

1

2010

Diritto delle Relazioni Industriali

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)



Rivista di
ADAPT - CENTRO STUDI
 "MARCO BIAGI"

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

EDITORIALE

In ricordo di Gino Giugni

RICERCHE

*Partecipazione dei lavoratori:
 il caso italiano nel contesto europeo*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Buone prassi contrattuali nel settore della sanificazione del tessile

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Collocamento fuori ruolo dei professori universitari
 lus variandi della pubblica amministrazione*

Licenziamento per scarso rendimento

*Astensione dal servizio di lavoratori autonomi,
 professionisti, piccoli imprenditori*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Valutazione della pubblica amministrazione e contrattazione collettiva
 Terapia salvavita e fasce di reperibilità nel lavoro pubblico*

Profili di inquadramento giuridico degli schemi ESOP

La legge regionale campana per la qualità del lavoro

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione
 Interventi della Corte di giustizia a tutela della madre lavoratrice*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Varianti nazionali e implicazioni giuridiche
 nella traduzione del termine employee
 Origine e potenzialità degli schemi ESOP*

N. 1/XX - 2010



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO - n. 1/2010

Editoriale

TIZIANO TREU <i>In ricordo di Gino Giugni</i>	1
---------------------------------------------------------	---

Ricerche: *La partecipazione dei lavoratori: il caso italiano nel contesto europeo*

LORENZO ZOPPOLI <i>Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro</i>	19
PAOLA OLIVELLI <i>La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano</i>	37
GIAMPIERO PROIA <i>La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna</i>	60
MARIO NAPOLI <i>La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario</i>	72
MAURIZIO CASTRO <i>Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione</i>	81
TIZIANO TREU <i>Le proposte parlamentari sulla partecipazione</i>	93
MIRELLA DAMIANI, MILICA UVALIC <i>Teoria e prassi della partecipazione finanziaria in Europa</i>	108
JENS LOWITZSCH <i>Problemi e prospettive della partecipazione finanziaria: incentivi fiscali e opportunità degli schemi ESOP</i>	131

Relazioni industriali e Risorse umane

PATRIZIA FERRI <i>Buone prassi contrattuali nel settore della sanificazione del tessile</i>	153
-------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

ANDREA BOLLANI <i>Aspettative, diritti e legittimo affidamento nella disciplina del collocamento fuori ruolo dei professori universitari (nota a C. Cost. 24 luglio 2009, n. 236)</i>	161
TOMMASO ERBOLI <i>Ius variandi della pubblica amministrazione: dissolto il velo dell'equivalenza formale delle mansioni (nota a Cass. 21 maggio 2009, n. 11835)</i>	168

MATTEO DI FRANCESCO <i>Mansioni elementari e subordinazione</i> (nota a Cass. 8 maggio 2009, n. 10629)	176
MASSIMILIANO DELFINO <i>Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore</i> (nota a Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632)	181
PASQUALE MONDA <i>L'impiego dei controlli difensivi e la protezione della sfera personale del dipendente</i> (nota a Trib. Milano 28 aprile 2009)	187
MICHELE FAIOLI <i>Volo si volam: sull'applicazione della condizione alla transazione ex art. 2113 c.c.</i> (nota a Trib. Vigevano 1° ottobre 2009)	193
CARMEN DI CARLUCCIO <i>Reazioni datoriali in caso di sciopero e legittimo esercizio dello ius variandi</i> (nota a Cass. 3 giugno 2009, n. 12811)	200
VALERIO MAIO <i>Astensione dal servizio dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, efficacia degli accordi di settore valutati idonei dalla Commissione di garanzia e responsabilità per omesso esercizio del dovere di influenza sindacale</i> (nota a Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118)	210

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

GIANNI BOVIO <i>Il diritto del padre lavoratore ad usufruire dei riposi giornalieri c.d. per allattamento in caso di madre casalinga</i>	223
RENZO REMOTTI <i>La valutazione della pubblica amministrazione: il ruolo della contrattazione decentrata in una prospettiva europea</i>	227
ROSA RUBINO <i>Esclusione dei malati sottoposti a terapia salvavita dalle fasce di reperibilità nel lavoro pubblico</i>	236
LILLI CAROLLO <i>La legge regionale campana per la qualità del lavoro</i>	241
ANDREA BORRONI <i>Problemi e prospettive dell'inquadramento giuridico degli schemi ESOP di partecipazione azionaria nell'ordinamento italiano</i>	251
DANIELA LEONE <i>Il Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenza: riscontri di effettività sulla c.d. direttiva Sacconi</i>	260
PIERLUIGI RAUSEI <i>Archiviazione dei rapporti provenienti dall'Inail che non sono stati preceduti dalla diffida obbligatoria</i>	268

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

ENRICO FABBRI <i>Primo bilancio del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione: le istanze di una maggiore partecipazione delle parti sociali alla governance</i>	275
MARIA PAOLA MONACO <i>Gli ultimi interventi della Corte di giustizia in relazione al tema della donna lavoratrice</i>	281

MARIA TERESA CROTTI <i>La tutela della lavoratrice licenziata per essersi sottoposta a procedimento di fecondazione in vitro (nota a C. Giust. 26 febbraio 2008, causa C-506/06, Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner)</i>	288
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Osservatorio internazionale e comparato

ROBERT REBHAWN <i>Quadro internazionale e comparato – Varianti del termine “employee” nel contesto europeo: le implicazioni sulla nozione giuridica sottostante di lavoro subordinato</i>	295
ROBERTA CARAGNANO, GERMANA CARUSO <i>ESOP: origine, struttura e potenzialità dello strumento partecipativo</i>	304

INDICE ANALITICO

Coesione economica e sociale

- Regolamento (CE) n. 546/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che modifica il regolamento (CE) n. 1927/2006 che istituisce un Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione [275] (con nota di E. FABBRIO).

Conciliazione vita e lavoro

- Circolare Inps 15 ottobre 2009, n. 112 [223] – Circolare Inps 25 novembre 2009, n. 118 [223] (con nota di G. BOVIO).
- Licenziamento individuale - Licenziamento durante fruizione di permesso di malattia per tentativo di fecondazione in vitro - Direttiva 92/85/CEE - Nozione di “lavoratrice gestante” - Esclusione - Direttiva 76/207/CEE - Discriminazione di genere - Sussistenza - Illegittimità [288] (C. Giust. 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*, causa C-506/06, con nota di M.T. CROTTI).
- Direttiva 96/34/CE - Accordo quadro sul congedo parentale concluso dall’UNICE, dal CEEP e dalla CES - Interpretazione della clausola 2, n. 6 e n. 7 - Congedo parentale a tempo parziale - Licenziamento del lavoratore precedente alla scadenza del periodo di congedo parentale in violazione del termine legale di preavviso - Calcolo dell’indennità [280] (C. Giust. 22 ottobre 2009, *Meerts*, causa C-116/08, con nota di M.P. MONACO).
- Protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Direttiva 92/85/CEE - Divieto di licenziamento tra l’inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario - Parità di trattamento tra uomini e donne - Direttiva 76/207/CEE - Trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità - Limitazione dei mezzi di ricorso a disposizione delle donne licenziate durante la gravidanza [279] (C. Giust. 29 ottobre 2009, *Pontin*, causa C-63/08, con nota di M.P. MONACO).

Lavoro pubblico

- Legge 4 marzo 2009, n. 15 [227] (con nota di R. REMOTTI).
- Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 2009, n. 206 [236] (con nota di R. RUBINO).
- Università e ricerca - Professori e ricercatori - Collocamento fuori ruolo - Art. 2, comma 434, l. n. 244/2007 - Questione di costituzionalità - Violazione del

principio di ragionevolezza e lesione legittimo affidamento - Fondatezza - Dichiarazione di parziale incostituzionalità - Precisazioni [161] (C. Cost. 24 luglio 2009, n. 236, con nota di A. BOLLANI).

- Lavoro pubblico c.d. privatizzato - Mansioni - Diritto all'assegnazione alle mansioni di assunzione - Contenuto e limiti - Sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa - sottrazione integrale delle funzioni da svolgere - Ammissibilità - Esclusione [168] (Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, con nota di T. ERBOLI).

Lavoro subordinato

- Qualificazione - Prestazioni elementari, ripetitive, predeterminate - Criteri [176] (Cass. 8 maggio 2009, n. 10629, con nota di M. DI FRANCESCO).

Licenziamento individuale

- Giustificato motivo soggettivo - Licenziamento per scarso rendimento del lavoratore - Legittimità - Presupposti e criteri di valutazione - Fattispecie [181] (Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, con nota di M. DELFINO).

Mercato del lavoro

- Legge regionale Campania 18 novembre 2009, n. 14 [241] (con nota di L. CAROLLO).

Partecipazione

- A. BORRONI, *La via italiana all'ESOP*, Working paper Adapt 10 dicembre 2009, n. 102 [251] (con nota di A. BORRONI).

Poteri del datore di lavoro

- Potere di vigilanza - Controlli difensivi - Ricorso ad agenzie investigative - Condizioni e limiti [187] (Trib. Milano 28 aprile 2009, con nota di P. MONDA).

Quadro internazionale e comparato

- EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, *Characteristics of the Employment Relationship*, Thematic Report 2009 [295] (con nota di R. REBHahn).
- INTER-UNIVERSITY CENTRE AT THE INSTITUTE FOR EASTERN EUROPEAN STUDIES, FREE UNIVERSITY BERLIN (a cura di), *The PEPPER IV Report: Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*, October 2009 [304] (con nota di R. CARAGNANO, G. CARUSO).

Rinunce e transazioni

- Transazione - Clausola condizionale relativa alla successiva transazione con le formalità dell'art. 2112, comma 4 c.c. - Liceità [193] (Trib. Vigevano 1° ottobre 2009, con nota di M. FAIOLI).

Sciopero

- Attenuazione degli effetti dannosi dello sciopero - Sostituzione di lavoratori scioperanti con altri dipendenti - Adibizione dei lavoratori non scioperanti a mansioni diverse e inferiori - Limiti - Violazione art. 2103 c.c. - Violazione - Sussistenza - Antisindacalità della condotta - Sussistenza [200] (Cass. 3 giugno 2009, n. 12811, con nota di C. DI CARLUCCIO).
- Sciopero nei servizi pubblici essenziali - Servizi pubblici essenziali - Servizi di autotrasporto in conto terzi - Inclusione - Condizioni [209] (Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118, con nota di V. MAIO).
- Sciopero nei servizi pubblici essenziali - Servizi di autotrasporto in conto terzi - Blocco stradale - Violazione l. n. 146/1990 - Sussistenza [209] (Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118, con nota di V. MAIO).
- Sciopero nei servizi pubblici essenziali - OO.SS. - Responsabilità - Condizioni e limiti - Obblighi - Contenuti specifici [209] (Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118, con nota di V. MAIO).

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale per il 2009, 2010* [260] (con nota di D. LEONE).
- Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 18 febbraio 2010, n. 3152 [268] (con nota di P. RAUSEI).

In ricordo di Gino Giugni

Tiziano Treu

Sommario: **1.** La figura di Gino Giugni. – **2.** Il metodo. – **3.** Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva. – **4.** La reintegrazione e l'arbitrato. – **5.** Governo e flessibilità del mercato del lavoro. – **6.** La revisione dell'impostazione originaria sui rapporti tra legge e contrattazione collettiva.

1. La figura di Gino Giugni.

Gino Giugni è stato un maestro del diritto del lavoro e un grande riformatore delle politiche sociali.

Lo riconosciamo tutti, colleghi, allievi delle diverse scuole, politici ed esperti. Io personalmente lo posso testimoniare con piena conoscenza per avere seguito da vicino la sua opera per lunghi anni. Fin dal 1964, quando incontrai per la prima volta Giugni al mio ritorno dagli Stati Uniti dove avevo in parte seguito, senza saperlo, la sua esperienza di "immersione" nella cultura del Nord America, dal realismo giuridico della scuola di Chicago, al neoistituzionalismo degli studiosi del Wisconsin.

Io venivo da studi di diritto privato, con forti intonazioni sistematico-formali, alle quali mi aveva avviato il prof. Luigi Mengoni, con cui mi ero laureato all'Università Cattolica.

Mengoni era un civilista sensibile alle innovazioni, comprese quelle che provenivano dalle discipline economiche e sociologiche, e mi incoraggiava a seguire i miei interessi per il mondo, non solo per il diritto del lavoro. Io ero impaziente di liberarmi dalle strettoie del diritto "privatistico" del lavoro allora dominante e di esplorare i temi e i metodi che avevo intravisto nel mio soggiorno alla Industrial Relations School dell'Università di Cornell e alla Law School dell'Università di Chicago.

I primi incontri con Giugni furono uno stimolo decisivo e i suoi primi scritti, che mi buttai subito a leggere, mi convinsero che quella era la

strada che dovevo intraprendere, la mia strada. Ne sono ancora, più che mai, convinto. Anche per questo ricordo Giugni con la commozione e il dolore di chi ha perso il suo maestro e un amico carissimo.

È difficile indicare i temi principali dell'insegnamento di Giugni, perché egli ha ispirato direttamente o indirettamente per mezzo secolo tutte le principali innovazioni e riforme del diritto del lavoro. Egli ha operato direttamente sulla legislazione quando era Ministro del lavoro (nel 1993) e Presidente della Commissione Lavoro al Senato (dal 1983 al 1994); prima ancora nel lungo periodo in cui è stato consigliere di Ministri (a partire da Brodolini), un consigliere autorevole fino ad essere decisivo per l'azione del Ministro.

L'influenza indiretta è quella espressa con la sua attività di giurista. Ed è stata altrettanto incisiva; si pensi all'importanza delle sue idee sull'autonomia collettiva in ordine alla concezione e poi alla pratica affermatasi in Italia circa il rapporto fra fonti legali e contrattazione collettiva⁽¹⁾. Certe prese di posizione di Giugni hanno inciso con straordinaria tempestività e incisività su importanti episodi di politica del diritto: dalla legislazione sui licenziamenti degli anni 1960, allo Statuto dei lavoratori, al c.d. diritto del lavoro dell'emergenza e alla flessibilità regolata fra gli anni Settanta e Ottanta, alle riforme attivate dalla concertazione degli anni Novanta.

Le sue proposte e intuizioni hanno avuto contenuti diversissimi, molto più ampi delle riforme effettivamente concluse; e forse più di quanto egli stesso immaginasse. Come osserva giustamente Romagnoli, egli non si è mai sognato di proporsi come modello di riferimento nella azione politica come nella vita accademica. Ciò non toglie che realizzasse le sue performance con tale naturalezza da farle apparire straordinariamente semplici.

2. Il metodo.

Il primo insegnamento di Giugni che voglio qui richiamare è di metodo. Il suo intento «dare dignità scientifica al diritto del lavoro» richiedeva doti eccezionali di cultura e di coraggio, quali Giugni dimostrò di possedere; per l'oggetto stesso della materia che è, come la definisce P.

⁽¹⁾ E. GHERA, *Gino Giugni e il metodo giuridico*, in *DLRI*, 2007, 265; T. TREU, *Gino Giugni: politico del diritto e legislatore*, in *DLRI*, 2007, 331 ss.

Grossi, «una realtà impura» ⁽²⁾, intrisa di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società, ma ancora più per il contesto del diritto del lavoro italiano, «appesantito dal retaggio inaccettabile del corporativismo e circondato da una dottrina civilistica troppo spesso insensibile e troppo spesso avviluppata nelle sue indiscutibili dogmatiche [...]». Per questo l'opera di Giugni, specie quella dei primi anni in cui occorreva affermare la nuova dignità della disciplina, è percorsa da «un autentico assillo metodologico», dalla ricerca di intelaiature teoriche capaci di dare ordine giuridico alle complesse dinamiche dei rapporti individuali e collettivi di lavoro.

La ricerca era tanto più impegnativa in quanto Giugni si proponeva di contribuire alla modernizzazione non solo degli studi di diritto del lavoro, ma anche della politica del diritto. Questo è un tratto centrale della sua attività e della sua vita: lui stesso ha cura di sottolineare, parlando anzitutto di sé, che «il giurista, che deve svolgere una missione civile altissima, non è (solo) un tecnico, è un politico del diritto». La sottolineatura è stata efficace, perché ha accentuato l'attitudine del giurista, soprattutto del lavoro, «a stipulare un contatto simbiotico permanente con la dimensione politica senza smarrire la vocazione a pensare scientificamente» ⁽³⁾.

La ricerca ha dato frutti da cui tutti noi abbiamo tratto alimento; ed è riflessa in un'opera di vaste dimensioni anche quantitative che ha saputo combinare il rigore e l'impianto riformista, che gli veniva dal pensiero giuridico di inizio Novecento, italiano e tedesco, il socialismo della cattedra, con la sensibilità alla realtà sociale e dei rapporti collettivi, propria della scuola del Wisconsin.

Di qui la «trama di coerenze, di metodo e di ideologia» ⁽⁴⁾ che sostengono tutta l'opera di Giugni legislatore e politico del diritto: l'adesione a quel pluralismo che costituirà un referente culturale decisivo dei moderni sistemi di diritto del lavoro e di protezione sociale; la valorizzazione della riforma come valore in sé, anziché come un passo verso una nuova società preconfezionata; un riformismo sociale che trae alimento dall'osservazione empirica e da apporti di discipline diverse dal diritto, il valore attribuito, come nella tradizione del pluralismo liberale, ai gruppi organizzati e al conflitto fra loro; il riconoscimento all'autonomia collettiva, come sistema capace di produzione normativa,

⁽²⁾ P. GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *DLRI*, 2007, 250.

⁽³⁾ U. ROMAGNOLI, *Giugni e la politica accademica*, in *DLRI*, 2007, 321 e 324.

⁽⁴⁾ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, 15-19.

di amministrazione e anche di giurisdizione (la conciliazione e l'arbitrato).

Questo orientamento trova la sua prima sistemazione e la sua cornice metodologica nel saggio sull'autonomia collettiva del 1960: una vera opera di rottura, che provoca forti reazioni, dai pochi che ne colgono l'importanza, ma che segna – come si vedrà nel tempo – una svolta storica: cioè la conquista di uno spazio culturale a fronte del legalismo allora dominante che impediva una considerazione autonoma del fenomeno sindacale e della contrattazione collettiva. Gli anni Sessanta, un periodo eccezionalmente creativo – un'età dell'oro, si potrebbe dire – è preparato nel decennio precedente da un'intensa opera di elaborazione e di comunicazione politico-culturale condotta in isolamento pressoché completo rispetto alla cultura giuridica e politica dominante, anche se sostenuta dall'amicizia personale e culturale con Federico Mancini.

L'isolamento riguardava l'intera materia, come rileva lo stesso Giugni, ricordando che il diritto del lavoro rimase a lungo ancillare al diritto pubblico e a quello privato e che ai giuslavoristi «non veniva neppure concesso di prendere la parola al congresso nazionale di Taormina del 1954»; mentre la esperienza sindacale degli anni Cinquanta «appariva null'altro che uno schermo su cui si proiettava l'esperienza politica e partitica»⁽⁵⁾.

