere il lavoro dignitoso e sul presupposto che «The purpose of the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (1977) is to encourage companies, national authorities and the social partners to promote decent working conditions and social dialogue at the workplace» (33), il Libro Bianco norvegese afferma che le imprese dovrebbero dotarsi di codici di condotta ispirati alla Dichiarazione Tripartita del 1977, emendata nel 2000 e nel 2006 (consultabile in www.ilo.org), e prevedere procedure di monitoraggio e misure coercitive applicabili in caso di violazione dei codici.

3. Fra le numerose iniziative internazionali esistenti in materia di RSI, il Libro Bianco norvegese si concentra in particolare sulle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* del 1976, oggetto di revisione nel 2000 (consultabili in www.oecd.org), e sul *Global Compact* (in www.unglobalcompact.org).

Come è noto, le *OECD Guidelines* si compongono di dieci sezioni, riguardanti i concetti e i principi, le politiche generali, la trasparenza, l'occupazione e le relazioni industriali, l'ambiente, la lotta alla corruzione, gli interessi del consumatore, la scienza e la tecnologia, la concorrenza, la fiscalità che codificano il catalogo degli standard che le imprese multinazionali costituite nel territorio degli Stati aderenti (che, nel 2008, erano pari a 41, e fra questi rientrava anche la Norvegia, in qualità di membro dell'OECD) sono invitate a rispettare nello svolgimento delle proprie attività economiche all'estero. Le procedure di *follow-up*, volte a chiarire i contenuti e a monitorare l'applicazione delle linee guida, sono affidate al *Committee on International Investment and Multinational Enterprises* (CIME) e ai *National Contact Points* (NCP).

Per quanto concerne questi ultimi, tra le funzioni affidate agli NCP, di particolare rilevanza vi è quella di ricezione delle denunce di casi di violazione delle *OECD Guidelines*. Infatti, i NCP vagliano le denunce, presentate da altri NCP, dagli operatori economici, dai rappresentanti dei lavoratori o dalle Organizzazioni non Governative (ONG), relative a condotte poste in essere da imprese multinazionali in violazione delle linee guida. Nel caso in cui la denuncia appaia fondata e, quindi, la questione giustifichi una disamina più approfondita, il NCP la esamina con le parti in causa e offre i suoi buoni uffici per facilitare il raggiungimento di soluzioni concordate tra le parti. Se le parti interessate non raggiungono un accordo, il NCP adotta un comunicato (il c.d. *statement*), contenente raccomandazioni sulla corretta applicazione delle *OECD Guidelines*. Dei 182 casi sottoposti all'attenzione dei NCP a partire dal 2000, 136 sono stati presi in considerazione e, di questi, 86 si sono già conclusi, tre dei quali dinanzi al NCP norvegese (*2008 Annual Meeting of the National Contact Points, Report by the Chair, 24-25 giugno 2008*, consultabile in www.oecd.org).

Il Libro Bianco si concentra proprio sulla procedura di *follow-up* facente capo ai NCP, evidenziando le diverse lacune che non permettono a questo meccanismo alternativo di accesso alla giustizia di esplicitare appieno le proprie potenzialità. In caso di denuncia, non esiste infatti un meccanismo che possa costringere le imprese a partecipare alla procedura di ricorso portata avanti dal NCP e, soprattutto, non possono essere adottate sanzioni nei confronti delle imprese che violino le *OECD Guidelines*. Ulteriori cause di inefficacia della procedura consistono poi, sempre secondo il Libro Bianco, nella dipendenza dei NCP dalle istituzioni ministeriali nazionali, nella mancanza di trasparenza e nell'insufficienza delle risorse destinate alla conduzione di indagini. Una delle lacune più evidenti emerse dall'attività dei NCP, è poi l'incapacità di avviare azioni investigative quando viene presentato un ricorso: ciò significa, in sostanza, che, nonostante il mandato proprio dei NCP, questi ultimi non sono in grado di verificare la fondatezza dei fatti addotti dalle parti, il che porta ad una fase di stallo della procedura. Quanto al principio di riservatezza, sebbene siano espressamente indicate le circostanze in presenza delle quali la confidenzialità vada mantenuta al fine di proteggere informazioni aziendali sensibili,

gli NCP tendono a farne un uso che va ben oltre le ipotesi previste, giungendo perfino a omettere di pubblicare nei rapporti annuali i nomi delle imprese e i motivi del ricorso, anche per casi già conclusi. Dal punto di vista poi dei contenuti delle dichiarazioni adottate dai NCP, va rilevata una prevalenza di dichiarazioni generiche e dallo scarso valore pratico, al punto che, in molti casi, le dichiarazioni non riportano le norme violate.