La teoria della pluralità degli ordinamenti ha contribuito a spostare l'attenzione teorica e poi politica della concezione statalistica tradizionale del nostro diritto del lavoro a una prospettiva pluriordinamentale nella quale l'autonomia collettiva assumeva, o poteva assumere, carattere di fonte regolativa dei rapporti di lavoro. Per altro verso le sue radici pluralistiche hanno un valore liberatorio (o demolitorio) nei confronti delle concezioni organistiche del sindacato e delle configurazioni ontologiche della categoria professionale, ricevute dalla tradizione e presenti nell'impianto costituzionale. Per questo aspetto l'elaborazione di Giugni si affianca alle indicazioni della più sensibile dottrina civilistica (Santoro Passarelli e Mengoni) che supera queste concezioni tradizionali a partire da una costruzione privatistica dei concetti di interesse collettivo e di libertà sindacale: ma che risente dei limiti propri di una impostazione privatistica che oscura il carattere normativo dell'autonomia collettiva.

La liberazione dalla tradizione statalistica ha un grande rilievo non solo se si considerano i rischi politici, nel contesto degli anni Cinquanta, di una legislazione modellata sull'articolo 39, ma anche alla luce delle vi-

⁽⁵⁾ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, cit., 10.

cende successive del nostro sistema sindacale che lo mantengono in una condizione di *abstention of the law*, pressoché unica nell'Europa continentale. Questo insegnamento di Giugni non vale solo come antidoto all'interventismo legislativo. Invita i giuristi e il legislatore a guardare ai prodotti dell'autonomia collettiva per ricercare le linee evolutive del nuovo diritto del lavoro. La forzatura rilevata da alcuni, *in primis* Tarello ⁽⁶⁾, a proposito di questa indicazione non sta nell'aver voluto attribuire direttamente valore normativo a questi prodotti (Giugni è troppo attento metodologicamente per avallare questa conseguenza), ma semmai nell'aver sopravvalutato la capacità della contrattazione collettiva, nel contesto di debolezza sindacale dell'epoca, di garantire tutele adeguate ai lavoratori e ancor più di controllare i poteri imprenditoriali come auspicato da Giugni alla luce delle esperienze delle relazioni industriali avanzate.

La "immaturità" della nostra realtà sindacale doveva essere confermata dalle prime ricerche empiriche intitolate significativamente alla formazione extralegislativa del diritto del lavoro, suggerite dallo stesso Giugni, e condotte anche da chi scrive. Gli accordi interconfederali sui licenziamenti individuali e collettivi che rappresentano gli esempi più significativi di regolazione contrattuale anticipatrice rispetto alla legge si tradussero in prassi applicative largamente al di sotto della pur tenue trama normativa (e delle aspettative sindacali). Il che confermava, se ce ne era bisogno, la necessità di non assolutizzare i risultati dell'autonomia collettiva come strumento per coprire i vuoti di tutela normativa, ma anche come criterio interpretativo della disciplina statutaria. Di questo limite Giugni si mostrava avvertito; riconoscendo la scarsa effettività della regolazione contrattuale doveva adoperarsi, con acquisita autorevolezza, come componente di una Commissione costituita presso il Ministero del lavoro (con Federico Mancini e Mario Grandi) nella elaborazione della prima legislazione sui licenziamenti individuali (la legge n. 604/1966).

Nonostante la consapevolezza dei limiti dell'autonomia collettiva, e le delusioni che gli derivavano, Giugni resterà sempre convinto dell'importanza di osservarne l'evoluzione e di tener conto delle sue dinamiche. L'attenzione all'azione collettiva distingueva la visione del giurista del lavoro da quella della tradizione civilistica incentrata sulla nozione individualistica di contratto.

⁽⁶⁾ G. TARELLO, *Teoria e ideologia del Diritto sindacale*, Comunità, Milano, 1972.

Era una condizione essenziale, anche se essa stessa da verificare criticamente, per modulare le regole e le politiche del lavoro alla luce delle trasformazioni sociali, di cui i soggetti collettivi sono protagonisti.

Oltre al confronto con le trasformazioni sociali, una fonte ispiratrice dell'opera di Giugni è l'attenzione alle realtà sociali e giuridiche di altri Paesi. Egli è stato anche un grande comparativista, nel senso che ha praticato con intelligenza il metodo comparato, pur avendovi dedicato raramente riflessioni specifiche. Basta ricordare il contributo decisivo che egli ha apportato («tranne che durante la siesta pomeridiana», come chiosa ironicamente Bill Wedderburn)⁽⁷⁾ all'opera del gruppo di diritto del lavoro comparato, composto, oltre che dallo stesso Giugni, da giuristi fra i più autorevoli e innovativi di cinque Paesi: Gran Bretagna (lo stesso Wedderburn), Stati Uniti (Ben Aaron), Svezia (Folke Schmidt), Francia (Xavier Blanc-Jouvan), Germania (Thilo Ramm).

Il gruppo fu attivo dal 1967 al 1978, un periodo in cui l'analisi comparata dei temi del lavoro era sconosciuta, non solo in Italia e i giuslavoristi italiani non andavano oltre i confini nazionali neppure nelle loro informazioni, anche per le deboli conoscenze linguistiche. Nello stesso 1967 Giugni aveva personalmente prodotto una originale e pionieristica indagine comparata sulla contrattazione collettiva nei Paesi della CECA⁽⁸⁾. Le analisi del gruppo di diritto comparato elaborate con una vera comunanza di lavoro (altra esperienza riuscita) hanno costituito un modello e uno studio per chi negli anni successivi si è dedicato a questo tipo di studi.

Gli stimoli di Giugni sono stati anche qui fecondi, perché da allora le indagini comparate hanno attratto un gruppo via via più nutrito di giuslavoristi italiani, a cominciare da chi scrive fino a Marco Biagi.

Giugni ha continuato a contribuire allo sviluppo della cultura comparatistica promuovendo i seminari di Pontignano, che per anni hanno riunito giovani cultori della materia di vari Paesi insieme con autorevoli esponenti della dottrina giuslavoristica europea.

Il metodo comparato era congeniale alla sensibilità di Gino Giugni perché per praticarlo correttamente, come sottolineava Kahn Freund, vero *pater familias* del gruppo di diritto comparato, occorre una grande attenzione alle circostanze storiche, politiche ed economiche nelle quali si sono sviluppati le regole e gli istituti giuridici e richiede di «guardare

⁽⁷⁾ B. WEDDERBURN, *Dopo Giugni e Kahn-Freund quale strada per il diritto del lavoro comparato?*, in *DLRI*, 2007, 375.

⁽⁸⁾ G. GIUGNI, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie della comunità 1953-63*, Ceca, Lussemburgo, Bruxelles, 1967.

dentro la legge nella sua effettività non girarci attorno, fermandosi alle forme»⁽⁹⁾.

Inoltre il ricorso alla comparazione ha dato prove concrete di essere prezioso a fini conoscitivi, perché osservare “da straniero” gli istituti giuridici di un Paese svela caratteri e le condizioni di un uso degli istituti giuridici, che non sempre si palesano a chi vi è immerso; e si è rivelato altrettanto utile nella ricerca di soluzioni nuove di politica del diritto e nella circolazione di buone pratiche (come si è visto soprattutto in ambito europeo).

Di questa fecondità della comparazione, sotto entrambi i profili, Giugni ha dato prova in molte parti della sua attività; lo ha fatto con l'accortezza di evitarne utilizzi semplicistici e forzati essendo consapevole che non si possono trapiantare principi e istituzioni giuridiche da una società all'altra, con sistemi sociali e politici differenti.

3. Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva.

Una innovazione fondamentale che discende da questi insegnamenti di metodo riguarda il rapporto fra legge e contrattazione collettiva. È questo un altro caposaldo dell'insegnamento innovativo di Giugni che ne pervade tutta l'opera e avrà un'influenza determinante in particolare nella configurazione dello Statuto dei lavoratori. Ha portato a superare la iniziale impostazione c.d. costituzionalista, sostenuta dalla sinistra e dalla Cgil. La critica di Giugni a questa impostazione è che le sole sanzioni giuridiche dei diritti dei lavoratori, quelli contenuti nel titolo I della legge, sono inadeguate⁽¹⁰⁾ perché la mera sanzione dei diritti fondamentali non ne garantisce l'effettività, se non si rende possibile esercitarli in forme collettive all'interno delle aziende e, come più ambiziosamente scriveva nel 1956, se non si costituisce una reale democrazia industriale fondata su un equilibrio di potere fra rappresentanze operaie e vertici dell'impresa.

Questa è la concezione base della legislazione di sostegno dell'attività sindacale in fabbrica, che risente dell'esperienza americana del New Deal e che porterà al titolo III dello Statuto. Il richiamo alla legislazione del New Deal, i cui effetti positivi Giugni aveva verificato direttamente nel suo soggiorno statunitense, è da lui stesso esplicitato; anche

⁽⁹⁾ B. WEDDERBURN, *op. cit.*, 376.

⁽¹⁰⁾ T. TREU, *Gino Giugni: politico del diritto e legislatore*, cit., 333 ss.

se è vero, come rileva Grandi ⁽¹⁾, che la legislazione del 1970 costituisce una elaborazione autoctona che aveva l'intento di rendere accettabile un intervento legislativo in versione non regolatoria, ma di sostegno della libertà e della attività sindacale.

Di questo c'era bisogno se si pensa all'ostilità a lungo mantenuta dalla Cisl verso gli interventi del legislatore in materia sindacale, e alle reazioni critiche della dottrina giuridica lavorativa espresse all'indomani dello Statuto e motivate con la (solita) accusa di ricorrere a dati extra-giuridici nell'analisi giuridica.

Anche in questo caso l'intento di Giugni doveva essere coronato da successo: tanto è vero che l'iter di una normativa promozionale allora osteggiata doveva diventare in seguito patrimonio comune, almeno sul piano culturale e di politica del diritto. Le applicazioni specifiche dovevano invece sollevare non poche controversie in altri episodi legislativi e per lo stesso Statuto.

Le implicazioni più ambiziose della proposta di Giugni, riguardanti la democrazia industriale non dovevano invece avere seguito nelle vicende italiane, nonostante Giugni sia più volte ritornato sull'argomento, con dovizia di argomenti, arricchitisi delle direttive europee. La legislazione sulla democrazia industriale doveva restare una delle sue proposte inattuata di politica del diritto. Gli ostacoli all'accettazione di forme partecipative, ulteriori rispetto ai diritti di informazione e consultazione, erano così fortemente radicati, sia negli orientamenti conflittuali di gran parte del sindacato, sia nelle concezioni "conservatrici" prevalenti fra gli imprenditori, da risultare insuperabili. Il tema della partecipazione non verrà ripreso neppure nei momenti salienti segnati dagli accordi del 1983 e del 1993; e Giugni doveva registrare questo significativo silenzio senza commenti, quasi con rassegnazione.

Chissà se il dibattito attuale e i disegni di legge oggi in discussione al senato saranno in grado di dare seguito a quest'idea di democrazia industriale? (AS 803, 964, 1307, 1531).

4. La reintegrazione e l'arbitrato.

Un carattere originale dello Statuto dei lavoratori fu l'introduzione dell'articolo 18 sulla reintegrazione in caso di licenziamento che non c'era nella versione originaria. Sul punto Giugni ha mantenuto non solo

⁽¹⁾ M. GRANDI, *Gino Giugni e l'esperienza associativa della CISL nel suo primo ciclo storico (1950-1970)*, in *DLRI*, 2007, 311.

allora un atteggiamento di distacco; scrivendo ne *La lunga marcia della concertazione* del 2003 ⁽¹²⁾, ha affermato «oggi non lo riscriverei nello stesso modo». E aggiungeva un richiamo all'importanza dell'arbitrato come unica alternativa possibile ai meccanismi dilatori della giustizia ordinaria. Anche questo della giustizia arbitrale, o come si dice oggi delle Alternative dispute resolutions (ADR), è un motivo di politica del diritto sviluppato da Giugni alla stregua delle esperienze anglosassoni fin dagli anni Sessanta: ma è un altro tema rispetto al quale le proposte di Giugni sono rimaste purtroppo disattese. E non solo negli anni Sessanta, quando potevano sembrare premature, ma fino ai giorni nostri, per una opposizione della Cgil che anche a me è sempre parsa ingiustificata e alla fine controproducente per la effettiva giustiziabilità dei diritti dei lavoratori.

Rileggere le indicazioni di Giugni di allora sarebbe utile per impostare in modo equilibrato la questione più che mai attuale dell'effettività dei diritti e delle tutele: per valorizzare la capacità (possibilità) delle parti sociali di “amministrare” in sede collettiva la composizione delle controversie, in particolare di quelle derivanti dall'applicazione dei contratti collettivi. Secondo Giugni tale amministrazione collettiva delle controversie – la giurisdizione domestica – era un prolungamento naturale dell'autonomia collettiva; in quanto essa, avendo operato nella fase formativa dei diritti, era la più adatta a garantirne un'efficace e fedele applicazione. Ed era essa stessa un fattore di produzione normativa meno distorsivo e più funzionale rispetto all'interesse dell'organizzazione sindacale a governare il contenzioso ⁽¹³⁾. L'origine di questo potere “amministrativo” delle controversie ne segnava insieme il limite, in quanto le conciliazioni e gli arbitrati collettivi dovevano restare nell'ambito definito dai contratti collettivi e rispettare l'area dei diritti stabiliti per legge. Le indicazioni dei Paesi anglosassoni, dove le pratiche di ADR sono più sviluppate, mantengono questi limiti, che invece sono superati dalla proposta ora in discussione in Parlamento di introdurre un arbitrato di equità in tema di lavoro e per di più per scelta delle parti individuali (AS 1167, articolo 33).

Tale proposta sancisce una “indifferenza” verso le tutele “indisponibili” che rischia di alterare profondamente il nostro sistema di diritto del lavoro.

⁽¹²⁾ G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Il Mulino, Bologna, 2003, 31.

⁽¹³⁾ G. GIUGNI, *Azione sindacale, politica giudiziaria, dottrina giuridica*, in *QRS*, 1974, ora in G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, cit., 224 ss.

Invece di ricorrere a procedure di giustizia collettiva nelle forme in cui si sono rivelati utili in quei Paesi ad amministrare efficacemente le controversie senza ledere i diritti individuali, il nostro legislatore sembra voler adottare una soluzione senza riscontro altrove, tanto più azzardata in un contesto come il nostro, non aiutato da una giustizia efficiente e appesantito da alta litigiosità e da forti tensioni sociali.

L'applicazione dello Statuto e gli eventi successivi delle relazioni industriali hanno spesso dato adito a critiche, anche nei confronti del suo autore; critiche che hanno imputato alla legge e alla sua attuazione giurisprudenziale la eccessiva conflittualità delle nostre Relazioni industriali.

Anch'io mi sono interrogato più volte su questo punto e ho condiviso la valutazione di Giugni, secondo cui una legge come lo Statuto non ha creato, ma semmai portato alla luce, tensioni che già esistevano. Il punto è che queste tensioni non sono state adeguatamente controllate dal sistema. Le proposte di istituzionalizzazione delle relazioni industriali avanzate in primo luogo da Giugni hanno avuto seguito solo parziale. La scelta di «promozione senza regolazione legislativa» del sindacato non è stata compensata da una regolazione consensuale dei rapporti collettivi ad opera delle parti sociali. È questo un punto critico non solo nelle vicende del periodo, ma nell'intero assetto dei rapporti sindacali nel nostro Paese. Si registrò allora, e continuerà dopo, una sfasatura fra le politiche del diritto di ispirazione riformista, quali lo Statuto, e politiche sindacali caratterizzate da riformismo debole e da impostazioni rivendicative conflittuali se non antagonistiche non risolte. Con la conseguenza che il nostro sistema di relazioni industriali è rimasto ed è tuttora a istituzionalizzazione debole ⁽¹⁴⁾.

Questa combinazione di riformismo debole e di impostazioni rivendicative spesso estreme, continua a pesare sull'efficienza e sull'equità del nostro sistema. Anche oggi che la conflittualità è crollata sotto le pressioni e per le incertezze della globalizzazione. D'altra parte il sindacato si presenta diviso e manifesta anche per questo gravi difficoltà a rappresentare il mondo dei nuovi lavori e a fronteggiare un contesto economico-sociale che ha cambiato profondamente la realtà su cui aveva costituito nel secolo scorso le proprie strategie.

⁽¹⁴⁾ G.P. CELLA, T. TREU, *Relazioni industriali e contratti collettivi*, Il Mulino, Bologna, 2009, cap. II.

5. Governo e flessibilità del mercato del lavoro.

Un altro aspetto dell'opera di Giugni tuttora di grande attualità riguarda le proposte in tema di governo e di flessibilità del mercato del lavoro.

Già nella relazione all'AIDLASS del 1982 egli avvertiva che le trasformazioni produttive e del lavoro, allora appena incominciate, avrebbero messo in discussione il tradizionale approccio garantistico rigido del diritto del lavoro ⁽¹⁵⁾. Ancora una volta tale revisione parte dall'analisi delle trasformazioni in atto della realtà produttiva e del lavoro, «unico modo di procedere – ripete Giugni – per costruire politiche di riforma». Gli elementi centrali di tali trasformazioni riguardano la nuova realtà della produzione flessibile, allora emblemizzata dal modello giapponese, che sconvolge larga parte di quel sistema fordista dominante dall'inizio del secolo, e le connesse spinte alla diversificazione e variabilità dei lavori; ma si ricollegano a fenomeni generali quali la irregolarità se non il rallentamento dei cicli di crescita, con la conseguente crisi fiscale dello stato e la incipiente pressione del terzo mondo, prima demografica e poi economica.

La portata di tali trasformazioni è percepita con lucidità e lungimiranza eccezionali, che contrastano con tanti chiacchiericci reiterati da allora fino ad oggi di chi scopre in ritardo flessibilità e globalizzazione, con acquiescenza o all'opposto con malcelata nostalgia del passato. Giugni dichiara la propria difficoltà di giurista politico del diritto, sottolineando come da questa realtà il diritto del lavoro sia sollecitato a «cambiamenti di cui non è dato cogliere (sempre) il filo conduttore»; e rileva in particolare il bisogno di una rinnovata tensione critica per conciliare nel nuovo contesto la urgenza del cambiamento con quella di mantenere le più importanti scelte di valore compiute nei decenni passati «adattandole, ove occorre, alle mutate condizioni in cui la normativa è chiamata a operare». La diagnosi è preoccupata perché Giugni registra già allora le difficoltà degli attori sociali di operare nello stesso senso: attori decisivi, che dopo aver giocato, in passato, un grande ruolo di propulsione del cambiamento sociale, sembrano a Giugni essere diventati «pressoché inerti di fronte a fattori di trasformazione provenienti soprattutto da forze esogene al sistema» ⁽¹⁶⁾. Né maggior dinamismo sembra provenire dalla dottrina che «segue faticosamente il ritmo del cambiamento, con scarsa influenza».

⁽¹⁵⁾ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, cit., 293 ss.

⁽¹⁶⁾ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, cit., 294.

Dal che Giugni si pone la domanda, che resterà attuale a lungo (fino ad oggi) se «il diritto del lavoro come sistema di garanzie non abbia toccato il livello di guardia oltre il quale non è possibile procedere o addirittura se i risultati non siano stati pagati a costi eccessivi e forse non sempre necessari»⁽¹⁷⁾.

E infatti Giugni propone una risposta consistente anzitutto in un'opera *destruens* diretta a 'razionalizzare, sfrondare, eliminare tutte le forme di spreco e di garantismo sproporzionato, per adeguare le tutele ai bisogni sociali effettivi che invece restano spesso scoperti, per proteggere in particolare i lavori atipici, allora sconosciuti e poi moltiplicatisi.

In secondo luogo Giugni proponeva di usare tecniche regolative graduate. Una deregolazione vera e propria era utile solo nei casi di comprovata inadeguatezza delle vecchie norme, come quelle sul collocamento, la cui riforma fu avviata da Giugni ministro in un ddl del 1993 e poi completata dalla legge n. 196/1997.

In altri casi serviva una riregolazione per una flessibilità negoziata dalle parti sociali. Questa strada sarà seguita in molti ambiti: ad es. in tema di contratti a termine (legge n. 56/1987), di contratti di solidarietà (legge n. 863/1984), di indennità di fine rapporto (legge n. 297/1982), di gestione delle crisi aziendali (legge n. 223/1991). Ma indicazioni simili sono già nella legislazione c.d. sul costo del lavoro del 1997 e nella legge n. 297/1982 sull'indennità di fine rapporto, su cui Giugni ebbe modo di influire direttamente come presidente di una apposita commissione ministeriale.

L'obiettivo di fondo è di rafforzare gli istituti dell'autonomia collettiva per sostenere una flessibilità negoziata del sistema garantistico. Per questo Giugni, ci teneva a ribadire, allora come in seguito, che la sua dottrina della flessibilizzazione e quella da lui perseguita nei fatti non è da confondere con una forma di neo liberismo. È una risposta necessaria alle nuove tendenze del mercato del lavoro e delle relazioni industriali. È finalizzata a combattere la crescente segmentazione di questo mercato, la diversificazione dei lavori e delle professioni, il mutamento delle aspettative dei lavoratori, con una maggiore aspirazione verso la libertà individuale nella determinazione delle condizioni di lavoro, specie per le qualifiche più elevate, nonché ad alleggerire il carico normativo che è uno dei sintomi della crisi del welfare state. Come si vede sono diagnosi e proposte ancora pertinenti, perché le questioni poste da Giugni non hanno trovato soluzioni soddisfacenti. Gli interventi succedutisi negli anni oscillano fra spinte deregolative più o meno esplicite,

⁽¹⁷⁾ *Ibidem.*

coincidenti con le maggioranze politiche di centro-destra, e le tentazioni presenti nel sindacato e nelle forze politiche della sinistra di riprodurre schemi di tutela costruiti sui bisogni e sulle aspettative del lavoro e dell'impresa fordista. Queste spinte contraddittorie non hanno combattuto l'ipertrofia normativa né offerto risposte adeguate alla sfida del rinnovamento cui è chiamato il moderno diritto del lavoro. Ad esse non hanno saputo reagire i deboli tentativi riformisti, espressi in questi anni e sostenuti da un Giugni sempre attivo, anche dopo essere uscito dalla prima fila della politica.

6. La revisione dell'impostazione originaria sui rapporti tra legge e contrattazione collettiva.

Le incertezze del quadro economico sociale e le tensioni sindacali caratteristiche della fine secolo suggeriscono a Giugni una parziale correzione di rotta rispetto alle proprie originali impostazioni. Di fronte alla scarsa capacità del sistema di relazioni industriali di autoregolarsi egli si convince che sono necessari più incisivi interventi legislativi diretti a rafforzare e a regolare i rapporti collettivi di lavoro.

Già in un progetto del 1983 riteneva necessaria «la definizione di regole legislative nuove» specie per quanto attiene alla legittimazione delle parti, all'efficacia degli accordi e alla gestione del conflitto ⁽¹⁸⁾.

Queste indicazioni sono ancora una volta lungimiranti. Troveranno parziale seguito in tema di regolazione del conflitto per il settore dei servizi pubblici, traducendosi nella legge n. 146/1990 approvata sulla spinta di un evento eccezionale, come i Campionati mondiali di calcio. Giugni indica la legge n. 146 come uno degli esempi più significativi di integrazione fra autonomia collettiva e intervento legislativo ⁽¹⁹⁾. In effetti essa riserva in primis all'accordo tra le parti sociali il compito di individuare le regole necessarie a contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con gli interessi degli utenti dei servizi. Nel contempo affida a una commissione di garanzia la responsabilità di intervenire in supplenza in caso di mancato accordo, e di verificare che le linee guida stabilite dalle parti siano idonee al compito assegnato del legislatore.

Questo delicato intreccio fra regole autonome ed eteronome ha dato un contributo positivo alla razionalizzazione del conflitto terziario. La sua tenuta è stata precaria nei settori come i trasporti, caratterizzati da rela-

⁽¹⁸⁾ G. GIUGNI, *Lavoro, legge, contratti*, cit., 363.

⁽¹⁹⁾ G. GIUGNI, *Le memorie di un riformista*, Il Mulino, Bologna, 2007, 136 ss.

zioni sindacali particolarmente frammentate; il che conferma un punto sempre richiamato da Giugni cioè che l'efficacia delle regole riguardanti il lavoro è strettamente connessa con il tessuto sociale sottostante. Gli altri due temi, cari a Giugni, rappresentatività sindacale e regole sul contratto collettivo, si riveleranno invece resistenti all'intervento riformatore; salvo la formula sulla misura della rappresentatività nel Pubblico Impiego, approvata nel 1998 in un momento felice del governo Prodi e dell'unità sindacale.

La resistenza non sarà superata neppure a seguito del patto sociale del 1993, concluso con il decisivo contributo di Giugni come Ministro del lavoro. Eppure questo Patto costituì, a detta di Giugni, in uno dei momenti di raro compiacimento, un "piccolo miracolo" della concertazione.

Il miracolo è stato decisivo nello stabilizzare l'inflazione e quindi nel proteggere l'economia italiana nei burrascosi anni seguenti. L'accordo ha avuto invece seguito molto parziale per gli altri suoi contenuti di applicazione non automatica, cioè che richiedevano riforme attuative. Il risultato più concreto fu la legislatura di riforma del mercato del lavoro, lungamente preparata da Giugni e che si tradurrà nell'Accordo del 1996, preparatorio della legge n. 196/1997.

Sono invece restate inattuata altre parti, cui pure Giugni dava grande importanza: non solo le regole sulla rappresentatività sindacale e sull'efficacia della contrattazione collettiva, ma la razionalizzazione e l'estensione degli ammortizzatori sociali, che resta tuttora l'urgenza maggiore del nostro sistema. La sua mancata realizzazione pregiudica una gestione socialmente accettabile della flessibilità e della mobilità. Analogamente non hanno avuto seguito le proposte di nuove tutele per i lavori c.d. atipici, cui Giugni pensava e ci incoraggiava a darvi seguito. Infine vanno ricordati i suggerimenti per la revisione del patto sociale del 1993 forniti nel 1998 dalla commissione da lui preceduta, rivelatisi ancora attuali e utili nelle travagliate vicende che hanno portato all'Accordo del 22 gennaio 2009 sulla struttura contrattuale ⁽²⁰⁾.

L'esperienza del protocollo del 1993 e il consenso ottenuto suggeriscono – secondo i commissari – l'opportunità di procedere non a radicali modifiche, ma a una revisione rivolta a consolidare i risultati raggiunti, in particolare sul sistema di relazioni industriali. La continuità delle linee di fondo e la stabilità del quadro normativo sono elementi fonda-

⁽²⁰⁾ Si veda il testo del Rapporto in appendice a G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, cit., 132 ss.

mentali per evitare rotture del contratto sociale; una preoccupazione sempre presente per un riformista innovatore come Giugni.

Anche in questo caso Giugni ribadisce che per attuare queste innovazioni non basta il richiamo all'autodeterminazione delle parti e che occorre un sostegno legislativo alla contrattazione, con misure diverse a seconda dei casi. Per premiare la negoziazione di retribuzioni flessibili egli propone un sostegno monetario, la c.d. decontribuzione dei salari negoziati in sede decentrata e connessi a indici di produttività. La misura sarà introdotta subito dopo ma in quantità ridotta e, a quanto si risconterà in seguito, con debole efficacia.

Per favorire una amministrazione bilaterale del contratto e delle controversie collettive Giugni rilancia un'altra sua proposta: quella di costituire l'Agenzia per la contrattazione collettiva, sul modello anglosassone. Le indicazioni della sua Commissione sulla struttura contrattuale si incentrano sulla necessità di approfondire ulteriormente la differenza funzionale dei livelli contrattuali assegnando al contratto nazionale l'obiettivo primario di difendere il potere di acquisto delle retribuzioni e accrescendo la specializzazione della contrattazione decentrata (aziendale ma anche territoriale).

Il rapporto della Commissione è anche importante perché rappresenta un atto di fiducia nella concertazione, nella necessità di riprenderla, ma di arricchirla per adeguarla ai nuovi obiettivi richiesti dalle trasformazioni economiche e sociali e alle istanze di nuovi attori, come le autonomie locali in seguito alle competenze derivate dalla legislazione sul decentramento (fino al titolo V della Costituzione).

La fiducia di Giugni nella concertazione è maturata dal convincimento che in una società complessa il metodo di governo e la concertazione si devono articolare in modo da offrire nuovi tracciati per la canalizzazione del consenso. Non a caso il suo ultimo contributo è dedicato alla concertazione. La concertazione, ci ricorda «è ben più di una mera tecnica di mediazione nell'area delle relazioni pluralistiche, è uno strumento fondamentale per risolvere il problema della governabilità fondata sul consenso; e questo nei regimi democratici, fondati sull'alternanza fra forze politiche di diverso orientamento, è il modo per assicurare alla maggioranza politica la continuità» ⁽²¹⁾.

Per questo Giugni ha sempre ritenuto che le riforme del lavoro devono essere costruite con il consenso sociale, come fu lo Statuto del 1970 e come furono le principali leggi degli anni Novanta. Per questo egli è sempre stato un sostenitore dell'autonomia e dell'unità del sindacato;

⁽²¹⁾ G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, cit., 95.

perché solo con una vera combinazione di autonomia e unità il sindacato può essere parte autorevole del riformismo sociale.

La debole capacità riformatrice del nostro sistema politico e sindacale era un cruccio per Giugni: ed ha impedito l'attuazione di molti progetti innovativi da lui avviati e anche da noi coltivati, secondo i suoi insegnamenti.

Giugni si è impegnato nell'intero corso della sua vita a superare il deficit di riformismo del nostro Paese, senza demordere di fronte alle resistenze, continuando a diffondere i suoi insegnamenti con la fiducia nella persuasione e nella cultura. Voglio sottolineare questa continuità nel tempo, anche se l'opera di Giugni viene costruita per approssimazioni successive. È un modo di procedere tipico del suo lavorare "a spizzico" e del suo approccio induttivo-sperimentale. Ma risponde anche alla necessità di adattare di volta in volta le scelte concrete alle asperità del percorso politico- sindacale. Sottolineo questo aspetto pur conoscendo, anche per esperienza personale, le possibili controindicazioni di un approccio a segmenti (*piecemeal*) al tema delle riforme, non solo in materia di lavoro; ma sono convinto che tale via tortuosa può essere l'unica praticabile sulle condizioni storiche del nostro sistema: non ultimo il deficit di capacità riformatrice e di riforme, accumulato nel tempo e la debolezza degli strumenti politici e amministrativi disponibili.

L'obiettivo di alimentare e di rafforzare il debole riformismo italiano è alla base anche dell'impegno diretto di Giugni nella vita politica; nel partito, il PSI, nel Parlamento, come presidente della Commissione Lavoro del Senato, e come Ministro del lavoro. Egli ha saputo svolgere questi difficili compiti, pur in un quadro politico turbolento e confuso, mantenendo la coerenza, il disinteresse e la signorilità che lo hanno sempre contraddistinto.

Anche questo è un esempio di stile e un insegnamento prezioso, da me particolarmente sentito, e che ha influito su tanti studiosi e operatori attivi nel mondo del lavoro, sindacalisti, imprenditori e politici.

I contributi di Giugni sono stati largamente apprezzati, non solo nel mondo accademico, dove pure era entrato da *free lance*, mantenendo non pochi tratti di eterodossia⁽²²⁾, ma anche nel movimento sindacale che ha frequentato con grande partecipazione, sia pure non priva di spirito critico, e negli ambienti aziendali con cui ha mantenuto sempre intelligenti contatti. Ma le sue idee lo hanno anche esposto, come altri riformisti, alle critiche degli estremisti, e all'attentato terroristico di cui egli fu vittima nel 1983.

⁽²²⁾ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 321.

Giugni ci ha lasciato in un momento critico non solo per il mondo del lavoro ma per la vita democratica del Paese. Ci lascia però indicazioni di grande valore: l'importanza di unire il rigore delle ricerche con la curiosità dell'innovazione e con la sensibilità ai problemi delle persone che lavorano; la fiducia nel dialogo e nella possibilità di riforme lungimiranti sostenute dalla forza della ragione, dalla passione e dalla coerenza politica.

Rigore, voglia di innovazione, sensibilità al mondo del lavoro, fiducia nel dialogo, sono doti che Giugni ci ha insegnato a coltivare. Sono le risorse cui attingere per attuare politiche riformiste, utili al benessere collettivo e allo sviluppo delle persone.

*La partecipazione dei lavoratori:
il caso italiano nel contesto europeo*

**Modelli partecipativi e tecniche di regolazione
dei rapporti di lavoro**

Lorenzo Zoppoli

Sommario: **1.** Cenni al quadro complessivo delle relazioni industriali italiane. – **2.** L'inarrestabile marcia (normativa) dei modelli partecipativi a confronto con la dura realtà. – **3.** Modelli partecipativi e flessibilizzazione delle regole. – **4.** Tecniche di regolazione per promuovere la partecipazione. Gli schemi giuridici di fondo. – **5.** *Segue:* tecniche utilizzate in concreto. In particolare la regolazione plurilivello e il ruolo delle Regioni. – **6.** Tecniche di regolazione per far funzionare i modelli partecipativi. – **7.** Tecniche di regolazione, modelli partecipativi ed equilibri precari del diritto del lavoro italiano. – **8.** Rimeditare la strada percorsa prima di riesumare lo statuto partecipativo dell'impresa e farne il perno di un'ardita regolazione legislativa dei sistemi di relazioni sindacali.

1. Cenni al quadro complessivo delle relazioni industriali italiane.

Nel nostro Paese non ci troviamo dinanzi ad una fase storica favorevole allo sviluppo di nuove relazioni sindacali e alla sperimentazione coraggiosa di modelli innovativi nei rapporti tra imprese, o organizzazioni datoriali in genere, e lavoratori. La più importante vicenda vissuta nell'ultimo anno dal sistema sindacale italiano, cioè la riforma della struttura contrattuale (avviata con la prima pre-intesa per la riforma della struttura della contrattazione collettiva che risale al 10 ottobre 2008) non ci parla di un sistema che riparte con chiarezza, coesione e determinazione. Anche se quell'intesa è stata tradotta in accordi nell'aprile del 2009 (15 aprile, per il privato, e 30 aprile, per il pubblico), non si può dimenticare che tra le intenzioni (snellezza e decentramento) e la realtà (solita ritualità e accentramento) c'è una notevole distanza ⁽¹⁾;

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Napoli Federico II. Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Fabio Mazziotti.*

⁽¹⁾ Per le varie opinioni si vedano F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *RIDL*, 2009, n. 2,

che, rispetto al protocollo del 1993, sia i problemi sindacali sia quelli giuridici sono stati aggravati anziché risolti ⁽²⁾; che, nonostante qualche recupero *in extremis* (come il Ccnl degli alimentaristi, che però poco riprende la riforma), permangono situazioni di grave tensione sia tra le parti sociali sia endosindacali (emblematico è il rinnovo dei metalmeccanici; ma anche il rinnovo di contratti di comparto riguardanti il lavoro pubblico ⁽³⁾).

Inoltre la crisi economica non consente di attingere a risorse significative per promuovere o sperimentare nuovi sistemi di relazioni sindacali, probabilmente a nessun livello (internazionale e nazionale, sia esso macro, meso o micro). Quindi per discutere di novità concrete c'è da attendere tempi migliori sotto il profilo economico e sociale.

Questo, naturalmente, non vuol dire che sia inutile discutere o analizzare modifiche realizzate o realizzabili sul piano normativo, anche nella prospettiva di favorire le innovazioni praticabili quando i tempi migliori lo consentiranno. È in questa limitata prospettiva che sembra utile non lasciar cadere il dibattito intorno ai modelli partecipativi di relazioni industriali ⁽⁴⁾, cercando di coglierne, in positivo e in negativo, le ultime novità.

179 ss.; L. BELLARDI, *Regole del conflitto e conflitto sulle regole. L'accordo separato sulla revisione del modello contrattuale*, in D. CARRIERI, V. NASTASI (a cura di), *Spazio e ruolo delle autonomie nella riforma della contrattazione pubblica*, il Mulino, Bologna, 2009; M. RICCI, *L'accordo quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali*, in *RIDL*, 2009, n. 3, 352 ss.; R. PESSI, *Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2; M. ESPOSITO, G. GENTILE, *Costo del lavoro, competitività delle imprese e nuova struttura della contrattazione collettiva*, in *DLM*, 2009, n. 2, 273 ss.; G. FONTANA, *La riforma della struttura della contrattazione collettiva*, in M. CINELLI, G. FERRARO, *Lavoro, competitività, welfare*, Utet, Torino, 2009, II, 403 ss.; A. MARESCA, *Accordi separati*, e M. RUSCIANO, *Tecnica e politica nella funzione del contratto collettivo*, entrambi in *DLM*, 2009, n. 3.

⁽²⁾ M. RICCI, *op. cit.*, 376.

⁽³⁾ Si veda L. ZOPPOLI, *Quale rappresentatività nel lavoro pubblico*, in *AREL*, maggio 2009, 34 ss.

⁽⁴⁾ Per un riepilogo e le relative indicazioni bibliografiche, si veda A. BALDASSARRE, *Il lavoro tra conflitto e partecipazione. Dai Consigli di gestione a nuove collaborazioni*, in *DLM*, 2008, n. 3, 471 ss.

2. L'inarrestabile marcia (normativa) dei modelli partecipativi a confronto con la dura realtà.

Al riguardo occorre dire che, se guardiamo al quadro legislativo europeo ed italiano, si continua ad avere la sensazione di un'inarrestabile marcia di avanzamento dei modelli partecipativi, intesi nella più larga accezione. Negli ultimi quattro anni infatti, oltre ad aver avuto la totale trasposizione di tutte le direttive risalenti ai primi anni del 2000 (decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188, per la Società europea (SE) ⁽⁵⁾; decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, per la direttiva 2002/14 ⁽⁶⁾), abbiamo acquisito la disciplina dell'impresa sociale (decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155), la trasposizione della direttiva 2005/56 sui diritti di informazione e consultazione nelle imprese transfrontaliere (decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108 ⁽⁷⁾) e una lenta ma inesorabile valorizzazione degli enti bilaterali (da ultimi si veda l'articolo 19, comma 1, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2, che subordina l'erogazione di misure di sostegno al reddito dei lavoratori coinvolti in vicende di crisi occupazionale «ad un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento dell'indennità stessa a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva»; o ancora, in materia di salute e sicurezza, il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, con le successive recenti modifiche del decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 ⁽⁸⁾). Da poco è giunta in porto anche la revisione della direttiva sui CAE (n. 2009/38, del mese di maggio), i quali risultano, seppure relativamente, rafforzati. Mentre non si arresta la sottolineatura di come la responsabilità sociale delle imprese porti con sé inevitabilmente un maggior coinvolgimento delle parti

⁽⁵⁾ Su cui si veda l'approfondito commento di M. CORTI, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee*, in *NLCC*, 2006, n. 6, 1393 ss.