Al fine di colmare almeno alcune di tali lacune, il Governo norvegese, attraverso il Libro Bianco, si impegna a «provide more resources for the Norwegian NCP and encourage the use of independent advisers and experts» e «work to increase knowledge and guidance about the Guidelines, among other things through the NCP and relevant public instruments» (69).

Per quanto concerne invece il *Global Compact*, tale iniziativa, proposta nel 1999 dal Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan e lanciata ufficialmente nel 2000, è volta a promuovere una particolare forma di *partnership* tra le Nazioni Unite, i governi, le imprese, i rappresentanti del mondo sindacale e la società civile, allo scopo di stimolare le imprese a rispettare spontaneamente i c.d. *Ten Principles*, ovvero dieci principi riguardanti la tutela dei diritti umani e dei lavoratori, la protezione dell'ambiente e la lotta alla corruzione.

Ad oggi sono circa 4.700 le grandi imprese che hanno aderito all'iniziativa attraverso l'invio di una lettera al Segretario Generale, in cui ciascuna impresa ha dichiarato di aderire al *Global Compact*, impegnandosi a rendere i *Ten Principles* parte integrante della propria politica aziendale e a descrivere in una comunicazione annuale (la c.d. *Communication on Progress – COP*) i progressi compiuti nel campo della RSI. A proposito dei partecipanti, il *Global Compact* ne contempla 36 di origine norvegese, in gran parte imprese. Tali imprese, insieme a quelle svedesi, danesi, finlandesi e islandesi, hanno formato il *Nordic Network*, che si riunisce due volte all'anno per discutere le esperienze maturate in materia di RSI.

I risultati raggiunti, almeno in termini di partecipazione all'iniziativa, non eliminano però i limiti intrinseci del *Global Compact*, ovvero il carattere non vincolante dei *Ten Principles* e l'assenza di meccanismi di controllo sulla loro applicazione e di un sistema sanzionatorio in senso stretto. Per tali ragioni, il Libro Bianco, pur considerando il *Global Compact* un imprescindibile punto di riferimento nel quadro della RSI, evidenzia la necessità di «cooperate with the private sector to increase knowledge about the Global Compact and encourage more companies to join the initiative» e, soprattutto, di «discuss how the donor countries can help to strengthen and further develop the Global Compact» (71).

4. Il Libro Bianco si preoccupa, infine, di esaminare le politiche pubbliche volte alla promozione e incentivazione della RSI predisposte dalla Norvegia, uno dei Paesi che, come noto, si ispira a un modello di *policy approach* alle questioni del Welfare conosciuto come *Nordic Model*. In pratica, in tale Stato (come anche in Danimarca e Svezia) si registra un approccio al welfare particolarmente estensivo e sviluppato, caratterizzato dal coinvolgimento di una serie di attori economici (*in primis*, le imprese) nell'interpretazione e nella soluzione di problematiche socio-economiche. L'evoluzione più recente di tale modello considera di importanza strategica e cruciale la realizzazione di *partnerships* tra attori pubblici e attori privati, al fine di creare un clima di corresponsabilità nella creazione di un mercato e una società maggiormente partecipativi. In quest'ottica, la Norvegia tende a predisporre una serie di strumenti di *policy making* idonei a favorire la costituzione di detti partenariati e a valorizzare una responsabilità sociale condivisa.

Deve poi essere precisato che in Norvegia, anche se non esiste un quadro normativo espressamente riferito alla RSI, sono regolamentati alcuni aspetti ad essa strettamente connessi, quali la sicurezza e la salute sui luoghi di lavoro, le tutele a favore della disabilità e

le pari opportunità. A quest'ultimo riguardo, deve essere fatto almeno un cenno al *Norwegian Public Companies Act*, che impone a determinate imprese di avere all'interno dei propri organi direttivi almeno il 40% di donne. Un altro aspetto disciplinato da norme vincolanti è quello del *reporting*: in virtù del *Norwegian Accounting Act* del 1998, le società norvegesi sono infatti tenute a inserire nei loro *report* contabili annuali informazioni riguardanti il rispetto di standard sociali e ambientali (cfr. *Section 3-3a, Subsection 11*). Ciò premesso, è importante sottolineare come in Norvegia, sebbene alcuni aspetti relativi alla RSI siano regolamentati in forma vincolante, resta centrale l'idea per cui le pratiche socialmente responsabili devono essere il frutto di una scelta volontaria delle imprese. Questo spiega la carenza di misure organiche per la promozione della RSI e la mancanza di una strategia pubblica di portata nazionale.