⁽⁶⁾ Si vedano M. NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (commentario al d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25)*, in *NLCC*, 2008, 843 ss.; C. ZOLI, *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il d.lgs. 6 febbraio 2007 n. 25*, in *RIDL*, 2008, n. 2, 161 ss.

⁽⁷⁾ Si veda V. FERRANTE, *I diritti di "partecipazione" dei lavoratori nel caso di fusione transfrontaliera fra società di capitali. Brevi note al d.lgs. 30 maggio 2008 n. 108*, in *RIDL*, 2008, n. 3, 357 ss.

⁽⁸⁾ Su questi aspetti si vedano L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO, *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2010; 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, e G. NATULLO, *Il nuovo codice della sicurezza sul lavoro*, in *DLM*, 2009, n. 2, 323 ss.

sociali nelle decisioni aziendali, sebbene all'interno di un discorso generale che riguarda tutti gli *stakeholders* ⁽⁹⁾. Inoltre, nella pratica, un grande impatto simbolico ha avuto il contenuto partecipativo dell'accordo Fiat-Chrysler, che sembra addirittura rilanciare una prospettiva di partecipazione societaria ⁽¹⁰⁾.

A tutte queste evoluzioni si aggiunge, *de iure condendo*, la presentazione in Parlamento di un disegno di legge unificato sulla materia che tenta di raccordare i due principali progetti presentati da maggioranza governativa e opposizione (discussione avviata il 20 maggio 2009) ⁽¹¹⁾, la proposta estiva di Tremonti favorevole alla partecipazione dei lavoratori agli utili aziendali (ma non alla gestione, ha aggiunto Sacconi) e l'avvio di un confronto tra le parti sociali per giungere ad un avviso comune in materia. Tale confronto è iniziato il 15 settembre 2009 senza opposizioni pregiudiziali (anche se le posizioni tra Confindustria e sindacati sono subito apparse divergenti in ordine alla partecipazione dei lavoratori agli organi societari), ma per il momento è del tutto fermo, essendosi concordato, il 9 dicembre 2009, il rinvio di un anno ⁽¹²⁾.

Ad affastellare tutti questi fenomeni si potrebbe dunque dire che assistiamo ad un rafforzamento, realizzato o tendenziale, di tutti i modelli partecipativi, senza distinzione di sorta: a) forte/cogestionale; b) debole/codeterminativo; c) cooperativo volontaristico; d) settoriale (terzo settore); e) proprietario; f) sovranazionale/transnazionale; g) dimensionale (nelle imprese più piccole viene diffuso dal decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25) ⁽¹³⁾.

La realtà appare però ben diversa e, come sempre, più dura. Ed è con essa che occorre fare i conti. Un dato per tutti: delle 383 Società euro-

⁽⁹⁾ Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sulla responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione (in particolare il punto 21).

⁽¹⁰⁾ Si veda R. SANTAGATA, *Prime riflessioni sulla "partecipazione" nell'accordo UAW-Chrysler alla luce dell'esperienza statunitense*, in *DLM*, 2009, n. 2, 475 ss.

⁽¹¹⁾ I due disegni di legge, su cui spesso si tornerà in seguito, sono il d.d.l. n. 803/2008, primo firmatario Maurizio Castro, e il d.d.l. n. 964/2008, primo firmatario Tiziano Treu (le citazioni riguardano i disegni presentati al Senato).

⁽¹²⁾ Si veda M. MASCINI, *Partecipazione. Per un anno tutti a casa*, in *Il diario del lavoro*, editoriale del 10 dicembre 2009. La diffidenza delle imprese era stata per tempo segnalata da M. MARAZZA, *Partecipazione. Il pericolo della cogestione all'italiana*, in *Il diario del lavoro*, 1° settembre 2009. Interessante è anche l'articolo di F. DEBENEDETTI, *Partecipare agli utili?*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 settembre 2009.

⁽¹³⁾ Per queste distinzioni e le relative indicazioni bibliografiche si veda L. ZOPPOLI, *Lavoro, impresa e Unione europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, Franco Angeli, Milano, 2006, 43 ss.

pee (in seguito SE), che risultano costituite nei 27 Stati dell'Unione al luglio 2009, e che potrebbero essere potenziali vettori di modelli partecipativi di vario tipo ⁽¹⁴⁾, solo 91 sono classificate ⁽¹⁵⁾ come *normal*, cioè *companies with employees and operation*; le altre sono *shelf* (cioè *companies for selling*: 68), UFO (cioè *companies presumably with operation and employees, however in general little or nothing to know about*: 183) o *empty* (*companies with operations but without employees*: 41). Ben 146 risultano poi costituite con sede nella Repubblica Ceca, ma di queste solo 3 sono *normal* (e 99 UFO). Insomma c'è il fondato sospetto che le SE, invece di dar vita a sperimentazioni anche sul piano di relazioni industriali più europee, vengano sempre più utilizzate come "scatole vuote" ⁽¹⁶⁾ (o accuratamente svuotate, proprio per evitare di coinvolgere i lavoratori), un po' come dei taxi pronti ad inseguire varie e (probabilmente) temporanee finalità commerciali o finanziarie. Questo la dice lunga, a mio parere, sugli esiti che può avere un troppo stretto intreccio tra diritto commerciale o societario e diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Del resto, prudenza insegna che i vasi di coccio non vanno messi nello stesso carico dei vasi di ferro.

3. Modelli partecipativi e flessibilizzazione delle regole.

Questa premessa deve rendere oggi assai più avvertiti sia nelle proposte riformatrici sia nell'analisi dei nessi tra modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro, specie con riguardo ai rischi di «modelli partecipativi che inducano tecniche di regolazione degli interessi più fluide rispetto al riconoscimento di diritti in capo tanto ai singoli quanto ai soggetti collettivi» ⁽¹⁷⁾. Sia chiaro, questo nesso, con tutti i rischi ricompresi, c'è sempre stato; ma oggi non può essere considerato come se fossimo proprio ai primi passi delle esperienze partecipative in Europa o in Italia. Di passi ne sono stati compiuti parecchi e di problemi ne sono emersi davvero tanti.

⁽¹⁴⁾ Ma non dei più deboli: per iscrivere una SE ci vuole un accordo con la DSN (delegazione speciale di negoziazione) o l'applicazione delle disposizioni di riferimento che prevedono precise forme di coinvolgimento dei lavoratori: si vedano L. ZOPPOLI, *Lavoro, impresa e Unione europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, cit., 63 ss., e M. CORTI, *op. cit.*, 1450.

⁽¹⁵⁾ Su un sito ufficiale dell'UE: www.ecdb.worker-participation.eu.

⁽¹⁶⁾ M. CORTI, *op. cit.*, 1483.

⁽¹⁷⁾ L. ZOPPOLI, *Lavoro, impresa e Unione europea. La tutela dei lavoratori nell'Europa in trasformazione*, cit., 42.

Esaminerò quelli che mi paiono di maggiore interesse, insieme alle soluzioni che sono state date o, al contrario, non sono state date.

4. Tecniche di regolazione per promuovere la partecipazione. Gli schemi giuridici di fondo.

Innanzitutto vanno esaminate le tecniche di regolazione per promuovere modelli partecipativi. Al riguardo possiamo distinguere tra schemi giuridici di fondo e tecniche regolative utilizzate in concreto.

Sotto il primo profilo, nel dibattito tanto teorico quanto parlamentare, è stata più volte tirata in ballo la compatibilità tra “modelli” di contratto di lavoro subordinato (“assicurativo” e “partecipativo”⁽¹⁸⁾) e modelli di sindacato e/o relazioni sindacali. Secondo alcuni – e segnatamente Pietro Ichino – con il nostro sistema costituzionale sono compatibili sia il modello “assicurativo” di contratto di lavoro subordinato – cioè quello da cui deriva il riconoscimento di garanzie e diritti predeterminati in capo al singolo lavoratore – sia il modello di contratto in cui il lavoratore è configurato come un soggetto che partecipa, collabora, è coinvolto nell’organizzazione aziendale. In più Ichino polarizza anche due diversi modelli di azione sindacale (uno più conflittuale, l’altro più partecipativo), riconducendoli all’una o all’altra figura di contratto di lavoro.

Pur essendo un estimatore degli approcci teorico-dogmatici e delle geometrie concettuali, io non so se con questa impostazione del problema si fa un buon servizio alla causa della partecipazione, considerata in tutta la sua ampiezza morfologica. Innanzitutto perché ho forti dubbi che si possa ricostruire una modellistica così antinomica sulla base della legislazione del lavoro vigente; in secondo luogo perché la contrapposizione tra garanzie/diritti e modello partecipativo mi pare fuorviante. L’argomentazione sarebbe molto lunga. Scegliendo un approccio di marcata sintesi, al limite dell’inaccettabile, direi che nel nostro ordinamento – pur dopo una lunga e faticosa evoluzione che ci ha portato molto lontani da concezioni organicistiche dei rapporti di lavoro e saldamente dentro una configurazione “scambistica” – il contratto di lavoro subordinato è ancora delineato come una fattispecie giuridica unitaria, nel quale tuttavia la disciplina di tanti istituti non ha tratti di così marcata rigidità da contrapporre diritti/garanzie e modelli o istituti partecipativi. I due aspetti possono ben coesistere, senza dover chiedere a nessuno radicali scelte di campo e invitando piuttosto a fare la massima

⁽¹⁸⁾ Si veda la relazione di P. Ichino, in www.pietroichino.it.

attenzione a realizzare un mix equilibrato tra diritti/garanzie e meccanismi di coinvolgimento dei lavoratori nella organizzazione d'impresa. E lo sa bene anche Pietro Ichino quando dice che comunque l'articolo 36 della Costituzione impone che al lavoratore subordinato venga assicurato un minimo retributivo tale da consentire un'esistenza libera e dignitosa.

Quasi vent'anni fa provai, al riguardo, a lasciare definitivamente alle spalle la querelle dottrinale che conduceva a due diverse concezioni del contratto di lavoro – l'una istituzionistica e l'altra scambistica – proponendo piuttosto di focalizzare l'attenzione sulla configurazione del fondamentale elemento della corrispettività nel contratto di lavoro con riguardo alla disciplina dell'obbligazione retributiva come una obbligazione dai tratti compositi, nei quali cioè è rinvenibile una componente sociale/solidaristica – legata ai diritti di cittadinanza sociale che la Costituzione garantisce – e un'altra in cui la disciplina dell'obbligazione assume caratteristiche più marcatamente scambistiche influenzate dai modelli di relazioni sindacali anche aziendali ⁽¹⁹⁾. Continuo a pensare che questa configurazione del contratto di lavoro in termini di maggiore articolazione interna ad una fattispecie che conserva dei tratti unitari sia giuridicamente preferibile nella logica giuridico-sistematica rispetto ad una modellistica che insegue politiche contingenti. Quella scelta non è infatti tale da impedire flessibilizzazioni normative e irrigidire modelli o politiche sindacali. E, per converso, lascia inalterati alcuni capisaldi della legislazione riguardante i rapporti di lavoro, cioè il discrimine tra chi vive e negozia in una condizione di maggiore dipendenza economico-giuridica e chi no.

Né può sostenersi che una ragione per superare una concezione unitaria del contratto di lavoro possa oggi esser il fatto che l'area dello squilibrio si estende ben oltre quella della tradizionale subordinazione tecnico-giuridica. Si tratta di un'osservazione senz'altro fondata; ma che, al limite, dovrebbe portare ad assimilare sotto il profilo delle tutele i lavoratori autonomi sottoprotetti, incrementando e adeguando diritti e garanzie fatti apposta per loro. Insomma se negli anni Ottanta i discorsi sulla democrazia economica potevano essere un tramite teorico per rivisitare la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro (come auspicava Pedrazzoli in un famoso libro del 1985 ⁽²⁰⁾), oggi non mi sembra che sia più così. Il diritto del lavoro ha bisogno di una fattispecie di riferimento chiara e indipendente da quel vero e proprio caleidoscopio

⁽¹⁹⁾ L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Esi, Napoli, 1991.

⁽²⁰⁾ M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e partecipazione*, Giuffrè, Milano, 1985.

che sono le relazioni industriali oggi, una fattispecie nel senso giuridico più classico, intorno alla quale costruire sia i suoi valori e i suoi principi sia l'indispensabile articolazione delle tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro. Non so se all'uopo l'articolo 2094 c.c. sia soddisfacente o vada rivisitato; per oggi evitiamo di occuparcene ⁽²¹⁾. Penso però che lo sviluppo dei modelli partecipativi possa prescindere da questo aspetto ed imboccare tante direttrici, incrociando certo in vario modo la regolazione del contratto di lavoro senza incidere necessariamente sugli equilibri di fondo della fattispecie. Questi equilibri abbracciano la dimensione personalistica, con le sue esigenze di tutele forti e indisponibili, e la dimensione organizzativa, con le sue esigenze di coinvolgimento individuale e collettivo dei lavoratori nelle sorti della medesima organizzazione. Questo mi pare che sia desumibile con chiarezza dalla Costituzione e dai principi della legislazione vigente. E non vedo alcuna necessità di andare a toccare la tavola delle norme fondamentali o dei principi per incrementare l'attenzione che il complesso apparato normativo o le tante pratiche gestionali e sindacali dedicano alla partecipazione.

5. *Segue: tecniche utilizzate in concreto. In particolare la regolazione plurilivello e il ruolo delle Regioni.*

Passando alle tecniche regolative concretamente utilizzate in questi anni, non v'è alcun dubbio che l'esperienza ha fornito suggerimenti preziosi per favorire un maggior coinvolgimento dei lavoratori nelle sorti delle imprese. Accenno ai principali.

Innanzitutto i modelli partecipativi sono da ricondurre ad una regolazione plurilivello, che cioè non ignori come, essendo i moderni ordinamenti giuridici caratterizzati da una pluralità di politiche economiche e sociali, vi sono aspetti della regolazione che non possono essere imposti in quelle sfere giuridiche in cui maturano le politiche proprie di un certo assetto territoriale. Il discorso riguarda naturalmente le realtà statuali, così come si rilevano nel diritto dell'Unione europea; ma riguarda anche le realtà regionali, rispetto alle quali la nostra Corte costituzionale ha avuto modo di affermare principi piuttosto chiari. Al riguardo merita di essere ricordata l'argomentazione utilizzata dalla Corte costituzionale n. 231/2005 nel dichiarare l'incostituzionalità

⁽²¹⁾ Sul punto, per una migliore esplicazione della mia opinione, mi sia consentito rinviare a L. ZOPPOLI, *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in *LD*, 2010, n. 1.

dell'articolo 4, commi 113 e 114, della legge statale 24 dicembre 2003, n. 350, che istituiva un fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese. Secondo la Corte quelle norme «sul piano interno trovano il loro fondamento nell'art. 46 Cost. e, quindi, nel riconoscimento del diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende [...]. Ritiene la Corte che i finanziamenti predisposti sul fondo istituito, in quanto finalizzati a progetti inerenti alla costituzione di organi o alla regolamentazione di procedure di informazione o di mera consultazione dei lavoratori nella vita delle aziende e sulle scelte di massima da compiere, attengano alla tutela del lavoro, esaurendosi essi nell'ambito di un rafforzato svolgimento delle relazioni industriali, senza modificare gestioni o assetti imprenditoriali e senza direttamente incidere sul rapporto di lavoro». La Corte poi continua, sostenendo che «le norme impugnate ed i progetti da esse previsti [...] si ricollegano anche ad atti comunitari che concernono lo statuto della società europea [...] e sotto tale angolo visuale i progetti concernenti il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle aziende finiscono per riguardare, da un lato, le strategie ed alcuni profili strutturali delle imprese, dall'altro, con l'attribuzione ai lavoratori componenti di determinati organi di garanzia assimilabili a quelle riconosciute ai rappresentanti sindacali, la stessa disciplina dei rapporti di lavoro». Perciò «le disposizioni censurate non esauriscono la loro efficacia nella materia della tutela del lavoro, ma attengono anche – e in misura non secondaria – all'ordinamento civile. Da quanto detto ne consegue che il complesso normativo oggetto della impugnazione viene a collocarsi nell'incrocio di materie rispetto alle quali la competenza legislativa è diversamente attribuita dalla Costituzione: esclusiva dello Stato in tema di ordinamento civile, concorrente in materia di tutela del lavoro».

Ciò detto non può trascurarsi la rilevanza del principio della sussidiarietà verticale e orizzontale nella scelta della fonte regolativa. Tale principio, sempreché salvaguardi i valori complessivi dell'ordinamento, è assai utile, in quanto si traduce nella relativa preferenza per la regolazione più a ridosso degli interessi da regolare. Il principio, a forte valenza politica più che giuridica, permea indubbiamente sempre di più il diritto comunitario e nazionale; ma la sua espansione e vincolatività a mio parere va di pari passo con la rigorosa affermazione di un *Bill of rights* tanto chiaro quanto ampio e condiviso, nel quale c'è il riconoscimento di alcuni diritti fondamentali dei lavoratori non disponibili in alcun contesto territoriale o organizzativo.

Importante è poi aver presente che le normative *pro-involvement* necessitano di accurate fasi di pre-negoziazione e di adeguati periodi di sperimentazione per una trasposizione contrattata.

Da preferire sono anche tecniche regolative che non accentuino i timori di competizione tra ordinamenti giuscommercialistici differenziati, che possano favorire o sfavorire determinati assetti societari (si pensi alle tecniche di tutela degli interessi nazionali nelle fusioni aziendali, la tipica preoccupazione dei tedeschi in questi casi).

Importantissima è infine la predisposizione a livello di regolazione generale di una normativa residuale, cioè un reticolo di norme di ultima istanza in grado di vincolare comunque i soggetti interessati alla promozione delle forme partecipative, normativa assai utile sia per promuovere le negoziazioni necessarie ad implementare i modelli partecipativi sia per evitare che ne appaiano irrilevanti gli esiti finali.

6. Tecniche di regolazione per far funzionare i modelli partecipativi.

Se sul piano della regolazione più appropriata per promuovere modelli partecipativi gli anni recenti hanno apportato una qualche chiarezza aggiuntiva, più problematico mi pare si presenti il discorso giuridico con riguardo alle peculiarità che assumono le tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro inseriti in contesti partecipativi.

Tra le principali questioni irrisolte, la prima riguarda le modalità di individuazione delle soglie dimensionali delle imprese oltre le quali riconoscere con particolare pregnanza diritti e doveri partecipativi (si veda l'articolo 2, ultimo comma, decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74, per i CAE; articolo 3, comma 2, decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, per i diritti di informazione e consultazione nelle imprese con più di 50 dipendenti). Qui c'è la fondamentale questione della tipologia dei rapporti di lavoro e della inclusione di questa o quella fattispecie, soprattutto riguardo all'incremento registrato negli ultimi anni (particolare rilievo assume la questione dei lavoratori a progetto, mai considerati in nessuna forma di coinvolgimento nell'impresa: si veda invece, per qualche attenzione, il disegno di legge Treu). Come si nota nella sequenza tra le due norme citate, si tende a ridurre l'incidenza di queste tipologie nel computo della soglia dimensionale delle imprese (il disegno di legge unificato nulla dice al riguardo, pur inserendo una nuova soglia di 300 dipendenti per assoggettare ad una particolare disciplina le SE che la superino). Così facendo però si incentiva una flessibilizza-

zione nella disciplina dei rapporti di lavoro che allontana il raggiungimento di quei livelli che farebbero scattare anche formalmente i modelli partecipativi con relativi diritti e doveri. Insomma l'ordinamento mi sembra così manifestare, anche laddove tende a promuovere modelli partecipativi, una preferenza per una regolazione flessibile dei rapporti di lavoro senza alcun coinvolgimento collettivo dei lavoratori nelle imprese. Intravedo contraddizioni non irrilevanti sia nel consentire un ampio ricorso al lavoro flessibile prima di arrivare a varcare la soglia delle imprese con statuto partecipativo sia nel consentire che l'ampio ricorso al lavoro flessibile coesista con l'ingresso in un contesto partecipativo, senza coinvolgere esplicitamente tutti i lavoratori interessati alle sorti dell'impresa a prescindere da distinzioni basate sulla tipologia di contratto. Qui forse ci sono da incentivare scelte più precise nel caratterizzare le relazioni con tutti coloro che economicamente dipendono dalla gestione di una determinata azienda.

Ancora meritevole di notevoli approfondimenti è il profilo della titolarità e dell'azionabilità dei diritti di informazione⁽²²⁾, tema che si ricollega sia alle procedure conciliative, sia al ruolo da riconoscere al giudice per garantire la trasparenza e l'immediatezza delle informazioni⁽²³⁾. Né appare soddisfacente l'assetto del sistema sanzionatorio, che, sebbene possa contare nel nostro Paese sull'articolo 28 Stat. lav., sembra ben lungi dal tranquillizzare sia sulla agevole individuabilità delle condotte societarie volte ad opacizzare la gestione dell'impresa (qualche spunto potrebbe ora ricavarsi dal Testo Unico sulla sicurezza sul lavoro) sia sulla facile elusività dei vincoli procedurali attraverso la mera corretta reiterazione delle procedure previste da leggi o contratti.

Con riguardo ai modelli di partecipazione "forte" assai scarsa è l'esperienza regolativa in ordine alla concreta composizione degli organi societari. Qui assumono importanza cruciale due questioni: quella della proporzione tra i rappresentanti dei diversi interessi e quella della responsabilità formale dei rappresentanti dei lavoratori.

Anche a questo riguardo molto c'è da riflettere su ruolo e limiti della contrattazione collettiva. Senz'altro si può e si deve dare molto spazio alla contrattazione collettiva, sempre che sia una contrattazione in grado di esprimere il reale consenso dei lavoratori quanto meno sull'introduzione del modello partecipativo nell'azienda in cui lavora-

⁽²²⁾ Su cui si veda C. ZOLI, *op. cit.*, 172.

⁽²³⁾ Ad esempio c'è da chiedersi come si tuteli la riservatezza delle informazioni se non ci sono le commissioni paritetiche, o anche contro tali commissioni, esplicitamente previste dalle normative europee.

no. Una tale introduzione, se imposta, sarebbe in effetti una vera e propria contraddizione in termini. Il meccanismo referendario di ultima istanza previsto dal disegno di legge unificato (articolo 2, commi 2-3) può essere interessante, anche se la sua gestione tutta endoaziendale può prestarsi ad un uso strumentale.

C'è da chiedersi però fino a che punto possano arrivare i contratti nel modellare la partecipazione aziendale. Difficile ad esempio pare affidare ad essi la configurazione degli organismi societari, in caso di scelta di un modello partecipativo forte. È l'opzione dell'articolo 3, comma 2, del disegno di legge unificato; forse però occorrerebbe una regola legislativa di applicazione residuale. Una regola del genere sarebbe, a mio parere, necessaria anche per disciplinare la responsabilità sociale dei rappresentanti dei lavoratori.

Discutibile mi pare poi ipotizzare che i contratti, per quanto stipulati con il rispetto delle procedure che li rendono efficaci *erga omnes*, possano obbligare i lavoratori a forme spinte di partecipazione al rischio di impresa, devolvendo quote della loro retribuzione futura a partecipazioni azionarie (articolo 4, comma 2, testo unificato), o differendo una parte della retribuzione al raggiungimento di determinati obiettivi oggettivamente verificabili (articolo 5, comma 1, lettera *a*, testo unificato). Oltre all'inevitabile rispetto dell'articolo 36 della Costituzione – che evidentemente condiziona l'interpretazione di un'eventuale norma di legge allorché dovesse entrare in vigore – c'è un problema di rispetto, per così dire, delle “regole di ingaggio” originarie: può la contrattazione collettiva arrivare al punto da trasformare un lavoratore dipendente in un azionista lavoratore? Non dimentichiamo che, proprio con riguardo alla partecipazione al rischio di impresa, la Corte costituzionale (sentenza n. 30/1996) ha affermato il principio dell'indisponibilità della fattispecie anche da parte del legislatore, indisponibilità che non riguarda a mio parere solo il profilo qualificatorio ma riguarda anche la struttura causale del contratto, cioè che intimamente lo caratterizza sul piano della tipicità degli interessi regolati. C'è dunque da fare attenzione alla soglia oltre la quale l'aggancio della retribuzione del lavoratore ai risultati d'impresa o la retribuzione corrisposta mediante azioni possa configurare una sorta di novazione oggettiva del contratto di lavoro, novazione che, in base all'articolo 1230 c.c., è una modalità di estinzione dell'obbligazione originaria per la quale si richiede che «la volontà di estinguere [...] deve risultare in modo non equivoco» (articolo 1230, comma 2; *per incidens*, mi pare che la soglia massima del 15% della retribuzione prevista all'articolo 21, comma 5, del disegno di legge Treu sia ragionevole, magari se rapportata al 15% della retribuzione

globale di fatto). Se poi il contratto originario andasse trasformandosi in un contratto a struttura associativa – com'è anche il contratto fondativo di una SpA – entrerebbe in ballo un'altra norma costituzionale come l'articolo 18 a tutela della libertà di associazione dell'ex lavoratore dipendente ⁽²⁴⁾.

Nei modelli di partecipazione azionaria c'è poi da chiedersi cosa acquisirebbero in più i lavoratori, soprattutto in uno scenario in cui i diritti di informazione sono meglio regolati e generalizzati, almeno nelle imprese con più di 50 dipendenti. A ben guardare solo l'esercizio davvero influente del diritto di voto potrebbe rappresentare un traguardo interessante. Ma per questo c'è bisogno di nuove regole che garantiscano l'organizzazione e la gestione collettiva dei lavoratori azionisti. Lungo questa strada c'è qualche timido segnale di evoluzione normativa (si vedano gli articoli 137, 141 e 142 del Testo Unico della Finanza, meglio noto come Legge Draghi) che sostiene l'associazionismo degli azionisti, ma senza preoccuparsi di agevolare l'emersione di un loro interesse collettivo. Per questo occorre riconoscere un ruolo specifico alle organizzazioni sindacali, come esplicitamente chiede anche di recente la Cisl ⁽²⁵⁾, senza preoccuparsi di commistioni che sono inevitabili ⁽²⁶⁾ se si vuole davvero sperimentare il percorso partecipativo mettendo da parte intenti strumentali o da "capitalismo parassitario" ⁽²⁷⁾. Senza dubbio nel disegno di legge Treu c'è maggiore attenzione a questi aspetti, nella previsione e regolazione delle società di investimento a capitale variabile ⁽²⁸⁾, appena menzionate negli articoli 1, lettera *f*, e 4 del disegno di legge unificato ⁽²⁹⁾. Soprattutto l'articolo 1 sembra rimettere per intero agli accordi collettivi l'istituzione e la regolazione di enti che invece richiedono una puntuale disciplina se li si vuole abilitare a svolgere un particolare ruolo sul piano tanto della gestione del patrimonio azionario quanto della gestione societaria.

⁽²⁴⁾ Si veda R. SANTAGATA, *Il lavoratore azionista*, Giuffrè, Milano, 2008, 196 ss.

⁽²⁵⁾ Si veda memoria del 10 settembre 2009, in *www.cisl.it*.

⁽²⁶⁾ Si veda ancora R. SANTAGATA, *Il lavoratore azionista*, cit., 118 ss.

⁽²⁷⁾ È il titolo di un recente volumetto di Z. BAUMAN pubblicato da Laterza, Roma-Bari, 2009.

⁽²⁸⁾ SICAV: si vedano artt. 19 e ss. del d.d.l. n. 964/2008.

⁽²⁹⁾ Si veda comunque sulle potenzialità delle SICAV al fine di garantire una maggiore ingerenza dei lavoratori azionisti nella gestione del patrimonio societario R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino, 2008, 205-206.

7. Tecniche di regolazione, modelli partecipativi ed equilibri precari del diritto del lavoro italiano.

Discutendo di tecniche di regolazione in rapporto ai modelli partecipativi, non si può infine non rilevare come esse, da un lato, risentono dei difficili equilibri del diritto del lavoro italiano e, dall'altro, potrebbero influenzarli sensibilmente. Nonostante graduali passi avanti nella legislazione, nella contrattazione e nella giurisprudenza, occorre ricordare che restano tuttora privi di soluzione certa alcuni cruciali aspetti del funzionamento giuridico-istituzionale del sistema di relazioni industriali. Basti ricordarne rapidamente tre: 1) l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi ai vari livelli; 2) l'assenza di regole generali e condivise sulla democrazia sindacale ⁽³⁰⁾; 3) la regolazione dei rapporti tra i diversi livelli contrattuali. Non è facile dare una soluzione settoriale a questi tre aspetti cruciali, anche se, per soluzione settoriale, si pensasse a dettare regole valide per quei "pezzi" del sistema sindacale che decidono di sposare uno dei tanti modelli partecipativi. Questa sembra la soluzione a cui punta il disegno di legge unificato. Ma altre esperienze, in stato più avanzato, non fanno ben sperare. Si pensi alla riforma del lavoro pubblico, dove tutti e tre quei problemi erano settorialmente risolti, ma l'accelerazione di un'altra fase di riforma settoriale (legge 4 marzo 2009, n. 15, e decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150) sembra rimettere tutto in discussione. Non ultimo proprio con riguardo a regole e prassi partecipative, che sembrano tendenzialmente confinate alla sola informazione. Infatti, l'articolo 5 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, viene riscritto (dall'articolo 34, comma 1, lettera a, decreto legislativo n. 150/2009) nel modo seguente: «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro devono essere assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti» ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Lo rileva anche P. Ichino nella citata relazione al testo unificato.

⁽³¹⁾ Per le varie interpretazioni si vedano L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, ES, Napoli, 2009, ed ivi gli scritti di E. ALES, S. BATTINI, F. BORGOGELLI, R. CASILLO, B. CIMINO, M. CERBONE, M. DELFINO, M. ESPOSITO, V. ESPOSITO, U. GARGIULO, V. LUCIANI, P. MONDA, R. MERCURIO, C. RUSO, R. SANTAGATA, R. SANTUCCI, P. SARACINI, A. SCALA, A. TROJSI, A. VISCOMI, A. ZOPPOLI, che variamente affrontano l'argomento; più specificamente U. CARABELLI, *I poteri dirigenziali nel limbo della non contrattabilità*, relazione al convegno *Lavoro*

In realtà, anche se il sistema sindacale è molto ricco ed articolato, non si può trascurare che il nostro Paese è attraversato da tensioni ed interessi molto radicati e inclini a propagarsi, generalizzandosi con facilità proprio in ordine alle questioni più di fondo. Progettare e praticare soluzioni settoriali, soprattutto attraverso norme di legge generali, non è agevole. Se si vuol fare, bisogna farlo raggiungendo consensi molto ampi sin dall'inizio. Altrimenti si rischiano l'ineffettività o, al massimo, la difficile sperimentazione di qualche caso che rimarrà isolato e avrà vita grama ed esiti incerti, come è accaduto per esperienze, pure assai interessanti, come Zanussi e Alitalia⁽³²⁾. Preferirei che il discorso partecipativo, proprio perché mi sta molto a cuore, avesse mire più ambiziose e si inserisse in un disegno capace di intaccare le radici di un sistema sociale ed economico che sembra ancora lontano dal percepire forti impulsi innovativi.

8. Rimeditare la strada percorsa prima di riesumare lo statuto partecipativo dell'impresa e farne il perno di un'ardita regolazione legislativa dei sistemi di relazioni sindacali.

Formulando alcune brevi considerazioni conclusive, mi pare che le opportunità presentatesi nella nuova e peculiare (in quanto largamente "importata" dall'Europa) stagione partecipativa, apertasi in Italia qualche anno fa, sono state sfruttate poco e male. Oggi però, purtroppo, la situazione delle relazioni industriali non è più quella di un paio di anni fa: le regole e, in parte, le prassi sono cambiate, con un ridimensionamento forte dell'interesse, già per la verità piuttosto scarso, delle parti datoriali ad un maggiore coinvolgimento di lavoratori e sindacati a livello di impresa – qualunque forma essa possa assumere – e con un crescendo di conflittualità endosindacale. Certo è sempre possibile qualche esperienza di punta o d'avanguardia, specialmente in *corporation* che operano a livello transnazionale. Ma, guardando agli equilibri del diritto sindacale italiano, la domanda conclusiva che formulerei è la seguente: è ancora attuale, ha ancora un *appeal* oggi l'obiettivo di uno statuto partecipativo dell'impresa come ulteriore strada verso la *deregulation* dei rapporti di lavoro o come tecnica di coinvolgimento

pubblico: riforme in corso e strategie di sviluppo organizzativo per gli enti locali, Bologna, 6 ottobre 2009.

⁽³²⁾ Si veda L. MARIUCCI, *La partecipazione: come rendere credibile una vecchia parola*, e A. PERULLI, *Ascesa e declino della partecipazione alla Zanussi*, entrambi in *DLM*, 2005, n. 3, 605 ss. e 615 ss.

dei lavoratori nella gestione dell'impresa? Emblematici per rispondere sono a mio parere il paragrafo 3 ed il paragrafo 5 dell'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009. Il paragrafo 3 preme fortemente l'acceleratore sulla contrattazione come strumento di regolazione dei diritti di informazione/partecipazione e sulla retribuzione legata a produttività/redditività, rendendo sempre meno necessaria e proficua una nuova legislazione in materia; il paragrafo 5 si dilunga invece ampiamente sulla derogabilità a livello territoriale dei contratti nazionali, facendo di questo livello uno snodo essenziale per flessibilizzare la disciplina dei rapporti di lavoro. Anche se l'Accordo interconfederale del 2009 attende di essere tradotto in precise regole nei contratti di categoria e in prassi conseguenti ⁽³³⁾, l'impressione è che siamo ad uno stadio forse ormai troppo avanzato per utilizzare lo statuto partecipativo della singola impresa come canone/paradigma incentivante di una flessibilizzazione delle regole sui rapporti di lavoro. Le imprese oggi hanno meno bisogno che mai di quello statuto per flessibilizzare regole e gestione dei rapporti di lavoro: la contrattazione, così com'è ridotta, basta e avanza. Anzi, molto più a portata di mano è la gestione formalmente o sostanzialmente unilaterale.

Perciò la mia impressione è che se si vogliono rilanciare i modelli partecipativi, forse ora bisogna guardare di più ad altri versanti, ad altre finalità e, segnatamente, ai nessi tra partecipazione e funzione sociale dell'impresa. Sotto questo profilo si può recuperare e valorizzare, anche più delle clausole di flessibilizzazione territoriale, lo statuto partecipativo dell'impresa, ma solo se la flessibilizzazione si accompagna alla trasformazione strutturale del soggetto impresa, alla sua maggiore ed effettiva responsabilizzazione sociale. Che vuol dire una particolare etica del lavoro da parte dei dipendenti (senza però arrivare all'istigazione al suicidio: Telecom insegni); ma anche e, direi, soprattutto un diverso equilibrio di poteri nell'impresa e tra l'impresa e gli interessi espressi dai territori. Un equilibrio del quale fa parte a pieno titolo la problematica della partecipazione, che comunque non può essere una partecipazione giuridicamente "disarmata" o funzionale essenzialmente alla riduzione di vincoli normativi o alla ricerca di nuove fonti di autofinanziamento delle imprese ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Si veda, per alcuni primi bilanci, oltre i saggi citati in nota 1, i commenti, spesso assai tempestivi, riportati ne *Il diario del lavoro* (www.ildiariodellavoro.it).

⁽³⁴⁾ Sulle connessioni concettuali e pratiche tra le tematiche della partecipazione e quelle della responsabilità sociale si vedano, da ultimi, A. PERULLI, *L'impresa responsabile. Diritti sociali e corporate social responsibility*, Halley editrice, Matelica, 2007; S. SCARFONI (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e*

Non mi pare in verità che questa trasformazione strutturale si possa lasciare interamente a scelte e regole rimesse ad accordi collettivi, di qualsiasi livello essi siano, soprattutto in un momento di crescente debolezza sindacale. Se si ritiene rispondente ad un interesse generale, la promozione di un'effettiva partecipazione alla gestione delle imprese richiede uno sforzo maggiore da parte del legislatore che, quanto meno, indichi – anche rifacendosi al modello comunitario – quali sono i requisiti minimi soggettivi ed oggettivi perché un accordo possa ritenersi al di là della soglia in cui la partecipazione “tocca” il potere decisionale dell'impresa costringendolo, almeno, a condividere realmente e profondamente le decisioni ad elevato rischio di danno sociale con qualificate rappresentanze sindacali dei lavoratori.

Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro – Riassunto.

L'A. muove dalla constatazione che l'attuale fase storica in Italia non è favorevole allo sviluppo di nuove relazioni sindacali e alla sperimentazione coraggiosa di modelli innovativi nei rapporti tra imprese e lavoratori, come testimonia la vicenda relativa alla riforma della struttura contrattuale, un sistema che non riparte con chiarezza, coesione e determinazione. Se il quadro legislativo europeo e italiano sembra caratterizzarsi per una marcia inarrestabile di avanzamento dei modelli partecipativi, la realtà appare ben diversa e più dura. Alla luce di questo dato, l'A. considera i nessi riscontrabili tra modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro con riguardo ai rischi possibili di modelli di partecipazione che inducano tecniche regolative degli interessi più fluide rispetto al riconoscimento di diritti in capo ai singoli, quanto ai soggetti collettivi. A tal fine sono indagati le tecniche regolative degli schemi partecipativi, con riferimento ai modelli di fondo utilizzati e alle relative concretizzazioni, e lo stato del discorso giuridico, con riguardo alle peculiarità che assumono le tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro inseriti in contesti partecipativi. All'esito l'A. si chiede se, nel quadro italiano, per la recente evoluzione dei relativi equilibri, sia ancora attuale l'obiettivo di uno statuto partecipativo dell'impresa come strada ulteriore verso la deregulation dei rapporti di lavoro, ovvero se non debba profilarsi il ricorso allo strumento partecipativo come tecnica di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione dell'impresa, valorizzando piuttosto, ad avviso dell'A., i nessi tra partecipazione e funzione sociale dell'impresa.