Il ruolo del Governo norvegese si limita, per lo più, al supporto di carattere finanziario di alcune limitate iniziative, nella gran parte dei casi gestite poi direttamente da fondazioni.

Il Ministero per l'ambiente, ad esempio, ha istituito una fondazione denominata *Green in Practice*, incaricata di realizzare iniziative e progetti volti a supportare lo sviluppo di un consumo e di una produzione sostenibili. Tra questi, merita attenzione il premio sul *Best Reporting*, rivolto a imprese che si distinguono per l'attività di *reporting* avente ad oggetto pratiche responsabili dal punto di vista ambientale. Un'ulteriore iniziativa è quella conosciuta come *IW-Agreement*, un Accordo tripartito per un ambiente di lavoro maggiormente inclusivo. L'obiettivo generale di tale strumento è quello di supportare le misure aziendali necessarie a rendere il posto di lavoro più favorevole alle esigenze dei lavoratori disabili o con capacità lavorative ridotte (per età avanzata, patologie, ecc.). L'iniziativa risponde a un'esigenza di ampio coinvolgimento delle parti sociali interessate, in linea con il *policy approach* al Welfare tipico dell'ormai noto *Nordic Model*. La *IW-Agreement*, infatti, è realizzata con il concorso di una serie di attori pubblici e privati, quali il Ministero del lavoro e dell'inclusione sociale, la *Norwegian Confederation of Trade Unions*, la *Confederation of Norwegian Business and Industry*, la *Confederation of Vocational Unions*, la *Federation of Norwegian Commercial and Service Enterprises*, la *Norwegian Association of Local and Regional Authorities* e, infine, la *Federation of Norwegian Professional Associations*. Affinché un'impresa possa godere dei benefici di tale iniziativa, consistenti nell'abbattimento di parte degli oneri derivanti dalle misure concretamente adottate a vantaggio dei lavoratori, è necessario che essa stipuli un accordo con le autorità amministrative competenti.

Il Governo norvegese tende poi a promuovere in via indiretta la RSI attraverso la concessione di *export credits*. Tali sovvenzioni finanziarie sono previste a favore di imprese esportatrici e contemplano, tra i requisiti per la loro erogazione, il rispetto degli standard socio-ambientali enunciati nelle *Guidelines Concerning Human Rights and Environment for Norwegian Companies Abroad* (consultabili in www.regjeringen.no).

La analisi del Libro Bianco può concludersi con la valutazione delle iniziative adottate dalla Norvegia, soprattutto negli ultimi anni, nel settore del *social responsible investment* (di seguito SRI). Il tema del SRI è tornato prepotentemente al centro dell'attenzione del dibattito sull'etica d'impresa nel gennaio 2009, quando il Ministro delle finanze norvegese, Kristin Halvorsen, ha annunciato la vendita da parte del *Government Pension Fund – Global* delle azioni della compagnia mineraria canadese Barrick Gold Corporation, responsabile di gravi forme di inquinamento ambientale e della compagnia americana Textron, attiva nel settore aerospaziale e della difesa, in quanto coinvolta nella produzione delle tristemente note bombe a grappolo (*cluster bombs*).

Il Fondo pensione governativo norvegese (uno dei maggiori fondi pensione a livello mondiale per patrimonio gestito, che a fine 2008 superava i 240 miliardi di euro) è stato costituito il 1° gennaio 2006, ricomprendendo in esso il precedente *Government Petroleum Fund* (istituito nel 1990) e il *National Insurance Scheme Fund* (ora denominati ri-

spettivamente *Government Pension Fund – Global* e *Government Pension Fund – Norway*).

Il Fondo gestisce i proventi del petrolio della Norvegia, con l'obiettivo di assicurare che una ragionevole parte di tale ricchezza vada alle future generazioni, nella prospettiva di forte riduzione dei profitti derivanti dal petrolio e di tendenziale incremento della spesa statale per pensioni, salute e assistenza. Formalmente il *Government Pension Fund – Global* è un deposito in corone norvegesi in un conto speciale aperto con la Banca di Norvegia che – su delega del Ministro delle finanze, responsabile della gestione del Fondo – lo investe in strumenti finanziari e depositi per cassa denominati in valuta estera allo scopo di proteggere l'economia nazionale dagli effetti delle fluttuazioni delle entrate derivanti dal petrolio. Al contrario, il patrimonio del *Government Pension Fund Norway* è principalmente investito in Norvegia.