Participatory models and techniques to regulate the employment relationship (Article in Italian) – Summary. *The paper argues that the current historical moment is not favourable to the development of new labour relations and the arduous attempt to set up innovative models concerning the relationship between employers and employees, as shown by the reform of collective bargaining, which is lacking in clarity,*

modelli partecipativi, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2007, e L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), Lavoro e responsabilità sociale dell'impresa, Zanichelli, Bologna, 2006.

cohesion and determination. Both the European and the Italian legal framework provide a step forward in terms of participatory models, even though there are considerable difficulties in their implementation. For this reason, the paper examines the link between the involvement of workers in decision-making and provisions regulating the employment relationship. Special reference is made to possible risks arising from participatory models allowing for more fluid techniques to establish individual and collective rights. In this connection, provisions regulating participation schemes are investigated, examining basic models and their implementation, and the state of the debate among legal scholars, with reference to the main features of the various forms of participation. In conclusion, the author considers whether Italy is likely to adopt a Statute on participation as a step toward the deregulation of the employment relationship, or rather to promote participation as a means to involve employees in decision-making, highlighting the link between participatory models and the social dimension of business.

La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano

Paola Olivelli

Sommario: **1.** Il contesto politico sociale italiano ed europeo. – **2.** Il diritto comunitario. – **2.1.** Le definizioni. – **2.2.** Il metodo. – **2.3.** La partecipazione e i diritti fondamentali. – **3.** La compatibilità con l'ordinamento italiano. – **3.1.** L'articolo 46 della Costituzione. – **3.2.** Autonomia collettiva e partecipazione. – **3.3.** I decreti legislativi di approvazione delle norme comunitarie. – **4.** Gli indirizzi in materia di partecipazione finanziaria in Europa e in Italia. – **5.** Conclusioni.

1. Il contesto politico sociale italiano ed europeo.

Il dibattito politico e sociale sulla partecipazione come strumento di democrazia industriale o economica, in genere, riprende vigore in momenti di crisi o comunque di difficoltà; probabilmente si spera che la reale necessità di coinvolgimento dei lavoratori in questi momenti faccia superare le ambiguità e gli equivoci anche di carattere ideologico che si sono creati intorno a questo argomento, specie nel nostro Paese.

La difficoltà maggiore consiste nel far convergere logiche di rappresentanza e azione sindacale collettiva, già sperimentate, con l'esperienza collaborativa; in questo senso basta ricordare il silenzio che ha accompagnato l'articolo 46 della Costituzione dopo l'iniziale dibattito sul suo significato, nel timore di un ritorno ad una logica di tipo corporativo, che facesse perdere ai lavoratori ed alle loro rappresentanze sindacali la facoltà di esercitare un contro potere "normativo" e l'esperienza della modificazione dei sistemi di proprietà delle imprese verso forme di autogestione, come erano stati i consigli di gestione, creati negli anni Quaranta nel periodo di transizione dal fascismo alla Costituzione o i consigli di azienda dell'epoca weimariana ⁽¹⁾; esperienza che del resto

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Macerata.*

⁽¹⁾ Cfr. L. MENGONI, *Introduzione al titolo I*, in U. PROSPERETTI (diretto da), *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1975.

non mancava di suscitare preoccupazioni nella parte datoriale; e non era nemmeno valutata allo stesso modo da tutte le forze politiche e anche all'interno dei due partiti maggioritari, comunista e democristiano. D'altra parte anche in altri Paesi europei, nell'immediato dopoguerra, la tendenza alla solidarietà sociale ha dato origine a "organismi di gestione": da quelli della cogestione tedesca ad altri con partecipazione mista, in Francia, Belgio, Danimarca, Svezia, Regno Unito, mentre i comitati di gestione italiani hanno avuto caratteristiche più di autogestione che di partecipazione ⁽²⁾. Il clima di solidarietà si è però spezzato con il miglioramento delle condizioni economiche e l'esigenza di migliorare anche le condizioni dei lavoratori con un'azione sindacale di tipo più rivendicativo dall'esterno dell'azienda. Il discorso è stato ripreso negli anni Settanta, quando all'Europa si prospettò una nuova crisi economica. Alcuni Paesi europei (Svezia, Olanda, Norvegia, Austria, Danimarca, Germania federale) sono stati allora spinti a introdurre o ampliare strutture e procedure di coinvolgimento dei lavoratori nei necessari processi di ristrutturazione e di rinnovamento. Anche in Italia, pur rifiutando le parti sociali qualsiasi intervento legislativo in materia, si sono aperti, in alcuni settori, spazi nella contrattazione collettiva per alcune forme di coinvolgimento più *tenue* come l'informazione e l'esame congiunto. Una immagine che però è diversa sia da quella definita dall'articolo 46 della Costituzione, circa «la collaborazione alla gestione», sia dalla forma che attualmente si delinea nelle direttive europee, in quanto non tocca formalmente l'autonomia decisionale delle parti. Vennero interpretate anche come forme attuative della norma costituzionale gli articoli 9 e 19 e le azioni dei rappresentanti dei lavoratori nell'ambito del diritto alla salute ⁽³⁾. Più significativi i tentativi degli

⁽²⁾ Ci fu anche l'esperienza delle Commissioni interne, che esercitarono di fatto funzioni collaborative: cfr. in merito M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in EGT, 1991, e G. MAZZONI, *Conclusione del problema italiano: difficoltà a ridurre ad unità l'indirizzo conflittuale aziendale espresso dallo Statuto dei lavoratori con quello partecipativo previsto dall'art. 46 della Costituzione*, in AA.VV., *La posizione dei lavoratori nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 1977, 239.

⁽³⁾ R. PESSI, *Attività sociali e culturali in azienda: l'art. 11 dello Statuto dei lavoratori e i suoi riflessi nella legislazione, nella contrattazione collettiva, nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1981; R. PESSI, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e democrazia industriale*, in V. SIMI (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, Maggioli, Rimini, 1982, 239; R. PESSI, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, in DL, 2005, I, 339 ss.; V. SIMI, *Il principio costituzionale della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, in V. SIMI (a cura di), *op. cit.*, 5; A. MINERVINI, *Dall'informazione alla partecipazione*, Giuffrè, Milano, 2002.

anni Ottanta e Novanta realizzatisi attraverso l'autonomia collettiva, quali i Protocolli IRI, TIM ed Electrolux-Zanussi, benché non abbiano dato riscontri del tutto positivi per il rifiuto del sindacato italiano a rinunciare al metodo conflittuale in favore di quello partecipativo⁽⁴⁾; essi hanno rappresentato però un esempio della possibilità di passare dalla "cultura del conflitto alla cultura del confronto"⁽⁵⁾. È in questo momento che si è intensificata l'azione comunitaria. A cavallo degli anni Ottanta e Novanta⁽⁶⁾ sono stati di nuovo i mutamenti nel sistema economico e del lavoro a imporre un rapporto più cooperativo con i lavoratori o con le loro rappresentanze. Infatti l'avvento del Mercato Unico europeo, con il Trattato di Maastricht e l'Accordo sulla politica sociale, ha fatto riprendere vigore all'intervento comunitario.

La politica europea in questo campo delle relazioni industriali realizzatisi con la direttiva sui Comitati Aziendali Europei (CAE), quella sulla informazione e consultazione dei lavoratori nelle aziende e soprattutto con quella sulla Società Europea (SE)⁽⁷⁾ ha riaperto alla fine del secolo XX e gli inizi del XXI il dibattito e costretto i Paesi più restii come l'Italia a riparlare anche se molto sottovoce. Secondo alcuni però⁽⁸⁾

⁽⁴⁾ R. PESSI, *Innovazione tecnologica e sistema di relazioni industriali: «la contrattazione della trasformazione» e il «Protocollo IRI»*, in *RIDL*, 1986, I, 765; R. PESSI, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e democrazia industriale*, cit., 239; R. PESSI, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, cit.; T. TREU, *Le relazioni industriali nell'impresa: il Protocollo IRI*, in *RIDL*, 1986, I, 395.

⁽⁵⁾ L. MENGONI, *I limiti al potere dell'imprenditore: confronto tra il modello dello Statuto dei lavoratori ed il modello dell'art. 46 cost.*, in AA.VV., *La posizione dei lavoratori nell'impresa*, cit., 145.

⁽⁶⁾ G. ARRIGO, *La partecipazione dei lavoratori all'impresa nelle modifiche alla proposta di quinta Direttiva CEE*, in *RGL*, 1980, I, 259; ID., *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa europea*, in *RGL*, 1990, I, 43.

⁽⁷⁾ G. ARRIGO, *La partecipazione dei lavoratori nel diritto comunitario tra armonizzazione normativa e competizione dei modelli*, in *DL*, 2000, I, 390; P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, e L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, entrambi in *DLRI*, 2005, rispettivamente 321 ss. e 373 ss.; AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro organizzate dall'AIDLASS, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006; F. PANTANO, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della Società europea*, in *ADL*, 2007, 960 ss.

⁽⁸⁾ L. ZOPPOLI (a cura di), *L'attuazione della Direttiva sui comitati aziendali europei: un'analisi comparata*, Esi, Napoli, 1998; L. MENGONI, *I limiti al potere dell'imprenditore: confronto tra il modello dello Statuto dei lavoratori ed il modello dell'art. 46 cost.*, cit., 145.

sarebbero stati compiuti pochi passi avanti e forse qualche passo indietro, i soggetti stentano ad emergere, i CAE non hanno proposto un soggetto che li rappresenti, l'informazione e la consultazione hanno una diffusione lenta, dalla SE e dalla Società Cooperativa Europea (SCE) non viene un modello di partecipazione che garantisca solidarietà e rappresentanza collettiva. Secondo altri autori solo la legge può garantire una applicazione efficace, altri negano la necessità di un intervento legislativo e ritengono più adeguato al nostro ordinamento l'azione attraverso l'autonomia collettiva⁽⁹⁾.

2. Il diritto comunitario.

La storia della partecipazione nell'Unione europea è una storia di almeno trent'anni che inizia con il programma di azione sociale del 1974 e con il Libro Verde del 1975 sulla partecipazione dei lavoratori e sulla struttura della società nella Comunità europea. Si trattava di un processo molto ambizioso che aveva come intento la possibilità di attuare direttive sull'informazione e consultazione ma anche su forme molto vicine alla cogestione.

Il cammino dell'Unione europea verso la partecipazione, intesa come *employee involvement*, è ancora oggi lastricato di difficoltà: lo si può vedere dal susseguirsi di proposte ed interventi, anche molto risalenti nel tempo (come le direttive sull'informazione e consultazione in settori specifici come i licenziamenti collettivi, il trasferimento d'azienda e la sicurezza sul lavoro) e addirittura anteriori all'inserimento della politica sociale nel Trattato sull'Unione europea, avvenuto nel 1992 con l'Accordo sulla politica sociale. L'Unione europea ha sempre avuto chiaro che parlare di partecipazione alla gestione delle imprese significa fare riferimento alla forma c.d. classica o "forte", vicina alla tradizione tedesca, la più completa e fondata su un doppio canale di rappresentanza anche se non mancavano altri esempi come quello svedese, olandese⁽¹⁰⁾, austriaco⁽¹¹⁾, tanto che, essendo proprio questa tradizione l'ostacolo all'uniformità o all'armonizzazione delle norme – mentre non vi erano ostacoli ad inserire procedure diverse e forme più blande –

⁽⁹⁾ E. GHERA, *Intervento*, in AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit., 404.

⁽¹⁰⁾ G. ZANGARI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nel diritto comparato e comunitario*, in *RIDL*, 1977, I, 46.

⁽¹¹⁾ S. RUDOLF, *La partecipazione dei lavoratori alle decisioni aziendali. Rapporto nazionale austriaco*, in *RIDL*, 1984, I, 303.

nelle ultime direttive opera una distinzione fra i diritti di informazione e consultazione e quelli di partecipazione. Solo nel 1994 infatti il progetto Vredeling, presentato già nel 1980, vide una prima attuazione con quella che viene chiamata la direttiva madre, la n. 1994/45, con l'istituzione dei CAE, organismi di rappresentanza per esercitare la funzione di informazione e consultazione o in alternativa di una procedura che assolva la medesima funzione nelle imprese o in ciascun gruppo di imprese di dimensione comunitaria. In realtà, già nella direttiva sull'introduzione di misure per incoraggiare i miglioramenti in materia di sicurezza e salute nell'ambiente di lavoro, del 1989, è usato il termine partecipazione, definita «equilibrata» (che altri hanno preferito qualificare come partecipazione «specializzata») ⁽¹²⁾ per indicare qualcosa di ulteriore rispetto alla consultazione, prevista nella stessa norma, e cioè un coinvolgimento istituzionalizzato attraverso rappresentanti eletti o designati dal sindacato ⁽¹³⁾. Sono seguite ad anni di distanza le direttive sui sistemi di coinvolgimento nella SE e quindi nella SCE, che accompagnano i relativi regolamenti, n. 2157/2001 e n. 1453/2003, e soprattutto la direttiva quadro n. 2002/14, che ha come obiettivo il completamento e il rafforzamento dei diritti di informazione e consultazione in via generale e non più soltanto in casi specifici; direttiva sull'istituzione dei CAE o su una procedura per l'informazione e la consultazione di lavoratori nelle imprese o gruppi di imprese comunitarie è stata oggetto di una proposta di rifusione (n. 141/2008), che ha trovato però molte difficoltà e la Commissione prima di giungere alla nuova direttiva (n. 2009/38) del 6 maggio 2009 è stata costretta ad agire in modo più *soft* con comunicazioni e suggerimenti applicando anche in questo caso il metodo di coordinamento aperto. Ciononostante la partecipazione costituisce oramai una *parte essenziale* della strategia comunitaria in materia di politica sociale ⁽¹⁴⁾ e un punto di non ritorno. Da queste direttive si possono ricavare alcuni principi fondamentali, la definizione di partecipazione e l'applicazione del metodo della sussidiarietà sia in senso verticale che orizzontale.

⁽¹²⁾ M. WEISS, *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, in *q. Rivista*, 2004, 117 ss.

⁽¹³⁾ B. VENEZIANI, *I Comitati Aziendali Europei tra autonomia ed eteronomia*, in *q. Rivista*, 1995, 51.

⁽¹⁴⁾ M. WEISS, *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, cit., 170.

2.1. Le definizioni.

Nelle direttive sulla SE e sulla SCE, per indicare il complesso degli atti che si riferiscono in qualche modo ad una presenza di tipo collaborativo dei lavoratori, viene usato il termine più ampio, ma non generico⁽¹⁵⁾, cioè *involvement*, coinvolgimento, per indicare «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 della società» (articolo 2, lettera *h*, direttiva 2001/86 e direttiva 2003/72). Dopo aver definito informazione e consultazione (lettere *i* e *j*), la partecipazione (lettera *k*) viene indicata come «l'influenza dell'organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei lavoratori nelle attività di una società mediante il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell'organo di vigilanza o di amministrazione della società o il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell'organo di vigilanza della società e/o di opporvisi».

È evidente che qui si tratta della partecipazione organica o forte, e quindi il termine comincia a trovare un significato più preciso⁽¹⁶⁾.

La distinzione e separabilità delle tre forme di coinvolgimento, risalente alla genesi della direttiva, non impedisce il loro collegamento funzionale in quanto soggette allo stesso procedimento di negoziazione dei contenuti previsto dalle direttive.

D'altra parte l'ipotesi che, a livello comunitario, informazione e consultazione siano ormai diritti distinti dalla partecipazione in senso stretto, trova riscontro nella direttiva 2002/14, ove è previsto l'inserimento solo di quei diritti nelle imprese nazionali, sia pure escludendo le piccole e medie, le organizzazioni di tendenza e i datori di lavoro pubblici che forniscono attività e servizi non economici (diciannovesimo e ventiquattresimo "considerando").

Sembra potersi dire, allora, che la linea attuale dell'UE, con la distinzione tra coinvolgimento e partecipazione, sia intanto realistica e poi utile per superare i contrasti fra contrattazione e partecipazione, poiché coinvolgimento può essere anche il risultato consensuale dell'incontro fra interessi contrapposti che, come avviene sempre nell'esperienza della volontà contrattuale, è un risultato condiviso.

⁽¹⁵⁾ *Contra*, sul punto, A. PIZZOFERRATO, *La fine annunciata del modello partecipativo nello statuto della società europea*, in *RIDL*, 2004, I, 35 ss.; R. PESSI, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, cit.

⁽¹⁶⁾ *Contra* P. TOSI, *La nuova Società Europea e le relazioni industriali in Italia*, in *ADL*, 2004, 500 e 507.

E, in fondo, anche i processi di negoziazione che devono portare all'informazione, consultazione e partecipazione sono una forma di contrattazione collettiva.

Sul versante delle azioni collaborative, l'informazione e la consultazione si fondano sull'esistenza di soggetti e organismi portatori di interessi diversi o anche contrapposti, quello del *management*, che deve dare informazioni, ascoltare i pareri e anche prenderli in considerazione per le decisioni che riguardano gli interessi della società e quelli degli organismi di rappresentanza dei lavoratori, che da quelle decisioni dipendono. L'ultimo anello di questa catena che è il coinvolgimento dei lavoratori resta quello della partecipazione organica, la cui massima espressione sono la codecisione e la cogestione.

Ma non c'è contraddizione se tutto concorre al bene comune.

2.2. Il metodo.

Per superare le difficoltà e inserire la partecipazione vera e propria nella disciplina della SE e in quella cooperativa oltre i diritti di informazione e consultazione, l'Unione europea ha operato una scelta di flessibilità, affiancando ai regolamenti le direttive, che sono però da considerarsi come parte integrante e indissociabile da quelli e la cui applicazione deve essere contemporanea.

Che il coinvolgimento dei lavoratori abbia «carattere fisiologico»⁽¹⁷⁾, o sia «strutturalmente vincolato» alla SE⁽¹⁸⁾ è confermato dall'articolo 12, § 2, del regolamento n. 1257, il quale esclude che si possa procedere all'iscrizione di una SE se non è stato contestualmente depositato l'accordo sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori, compresa la partecipazione, concluso ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2001/86, salvo che la delegazione speciale di negoziazione abbia deciso a maggioranza di non aprire negoziati o di porre termine a quelli in corso (articolo 3, § 6, direttiva 2001/86), oppure che, trascorso il periodo previsto per i negoziati, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva, non sia stato concluso l'accordo, e salvo ancora il caso che nessuna delle società partecipanti sia stata soggetta a norme di partecipazione prima

⁽¹⁷⁾ M. BIAGI, *Comunitaria 2001: Società Europea e coinvolgimento dei lavoratori*, in *GLav*, 2002, 4.

⁽¹⁸⁾ F. GUARRIELLO, *La direttiva sulla partecipazione dei lavoratori nella Società europea*, in *RDImpresa*, 2003, 2, 392.

dell'iscrizione alla SE (articolo 12 del regolamento, § 3, e lettera *b* della parte terza dell'allegato della direttiva).

Inoltre si prevede il c.d. principio del "prima/dopo" (diciottesimo "considerando")⁽¹⁹⁾, secondo cui l'applicazione delle direttive non deve ledere altri diritti di coinvolgimento, né le strutture di rappresentanza contemplate dalle leggi e dalle prassi nazionali e comunitarie (quindicesimo "considerando") e deve inoltre garantire i diritti acquisiti dai lavoratori in materia di coinvolgimento prima della costituzione di una SE.

Le due direttive seguono lo schema della direttiva sui CAE per le procedure, i soggetti collettivi destinatari delle informazioni, il contenuto di esse, le modalità della consultazione, ma sono, contemporaneamente, un completamento e un passo avanti rispetto ad essa, tanto che il quattordicesimo "considerando" della direttiva 2001/86 e il diciassettesimo della n. 2003/72 prevedono il venir meno della sua applicazione qualora la SE, le sue affiliate e la SCE abbiano previsto l'applicazione delle nuove direttive, a meno che la delegazione speciale di negoziazione (DSN) decida di non iniziare negoziati o di porvi termine (articoli 13 e 15 rispettivamente).

Un ulteriore elemento di duttilità è costituito dalla lettera *b* del § 2 dell'articolo 3: agli Stati membri spetta stabilire le modalità di elezione o designazione dei membri della DSN, che possono essere anche rappresentanti del sindacato non dipendenti da una società partecipante o affiliata.

La direttiva 2001/86 indica la sua base giuridica nell'articolo 308 del Trattato della Comunità europea, ora art. 352, ma alcuni⁽²⁰⁾ ritengono che sarebbe stato meglio far riferimento all'articolo 137, § 3, del Trattato di Amsterdam, ora art. 153, con il diritto delle parti sociali di intervenire e regolare la questione con un accordo e solo in caso negativo applicazione della procedura di codecisione⁽²¹⁾.

Nel caso che non si raggiunga l'accordo si applica la disciplina uniforme prevista negli allegati delle direttive e l'articolo 7, § 2, della n. 2001/86 stabilisce quando e se tali regole debbano essere applicate, con alcuni problemi specialmente nel caso di fusione (che era quello su cui si ponevano le resistenze della Spagna).

⁽¹⁹⁾ Cfr. però i rilievi critici di P. TOSI, *La nuova Società Europea e le relazioni industriali in Italia*, cit., 501.

⁽²⁰⁾ M. WEISS, *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, cit., 162.

⁽²¹⁾ M. BIAGI, *Società europea, partecipazione e relazioni industriali in Italia e in Europa*, in L. BORDOGNA, F. GUARRIELLO, *Aver voce in capitolo. Società europea e partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Edizioni lavoro, Roma, 2003, 39.

Si è trovata (nono “considerando”) una soluzione di compromesso, l’*opting out*, secondo cui gli Stati membri possono prevedere che le disposizioni di cui alla parte terza dell’allegato non si applichino in caso di fusione, per il quale allora tutto resta affidato all’accordo, che comunque è necessario per l’iscrizione della SE e della SCE⁽²²⁾.

L’accordo non è soggetto, tranne disposizione contraria in esso contenuta, alle norme di riferimento che figurano nell’allegato: un chiaro esempio di sussidiarietà orizzontale, cioè di ricorso alla legge solo dopo che le parti sociali hanno rinunciato ad intervenire⁽²³⁾. Infatti, il legislatore comunitario predispone una disciplina minima per permettere agli Stati membri di procedere ad una attuazione che tenga conto delle condizioni delle normative interne: così nella n. 1994/45 sui CAE e ora nella direttiva di rifusione n. 2009/38 si prevede che siano le norme interne e/o le prassi nazionali a stabilire le modalità di scelta dei rappresentanti e i criteri di calcolo dei dipendenti.

In conformità del principio di sussidiarietà orizzontale si prevede un contesto di sostanziale interazione tra fonte autonoma ed eteronoma con interventi sostitutivi o integrativi e viceversa suppletivi ogni qualvolta possano essere compromessi i risultati attesi: così nelle direttive sui CAE si rinvia all’accordo tra la DSN e la direzione centrale il compito di determinare il campo di azione, la composizione, le attribuzioni, la durata del mandato, il luogo e la frequenza delle riunioni dei CAE. Anche se il rinvio alla fonte pattizia non è in questo caso senza limiti perché l’articolo 6, § 2, indica su quali argomenti deve intervenire l’accordo scritto. Le prescrizioni minime rappresenterebbero lo zoccolo duro dei diritti riconosciuti alle rappresentanze e garantirebbero una procedura di informazione e consultazione e nello stesso tempo funzionano come una *safety net* nel caso di fallimento delle negoziazioni e di sanzione in caso di atteggiamento delle parti non collaborativo⁽²⁴⁾. Dalla prassi applicativa si è avuta la conferma dell’effetto incentivante di tali prescrizioni poiché non ne è stata necessaria l’applicazione in via sussidiaria.

Nelle direttive sulla SE e sulla SCE, nell’ottica suddetta possiamo ricordare il principio del “prima/dopo” e dell’*opting out*; così composizione, attribuzioni e modalità di informazione, consultazione e parteci-

⁽²²⁾ M. WEISS, *La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea*, cit., 165.

⁽²³⁾ A. PIZZOFRERATO, *La fine annunciata del modello partecipativo nello statuto della società europea*, cit., 38.

⁽²⁴⁾ M. WEISS, *Le prospettive del diritto del lavoro e delle relazioni industriali in Europa*, in *q. Rivista*, 2001; A. PIZZOFRERATO, *La fine annunciata del modello partecipativo nello statuto della società europea*, cit., 35 ss.

pazione sono regolate nell'accordo costitutivo tra gli organi delle società partecipanti e la delegazione speciale di rappresentanza dei lavoratori, mentre la composizione dell'organo di rappresentanza, oltre che i contenuti dell'informazione, consultazione e partecipazione sono definiti nell'accordo con la delegazione speciale di negoziazione. Nella direttiva 2002/14⁽²⁵⁾ le disposizioni ivi contenute possono essere derogate *in melius* sia nella fase di recezione sia in quella dell'applicazione, i soggetti titolari dei diritti sono «i rappresentanti dei lavoratori previsti dalle leggi e/o prassi nazionali» e gli Stati sono lasciati liberi di definire anche la tutela e l'apparato sanzionatorio; agli Stati membri è stata riconosciuta la possibilità di configurare i propri sistemi di coinvolgimento: così la Germania e l'Austria si sono limitate a dire che il proprio diritto interno è già conforme, mentre l'Italia e la Gran Bretagna hanno potuto affidare alle parti sociali il compito di definire le modalità di informazione e consultazione, dalla realizzazione delle quali però non si può prescindere. Così la direttiva “promuove” la costituzione di rappresentanze interne, nei luoghi di lavoro, ma “permette” agli Stati che ne sono privi di limitarsi a crearle solo nelle imprese con più di 150 addetti o agli stabilimenti che ne occupino più di 100 fino al 23 marzo 2007 o successivamente a tale data 100 o rispettivamente 50. Nella proposta di rifusione, avanzata dal Parlamento europeo il 2 luglio 2008 al fine di garantire l'effettività dei diritti di informazione e consultazione, di alzare la percentuale di creazione dei CAE e di migliorare l'articolazione tra le direttive in materia si è proposto di limitare la competenza dei CAE alle sole questioni di rilevanza transnazionale e di introdurre una “articolazione” tra livello nazionale e transnazionale che venga definito successivamente mediante accordi aziendali.

In realtà la Commissione sull'ipotesi di una nuova direttiva ha trovato, come si è detto, un contrasto nelle organizzazioni datoriali che al contrario hanno preferito accordarsi con le organizzazioni dei lavoratori su buone prassi che hanno poi costituito la base per la Commissione per la presentazione di ulteriori proposte.

La Commissione ha elaborato diverse opzioni, finendo per scegliere di procedere ad una revisione della legislazione in vigore come si è già detto attraverso un intervento *soft* a carattere non normativo con comunicazioni e suggerimenti: si è trattato di definire meglio il concetto di “informazione” e di “consultazione” e il ruolo dei rappresentanti dei la-

⁽²⁵⁾ A. GABRIELE, *Profili della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: tra ordinamento comunitario e prassi applicative nazionali*, in *IPrev*, 2006, 141 ss.

voratori e di chiarire le norme che presiedono alla negoziazione degli accordi per l'istituzione dei comitati e all'adeguamento delle prescrizioni accessorie. La Commissione ritiene che queste iniziative servano a promuovere l'anticipazione e l'adattamento nei confronti dei cambiamenti che le imprese e i lavoratori si trovano ad affrontare e che il coinvolgimento dei lavoratori contribuisca al miglioramento del dialogo sociale nell'impresa transnazionale allo sviluppo di un clima che favorisca la ricerca di soluzioni che concilino flessibilità e sicurezza.

2.3. La partecipazione e i diritti fondamentali.

Si è già detto che oramai la partecipazione costituisce una "parte essenziale" della strategia comunitaria in materia di politica sociale; politica che trova il suo fondamento nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Nizza, 2000) e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (Strasburgo, 1989), che, insieme con la Carta sociale europea, costituiscono il fondamento della politica sociale europea (preambolo Trattato e articolo 136 Trattato Amsterdam, ora articolo 152).

Nella Carta comunitaria, mentre c'è una vera proclamazione di diritti per la libertà sindacale, la negoziazione e la conclusione dei contratti collettivi e lo sciopero, si afferma invece genericamente (il termine usato è *occorre*) la necessità della informazione, consultazione e partecipazione, specialmente per le imprese o gruppi di imprese che hanno stabilimenti in più Stati membri della UE (articolo 17). Ma nell'articolo 18 si individuano i casi in cui si devono realizzare tali forme di coinvolgimento dei lavoratori, sempre inerenti a materie limitate ai problemi di interesse dei lavoratori.

Nella Carta sociale revisionata, più esplicitamente, accanto alla affermazione del *droit syndical* e del *droit de négociation collective* (articoli 5 e 6), si affermano sia *le droit à la information* e *à la consultation* all'interno dell'impresa (articolo 21), sia il diritto a *prendre part* alla determinazione e al miglioramento delle condizioni e della organizzazione del lavoro, alla protezione della salute e della sicurezza nell'ambiente, al controllo sull'applicazione della normativa in materia. Interessante l'uso dei termini: nella rubrica dell'articolo 22 si usa *prendre part*, mentre all'interno della norma si dice *contribuer* in modo più *soft*.

Significativo è che l'informazione e la consultazione possano avere come oggetto la situazione economica e finanziaria dell'impresa oltre a

quella dell'occupazione e alle decisioni che sono suscettibili di incidere sugli interessi dei lavoratori.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, però, la partecipazione sparisce e vengono affermati con più decisione come diritti l'informazione e la consultazione (articolo 27) in tempo utile e nei casi previsti dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali, insieme al diritto di negoziazione ed azione collettiva (articolo 28), compreso lo sciopero.

Quindi la partecipazione, intesa come qualcosa di ulteriore rispetto all'informazione e consultazione, non viene annoverata fra i diritti fondamentali da riconoscere da parte degli Stati membri. Inoltre la collocazione dei diritti di informazione e consultazione immediatamente prima di quelli alla negoziazione collettiva fa pensare che si prenda in considerazione una libertà e attività precipuamente riconosciute a soggetti autonomi, unilaterali e contrapposti, che si possono incontrare per informarsi, consultarsi, negoziare ed anche confliggere, se necessario, ma non condividere deliberazioni, amministrazioni, gestioni.

La cautela, ma anche la determinazione con la quale l'UE ha perseguito questo obiettivo sono segno da un lato degli ostacoli che il diritto comunitario incontra nel settore delle relazioni industriali e della politica sociale in generale, per la enorme diversità degli ordinamenti giuridici nazionali, l'opposizione delle imprese ai costi economici, la diffidenza delle organizzazioni sindacali, il ritardo culturale della stessa forza lavoro, dall'altro per la convinzione che, se è difficile costruire per le imprese che agiscono a livello comunitario o multinazionale un modello di relazioni industriali basato sulla contrattazione collettiva, più semplice appare instaurarne uno partecipativo o collaborativo, almeno come primo approccio, e perseguire relazioni industriali basate sulla collaborazione.

3. La compatibilità con l'ordinamento italiano.

3.1. L'articolo 46 della Costituzione.

La compatibilità con l'ordinamento italiano del diritto comunitario in materia si pone innanzitutto dal confronto con l'articolo 46 della Costituzione ⁽²⁶⁾; si è detto che esso è una norma indeterminata ⁽²⁷⁾ o ancora

⁽²⁶⁾ Cfr. L. MENGONI, *I limiti al potere dell'imprenditore: confronto tra il modello dello Statuto dei lavoratori ed il modello dell'art. 46 cost.*, cit., 145; G. PERA, *Sulla*

che è una norma di principio con necessario rinvio alla legge ordinaria dei modi, contenuti e limiti cosicché restano indeterminati gli elementi qualificativi della collaborazione, quali ad esempio l'oggetto e il collegamento con l'azione sindacale⁽²⁸⁾; ed infine che collaborare è una espressione polisensa, perché può andare dall'informazione alla cogestione⁽²⁹⁾. In realtà la norma costituzionale contiene una formula aperta⁽³⁰⁾, che ricorda quella dell'articolo 38 e lascia al legislatore ampia discrezionalità d'intervento.

Infatti ha consentito e giustificato, nel tempo, interventi sia legislativi sia contrattuali latamente partecipativi, come i diritti di informazione e consultazione⁽³¹⁾, senza preoccupazioni di legittimità costituzionale. E può permettere, oggi, di applicare il diritto comunitario senza strappi o condizionamenti.

Così la norma potrebbe adattarsi sia al modello in cui la collaborazione avviene all'interno dei processi formativi delle decisioni del *management*, con l'elezione di rappresentanti aventi poteri consultivi e di voto, sia attraverso posizioni e pressioni esterne volte a influenzare le decisioni, con o senza la conclusione di contratti collettivi⁽³²⁾.

3.2. Autonomia collettiva e partecipazione.

Per quanto riguarda la problematica dei rapporti fra autonomia collettiva e collaborazione che si ritiene solo il legislatore ordinario potrebbe

partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, in RIDL, 1977, I, 109 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978; più recentemente si vedano le osservazioni di M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 Cost. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in RIDL, 2005, I, 427 ss.

⁽²⁷⁾ F. CARINCI, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 2002.

⁽²⁸⁾ T. TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, in *GComm*, 1988, 785.

⁽²⁹⁾ G. MAZZONI, *Conclusioni del problema italiano: difficoltà a ridurre ad unità l'indirizzo conflittuale aziendale espresso dallo Statuto dei lavoratori con quello partecipativo previsto dall'art. 46 della Costituzione*, cit., 239.

⁽³⁰⁾ Volutamente, per T. TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, cit., 785.

⁽³¹⁾ Cfr. sul punto V. SIMI, *Il principio costituzionale della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, cit., 6, nonché la bibliografia ivi citata.

⁽³²⁾ G. GHEZZI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: il problema di una nuova "lettura" dell'art. 46 della Costituzione*, in C. ASSANTI, F. GALGANI, G. GHEZZI, C. SMURAGLIA, *La democrazia industriale. Il caso italiano*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, 96.

coordinare, si deve dire che il rinvio alla legge, anzi alle leggi, contenuto nell'articolo 46 della Costituzione non può precludere alla contrattazione collettiva di creare procedure di partecipazione esterna o anche organismi partecipativi a livello di organi societari.

Infatti nel sistema delle fonti del diritto del lavoro i rapporti fra queste e, in particolare, fra legge ed autonomia collettiva si possono leggere in termini di sussidiarietà reciproca⁽³³⁾, orizzontale e verticale, e quindi di preferenza per la più vicina, quella autonoma, mentre quella più lontana, la legge, interviene quando necessario, non per reprimerla, ma per sostenerla e sopravanzarla. Il richiamo alla legge nell'articolo 46 della Costituzione non è una riserva, ma un invito o un mandato, simile ad altri rimasti inattuati (articolo 39 della Costituzione), se non apertamente traditi (articolo 36, comma 2) e di per sé non preclusivo, salvi i limiti eventualmente stabiliti dalla legge, dell'intervento, come fonte regolatrice, dell'autonomia collettiva. Semmai è la struttura di quest'ultima a dover essere ripensata nella prospettiva della partecipazione, con adattamento, volta per volta, al tipo di questa, così spiegando ed inquadrando anche la necessità, per la realizzazione degli interessi comuni, di attività a loro volta comuni e di organismi appositi. Si tratta di rivedere le modalità con cui la rappresentanza degli interessi dei lavoratori in relazione alla gestione dell'impresa si può e si deve manifestare.

Dalla nozione di autonomia collettiva come sintesi di interessi finali e non strumentali discende che la rappresentanza non è un fine, ma uno strumento per raggiungere il fine, cioè la partecipazione dei lavoratori nella gestione delle imprese. Quindi la rappresentanza deve trovare forme adeguate per raggiungere quel fine, anche se non sono quelle tradizionali.

Il diritto comunitario sembra aver chiaro che la partecipazione, proprio come cogestione, sia una forma di rappresentanza e di difesa collettiva, da intendersi come una endiadi, degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro (articolo 136). Infatti nel quindicesimo "considerando" della direttiva 2001/86, affermando che essa non lede necessariamente altre strutture di rappresentanza esistenti, si indica la possibilità che esistano diversi organismi ed anche, forse, la tendenza a considerare superiori quelli per la partecipazione.

Nel sistema italiano, non può esserci contraddizione fra l'articolo 46 e l'articolo 39 della Costituzione, comma 1. Entrambi sono espressioni della garanzia di cui all'articolo 3, comma 2, come partecipazione

⁽³³⁾ M. DELL'OLIO, *Le fonti del diritto del lavoro*, in M. DELL'OLIO, *Inediti*, Giappichelli, Torino, 2007, 91 ss.

all'organizzazione economica; ma la partecipazione o collaborazione vanno intese come una specie della libertà sindacale e potrebbero coesistere in azienda organismi collettivi e quindi di rappresentanza degli interessi collettivi, distinti e diversi: i primi sono impostati sulla contrapposizione, i secondi sulla collaborazione. Il sistema costituzionale in Italia non si opporrebbe anche al doppio canale. Ma tali forme restano diverse, come sembrano restare tali non tanto la contrattazione e la partecipazione, poiché l'una può essere fonte regolatrice anche dell'altra, quanto, appunto, i tipi o le strutture dei contratti regolatori. E così anche la rappresentanza può e deve seguire canali diversi da quelli propri del contratto strettamente "normativo", cioè regolativo del rapporto di lavoro, arricchendo, senza negarlo, il tradizionale modello bilaterale delle relazioni industriali in Italia. Questo sistema corrisponde alla scelta fatta in sede comunitaria di delegare alle parti sociali in sede di negoziazione l'introduzione dei diritti di partecipazione negli Stati membri, ma la trasposizione delle direttive non si pone in contrasto con la riserva di legge che ancora si volesse ravvisare nella norma costituzionale. Anzi tutte queste forme, come nel quadro comunitario, sembrano volte a realizzare il coinvolgimento dei lavoratori alla gestione delle imprese, salvo suddivisioni. Tuttavia non deve confondersi la convergenza delle fonti con le strutture e i contenuti che ciascuna volta a volta assume.