Nella gestione delle risorse del *Government Pension Fund – Global* la Banca di Norvegia deve attenersi alle linee guida etiche per l'investimento proposte dal *Council on Ethics*, un comitato etico composto da cinque esperti in materia di diritti umani, politiche ambientali, diritto economico internazionale e economia, approvate dal Parlamento norvegese e rese operanti dal Ministro delle finanze, responsabile della gestione, il 22 dicembre 2005 (consultabili in www.regjeringen.no). Al comitato etico appena menzionato spetta il difficile compito di monitorare costantemente l'attività delle società in cui il *Government Pension Fund – Global* investe.

Negli anni passati le operazioni di disinvestimento poste in essere dal *Government Pension Fund – Global* hanno riguardato anche altre imprese (la lista completa degli esclusi è disponibile in www.regjeringen.no), quali il colosso statunitense della grande distribuzione Wal-Mart e la compagnia mineraria americana Freeport McMoRan Copper Gold. Alla base di tali esclusioni vi sono i rilievi critici mossi alle imprese appena citate da parte del *Council on Ethics*, che, nel sottolineare il coinvolgimento sempre più frequente di queste due compagnie in massicce violazioni dei diritti umani e di diritti dei lavoratori (Wal-Mart) e in gravi forme di inquinamento ambientale (Freeport), ha rilevato l'incompatibilità di tali condotte con le *guidelines* etiche che regolano le attività del fondo e, di conseguenza raccomandato l'esclusione delle due società.

Le decisioni di escludere la Barrick Gold Corporation e la Textron sono motivate, stando alle note ufficiali del Ministro delle finanze, dal pericolo paventato delle istituzioni norvegesi di "contribuire" ai danni ambientali e alle violazioni dei diritti umani poste in essere dalle due imprese.

Per quanto concerne la decisione relativa al disinvestimento dalla compagnia mineraria Barrick Gold, che rappresenta uno dei principali produttori di oro al mondo con 27 miniere operative su scala mondiale, va rilevato che le azioni di questa società sono state vendute a causa degli estesi danni ambientali provocati dalla compagnia nei Paesi in cui essa svolge operazioni di estrazione dell'oro. La Barrick Gold è la quinta compagnia mineraria da cui il *Government Pension Fund – Global* disinveste per motivi ambientali. Precedenti operazioni di disinvestimento hanno riguardato, oltre alla già citata Freeport-McMoRan Copper & Gold, le azioni della compagnia anglo-australiana Rio Tinto, della compagnia mineraria sudafricana DRD Gold e della compagnia mineraria britannica Vedanta Resources.

Quanto alla decisione relativa al disinvestimento dalla Textron (che produce, tra gli altri, gli elicotteri Bell e gli aerei Cessna), essa è una diretta conseguenza della firma apposta dalla Norvegia lo scorso dicembre alla Convenzione internazionale per la messa al bando delle *cluster bombs*. Come è noto, il 30 maggio 2008 un gruppo di 107 Stati ha adottato a Dublino la Convenzione sulle munizioni a grappolo (piccole bombe trasportate in un grosso contenitore che si apre a mezz'aria e le scaraventa su di una vasta area; sono armi non convenzionali causa di gravissime conseguenze di tipo umanitario), con la quale è

stato introdotto, per la prima volta, un divieto internazionale di uso, produzione, stoccaggio e trasferimento di tali munizioni. Ad oggi, la Textron è il nono produttore di *cluster bombs* ad essere escluso dal *Government Pension Fund – Global*.

5. Nel corso del 2008, la crisi economico-finanziaria, innescata dal fallimento delle operazioni di *securitization* dei mutui *subprime* americani, è stata al centro del dibattito pubblico globale, in un *climax* crescente di preoccupazione per la stabilità del sistema finanziario e per le prospettive di crescita dell'economia mondiale. Alla fine del 2009, la situazione economica si presenta ancora particolarmente critica e pone in capo ai singoli ordinamenti nazionali un compito, quello di porvi rimedio, di particolare difficoltà. La crisi è innanzitutto una crisi di "responsabilità" del sistema della finanza, un sistema che negli ultimi anni ha dato vita a un unico grande mercato finanziario globale privo di regole e controlli, e alla progressiva finanziarizzazione dell'economia. La maggior parte delle grandi imprese sono oggi controllate da attori finanziari quali i fondi pensione e quelli di investimento, il cui scopo è generalmente la massimizzazione del profitto a breve termine e non lo sviluppo di lungo periodo dell'impresa.

Ciò detto, è evidente come il settore finanziario giochi un ruolo fondamentale in materia di RSI, in particolare per quanto concerne l'impatto sociale ed ambientale dei finanziamenti e dei crediti erogati. A ben vedere, se tale settore incominciasse a "premiare" le imprese ecologicamente all'avanguardia e le imprese socialmente responsabili, ciò potrebbe costituire un fondamentale aiuto nella gestione e, addirittura, nel superamento della crisi. In tal senso, importanti segnali di cambiamento sembrano provenire da quei Paesi, prevalentemente europei, che hanno incominciato a stabilire criteri di investimento etici per i fondi pensione governativi. Uno dei principali protagonisti di questo processo di cambiamento è senz'altro la Norvegia, uno dei Paesi più attivi nel settore del *social responsible investment*, come dimostrano le operazioni di disinvestimento poste in essere dal *Government Pension Fund – Global*.

Come si è visto, il Libro Bianco norvegese, che certamente rappresenta una delle più interessanti iniziative nazionali a sostegno della RSI, si caratterizza per l'approccio volontario alla RSI, mostrando in tal modo di aderire alla politica attualmente seguita a livello internazionale (in particolare nel quadro dell'OECD, dell'ILO, dell'ONU e dell'UE) e ponendosi, al contrario, in netto contrasto con gran parte delle ONG, le quali ritengono che nel lungo periodo sia impossibile o altamente improbabile ottenere dalla generalità o da gran parte delle imprese il costante e spontaneo rispetto di comportamenti soltanto raccomandati o suggeriti.

A proposito dei rilievi mossi dalle ONG, l'esperienza norvegese lascia intuire invece come l'approccio volontario alla RSI possa risultare "vincente". Non v'è dubbio, infatti, che il sistema di esclusione che fa capo al *Government Pension Fund – Global* potrebbe progressivamente divenire uno strumento particolarmente efficace per indurre le imprese ad adottare comportamenti socialmente responsabili. In effetti, il rischio di un'esclusione dovrebbe con tutta probabilità spingere le imprese a rispettare gli standard socio-ambientali fissati nelle *guidelines* etiche che regolano le attività del Fondo.

6. Per un'analisi delle iniziative adottate in seno all'ILO, all'OECD e all'ONU in materia di RSI si segnalano i recenti volumi di B. HERRIGAN (a cura di), *Corporate Social Responsibility in the 21st Century*, Elgar, Cheltenham, 2009, e D. KINLEY (a cura di), *Human Rights and Corporations*, Ashgate, Farnham, 2009, cui *adde*, nella letteratura italiana, F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, ES, Napoli, 2007. Per un esame delle più recenti iniziative europee in tema di RSI vedi A. GIGANTE, *Orientamenti in tema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione Europea: il regime della responsabilità solidale nei subappalti*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2, 485-489. Sul *decent work* si vedano S. FOFFANO, *Quale sicurezza sociale nei Paesi in via di sviluppo? La questione africana nel contesto globale*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 633-647; G. GIAPPICHELLI, *Per un*

lavoro decente: il posto dei diritti fondamentali nell'economia mondiale, in *D&L*, 2004, n. 4, 765-782; J. MAREE, *Il "lavoro decente" e la piena occupazione in Africa: una sfida aperta*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 627-632; J. SOMAVIA, *The ILO Decent Work Agenda as the Aspiration of People: The Insertion of Values and Ethics in the Global Economy*, in D. PECCOUD (ed.), *Philosophical and Spiritual Perspectives on Decent Work*, Geneva, 2004, 3-11; I. SENATORI, M. TIRABOSCHI, *La sfida della occupazione giovanile nel mercato globale tra produttività del lavoro e investimento in capitale umano*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 648-677; M. WEISS, *"Lavoro decente": prospettive di sviluppo e realizzazione nelle regioni africane*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 615-626. Sulla politica della Norvegia in materia di RSI si veda *Incentivi pubblici alle imprese: un possibile strumento di supporto per la diffusione della CSR*, in www.i-csr.it. Sul *Government Pension Fund - Global* si veda S. CHESTERMAN, *The Turn to Ethics: Disinvestment From Multinational Corporations for Human Rights Violations: The Case of Norway's Sovereign Wealth Fund*, in *The American University International Law Review*, 2008, n. 3, 577-615. Sulla crisi economico-finanziaria si veda E. MOSTACCI, *Stati finanziari e mercati sovrani: la crisi economica e gli strumenti per fronteggiarla*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, n. 1, 305-325.

Antonio Gigante

Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Foggia