Perciò il modello italiano può, come in altri campi, essere binario, con contratti, o tipi e parti di contratti, regolanti il rapporto o versante conflittuale, individuale e collettivo, ed altri quello partecipativo, con le relative istituzioni.

3.3. I decreti legislativi di approvazione delle norme comunitarie.

Nell'attuazione delle direttive fin dall'inizio, nel rispetto del modello di relazioni industriali formatosi nel tempo e del principio di sussidiarietà, richiesto anche dalle normative comunitarie, l'Italia è intervenuta attraverso l'autonomia collettiva ed in un secondo momento con decreti legislativi di attuazione della legge comunitaria ⁽³⁴⁾. Rispettando il prin-

⁽³⁴⁾ Ricordiamo l'accordo interconfederale del 27 novembre 1996 con funzione traspositiva della direttiva sui CAE; l'avviso comune delle parti sociali del 2 marzo 2005, per il recepimento della direttiva 2001/86/CE, in cui però si fa riferimento anche e soprattutto alla direttiva 2002/14/CE, cui è seguito il d.lgs. n. 188/2005 e quindi il d.lgs. n. 25/2007 che attua la direttiva 2002/14/CE; ed infine vale la pena ricordare

cipio di sussidiarietà, il decreto legislativo n. 74/2002 sui CAE ⁽³⁵⁾ rinvia all'accordo scritto fra direzione centrale e delegazione speciale di negoziazione per determinare il contenuto dell'informazione e consultazione e indica la rinuncia a introdurre per legge modelli istituzionalizzati e inderogabili.

Anche il decreto legislativo n. 188/2005 prevede che le disposizioni che regolano le procedure di negoziazione tra delegazione speciale e gli organi della società, il contenuto dell'accordo e le condizioni di applicazione vengano attribuite alle organizzazioni sindacali che abbiano stipulato il contratto collettivo nazionale ⁽³⁶⁾.

A differenza della direttiva sui CAE, in questo decreto, la negoziazione con la delegazione viene ad essere parte integrante del procedimento costitutivo di una nuova entità giuridica e perciò il legislatore ha trasferito l'obbligo di avviare la procedura di negoziazione ai consigli di direzione o amministrazione delle società partecipanti alla SE.

Anche nel caso in cui non ci siano rappresentanti sindacali, tenendo conto che l'articolo 3 della direttiva stabilisce che anche in questo caso i lavoratori devono essere posti nelle condizioni di poter eleggere o designare i membri della delegazione speciale di negoziazione, il decreto stabilisce che i membri di essa «possono comprendere rappresentanti dei sindacati che non siano dipendenti delle società partecipanti, né delle loro affiliate o dipendenze». L'unico limite sembra essere l'utilizzo

la l. delega n. 118/2005 sull'impresa sociale che, fra i principi direttivi, indica quello di prevedere forme di partecipazione nell'impresa anche «per i diversi prestatori d'opera e per i destinatari delle attività» e il rispettivo decreto delegato n. 155/2006, che più ampiamente usa il termine coinvolgimento, includendo al suo interno l'informazione, la consultazione e la partecipazione, con una espressione che ricalca la normativa comunitaria. Cfr. in merito P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit., 321 ss.; ID., *Quale partecipazione? Indirizzi comunitari e nuova disciplina dell'impresa sociale*, in V. MEREGATTI, A. SCIALDONE (a cura di), *Lavoro e partecipazione nel d.lgs. n. 155 del 2006*, in *Quaderni Monografici Rirea*, 2007, n. 57.

⁽³⁵⁾ R. DEL PUNTA, *La Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. Profili analitici e sistematici*, in *q. Rivista*, 1995, 71 ss.; S. NEGRELLI, *I Comitati aziendali Europei: primi passi sulla strada delle relazioni industriali sovranazionali*, in *q. Rivista*, 1995, 75 ss.; S. CIUCCIOVINO, *I comitati aziendali europei: il recepimento della direttiva comunitaria n. 45 del 1994*, in *ADL*, 1996, 63 ss.; G. DONDI, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva 94/95/CE*, in *ADL*, 2003, 103 ss.; F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del Comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *LD*, 2005, 631 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. in merito G. BAGLIONI, *Una proposta per la presenza del lavoro negli organi societari*, in *DLRI*, 2005, 483 ss.; F. GUARRIELLO, *Quale partecipazione dei lavoratori negli organi societari in Italia? La proposta Baglioni*, in *DLRI*, 2005, 495 ss.

del verbo “comprendere” che parrebbe escludere una delegazione di soli sindacalisti di professione. È però prevista la possibilità per le «organizzazioni sindacali che abbiano stipulato il CCN di lavoro applicato alle società partecipanti di determinare le modalità di concorso dei lavoratori alla elezione o designazione dei membri della delegazione».

È stato notato che il decreto si discosta dalla direttiva visto che questa sembra attribuire ai lavoratori stessi il diritto di eleggere o designare i membri della delegazione speciale di negoziazione; tuttavia la formulazione della normativa europea non pare indicare una sottrazione della materia della rappresentanza dei lavoratori alla tradizionale competenza degli Stati; l'articolo 4, comma 2, costituisce un riassunto schematico dei possibili contenuti dell'accordo totalmente derogabili: la delegazione speciale di negoziazione e gli organi competenti delle società partecipanti rimangono liberi di distaccarsene e prevedere meccanismi di coinvolgimento diversi da quelli presentati dal testo normativo con l'unico limite, già accennato in precedenza, costituito dalle nozioni di informazione, consultazione e partecipazione e che quindi l'informazione non può avvenire a decisioni già prese e la consultazione non può essere posta di fronte a negoziazioni impossibili.

Così nel decreto legislativo n. 25/2007 ⁽³⁷⁾ che traspone la direttiva 2002/14, il legislatore italiano si è preoccupato di non urtare l'equilibrio sindacale, usando la tecnica del rinvio e finendo addirittura col non dettare le prescrizioni minime richieste dalla normativa.

Dal combinato disposto dell'articolo 1, comma 2, e articolo 4, comma 1, si desume un ampio rinvio alla contrattazione collettiva come criterio ispiratore di fondo per ciò che concerne «le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità ed i contenuti dei diritti di informazione e consultazione riconosciuti ai lavoratori». Il decreto legislativo tuttavia traccia il perimetro delle informazioni e consultazioni e detta alcune regole da osservare.

D'altra parte l'articolo 4 disciplina i contenuti e le modalità dell'informazione e consultazione dei lavoratori per il caso in cui i contratti collettivi non abbiano provveduto ovvero non siano applicabili.

In questo caso il decreto si presenta molto aderente all'articolo 4 della direttiva, anche se non manca di apportare delle piccole modifiche reputate delle migliorie.

⁽³⁷⁾ Su tale provvedimento normativo cfr. M. NAPOLI, *Note introduttive. L'informazione e la consultazione sono un diritto (L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori – d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25)*, in *NLCC*, 2008, 843 ss., nonché gli altri contributi di commento a specifiche parti del decreto pubblicati nella medesima rivista.

4. Gli indirizzi in materia di partecipazione finanziaria in Europa e in Italia.

L'Unione europea usa il termine partecipazione anche quando vuole promuovere forme di distribuzione ai lavoratori dei profitti e dei risultati dell'impresa (inclusa anche quella al capitale), quale «partecipazione indiretta dei dipendenti ai risultati dell'impresa tramite dividendi e/o plusvalenze sul capitale detenuto dal dipendente».

Lo ha fatto, nel 1992, con la raccomandazione del Consiglio n. 443 e con la comunicazione della Commissione COM(2002)364 def del 5 luglio 2002, *Quadro per la promozione della partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti*, risultata da un confronto con il Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale. Vi giunge dopo una serie di rapporti c.d. PEPPER ⁽³⁸⁾ degli anni Novanta e da ultimo del 2008, in cui si offre una dettagliata descrizione delle forme e delle tipologie di partecipazione finanziaria in Europa, che variano notevolmente in relazione alle normative interne in materia fiscale e dei sistemi di relazioni industriali ⁽³⁹⁾.

Dai documenti comunitari emerge un'idea di partecipazione sostanzialmente limitata alla dimensione economica e riferita a forme retributive: attribuzioni che si aggiungono, infatti, alla retribuzione, parametrate sul rendimento o sulla produttività dell'impresa, con funzione incentivante e compensativa dell'apporto produttivo dei lavoratori, ma non del loro coinvolgimento.

Totalmente estraneo all'orizzonte appare però qualsiasi profilo di codecisione sulle scelte aziendali o imprenditoriali e la valorizzazione delle parti sociali e il potenziamento del dialogo sociale sono, quindi, funzionali solo al miglior risultato della partecipazione finanziaria, senza però nessuna possibilità di incidere sulle finalità. Anche alcuni obiettivi generali che la Commissione intende porre in essere tramite «azioni» fanno riferimento solo a forme di fatto retributive. Le prospettive future cui giunge l'ultimo Rapporto sono relative ad una nuova raccomandazione del Consiglio su di una piattaforma europea che utilizzi il *Building Block Approach*, considerato un elemento del modello sociale europeo, con la possibilità di ricorrere ad incentivi economici per incoraggiare la partecipazione che resta facoltativa.

⁽³⁸⁾ *Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*. I documenti europei sono rintracciabili in *Boll. Adapt*, 9 ottobre 2009, n. 12, in www.adapt.it.

⁽³⁹⁾ V. FERRANTE, *Forme e finalità dell'azionariato dei dipendenti nell'ordinamento italiano e nell'esperienza comparata*, in *Jus*, 2000, 243 ss.

In Italia ⁽⁴⁰⁾ il Governo, nel Libro Bianco, si era posto il problema della mancanza di una disciplina organica, ritenendo utile verificare modalità di partecipazione finalizzate a “fidelizzare” figure apicali o chiave anche in piccole imprese e unità artigiane, riconoscendo che il nodo è costituito dall’alternativa fra l’azionariato collettivo e quello individuale.

Allo stato attuale il codice civile, quale risulta dalla riforma del diritto societario (decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6), distingue tre ipotesi di azionariato dei dipendenti, ma a giudizio unanime ⁽⁴¹⁾ questo è regolato dal legislatore sulla base di modelli prettamente individualistici, caratterizzati «dalla netta separazione tra rapporto societario e rapporto di lavoro», anche se in coesistenza temporale ⁽⁴²⁾.

Invece, per quanto concerne la partecipazione dei lavoratori azionisti agli organi di gestione della società, nessun rilievo è assegnato ai lavoratori come *categoria* specifica di azionisti, portatori o portatrice di interessi specifici ⁽⁴³⁾. L’unico punto di riferimento può trovarsi nell’istituto del voto di lista (articolo 4 della legge 30 luglio 1994, n. 474 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, recante *Norme per l’accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*), reso obbligatorio per le società pubbliche “privatizzate”.

Anche attraverso l’articolo 141 del Testo Unico citato si potrebbero considerare gli azionisti dipendenti come «una sia pure atipica categoria connotata da speciali requisiti soggettivi» ⁽⁴⁴⁾. Ma in realtà, la norma, come non si manca di ravvisare, non «comporta alcun riconoscimento dei dipendenti azionisti come collettività organizzata [...] portatrice di una volontà propria e sovraordinata ai singoli» ⁽⁴⁵⁾.

Al di fuori di questa ipotesi, la legge attualmente pone notevoli ostacoli ad una partecipazione agli organi societari dei lavoratori azionisti realizzata tramite atti di autonomia collettiva.

⁽⁴⁰⁾ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Azionariato dei dipendenti: nozione e profili di diritto del lavoro*, in *q. Rivista*, 2000, 3 ss.; Y. FRANCIOSI, *Partecipazione azionaria dei dipendenti: le ragioni di una regolamentazione*, in *q. Rivista*, 2000, 11 ss.

⁽⁴¹⁾ E. GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, 2003, in *RIDL*, 2003, 413 ss.; L. GUAGLIANONE, *L’azionariato dei dipendenti e l’organizzazione sindacale nel diritto inglese*, in *DLRI*, 2000, 36 ss.; A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁽⁴²⁾ E. GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, cit., 413 ss.

⁽⁴³⁾ A. ALAIMO, *op. cit.*; A. PIZZOFERRATO, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governance e democrazia economica*, in *RIDL*, 2005, I, 243 ss.

⁽⁴⁴⁾ E. GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, cit., 413 ss.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

5. Conclusioni.

Da quanto detto fin qui, per il contesto italiano in confronto alle norme comunitarie si può affermare che non ci sono problemi per quanto riguarda l'informazione e la consultazione, anche se le materie per le quali è previsto un obbligo restano nei limiti dell'organizzazione del lavoro e poche volte si entra negli aspetti economici, cui si potrebbe riferire il termine "gestione". Qualche dubbio può nascere in relazione all'introduzione di modelli più fortemente partecipativi negli organi societari delle imprese nazionali e transnazionali. I limiti di carattere normativo, come si è visto, non esistono né sul versante costituzionale del rapporto con l'autonomia collettiva né in quello della legislazione ordinaria specialmente dopo la riforma del diritto societario (introdotta con i decreti legislativi n. 5/2003 ⁽⁴⁶⁾, corretti e integrati dal decreto legislativo n. 37/2004 e ultimata con quello n. 310/2004). Infatti questa, pur non avendo disposto nulla sui modelli di partecipazione dei lavoratori, ha introdotto la facoltà di scegliere, con gli statuti, accanto al modello monistico tipico della tradizione italiana, anche quello dualistico ed ha offerto una chance in più.

Il nuovo regime, che prevede la possibilità di inserire nel nostro ordinamento il modello c.d. renano, potrebbe facilitare l'istituzione di forme anche di partecipazione organica nel Consiglio di sorveglianza, data la problematicità della presenza dei lavoratori nei consigli di amministrazione, come si dovrebbe ipotizzare in un sistema monistico, per il confronto (o scontro?) che si avrebbe con gli organismi di base sindacali e non ⁽⁴⁷⁾.

Lo spazio della partecipazione è ancora totalmente da scoprire e aperto alle più diverse realizzazioni ⁽⁴⁸⁾: non si tratta né di negare la dimensione conflittuale del nostro sistema di relazioni industriali, né di ipotizzare interventi ad esso antagonistici ⁽⁴⁹⁾, quanto di riconoscere che il pluralismo sindacale, garantito dall'articolo 39 della Costituzione, è aperto a nuovi e non predefinibili scenari, in una prospettiva di sussidiarietà orizzontale che ha consentito la valorizzazione della organizzazione sindacale nelle sue forme classiche e non può per ciò solo diventare

⁽⁴⁶⁾ Gli artt. da 1 a 33, 41, comma 1, e 42 riguardanti le controversie sono stati abrogati dalla l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁽⁴⁷⁾ Sulle trasformazioni dell'impresa, si veda M. MAGNANI, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *DL*, 2005, 135 ss.

⁽⁴⁸⁾ A. VALLEBONA, *Conflitto e partecipazione*, in *RIDL*, 2005, 307 ss.

⁽⁴⁹⁾ R. PESSI, *La partecipazione negoziale tra esperienze nazionali e indirizzi comunitari*, cit.

ora limite a ulteriori realizzazioni. Quanto al nesso tra partecipazione finanziaria e collaborazione alla gestione delle imprese, anche in forma collettiva, il disinteresse può dirsi un portato, più che di una preclusione normativa, del prevalere della logica conflittuale e quindi anche della «partecipazione conflittuale»⁽⁵⁰⁾ nell'elaborazione teorica, nella prassi e nella traduzione normativa: in effetti il possesso di quote o azioni della società rende il lavoratore partecipe degli interessi e delle sorti dell'impresa su un piano diverso da, ed in parte non coincidente con, quello su cui si colloca l'interesse collettivo-sindacale, così come storicamente si è affermato nel nostro contesto.

E d'altra parte vi ha contribuito anche la struttura piramidale dell'impresa italiana⁽⁵¹⁾.

Pur riconoscendo il peso e l'influenza che la tradizione di un sistema di relazioni industriali incentrato sullo strumento della contrattazione collettiva non può non avere sulla ricezione di modelli o schemi in senso ampio partecipativi⁽⁵²⁾, oggi non sembra dubbio che anche l'azionariato dei dipendenti possa essere ricondotto all'interno della collaborazione alla gestione delle imprese, sancita dalla norma costituzionale⁽⁵³⁾.

Va sottolineato come fosse già in origine evidente che la partecipazione dei lavoratori, per essere tale, presuppone e sottende una dimensione ultraindividuale o *lato sensu* collettiva.

Tuttavia, quella di privilegiare le forme individuali, di per sé, resta un'opzione reversibile, non sussistendo ostacoli giuridici ad una diversa scelta del legislatore ordinario. La partecipazione ai sensi dell'articolo 46 della Costituzione implica la positiva valutazione da parte dell'ordinamento dell'esistenza e rilevanza di un interesse di gruppo o collettivo.

Peraltro la dimensione collettiva evocata non si identifica necessariamente nelle forme con cui tradizionalmente si è espressa nel nostro ordinamento.

Occorre un salto di qualità nella percezione di sé delle parti sociali e un po' più di fantasia nelle relazioni industriali. Un utile ausilio in questo

⁽⁵⁰⁾ L. MENGONI, *I limiti al potere dell'imprenditore: confronto tra il modello dello Statuto dei lavoratori ed il modello dell'art. 46 cost.*, cit., 145.

⁽⁵¹⁾ A. PENDLETON, *Politica e pratiche di partecipazione finanziaria in Europa*, in *q. Rivista*, 2002, 221.

⁽⁵²⁾ L. GUAGLIANONE, *L'azionariato dei dipendenti e l'organizzazione sindacale nel diritto inglese*, cit., 36 ss.

⁽⁵³⁾ A. ALAIMO, *op. cit.*; T. TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, in *GComm*, 1988, 785 ss.

senso può venire dalla contrattazione decentrata, sempre in termini di sussidiarietà orizzontale.

La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano – Riassunto. *L'A. muove nella propria indagine dalla constatazione che il dibattito politico e sociale sulla partecipazione come strumento di democrazia industriale o economica tende a riprendere forza in momenti di crisi o comunque di difficoltà; per contro, il clima di solidarietà si spezza di fronte al miglioramento delle condizioni economiche generali, situazione in cui l'obiettivo di favorire anche le condizioni dei lavoratori determina un'azione sindacale di tipo più rivendicativo dall'esterno dell'azienda. La difficoltà maggiore, in tali contesti, consiste nel far convergere logiche di rappresentanza e azione sindacale collettiva, già sperimentate, con l'esperienza collaborativa. Sulla base di tale premessa, l'A. ricorda che l'azione comunitaria si è intensificata a cavallo degli anni Ottanta e Novanta e che tale azione si è infine realizzata nell'adozione della direttiva sui Comitati Aziendali Europei, quella sulla informazione e consultazione dei lavoratori nelle aziende e soprattutto con quella sulla SE. L'A. ripercorre le tappe del cammino dell'Unione europea verso la partecipazione, intesa come coinvolgimento, ancora lastricato di difficoltà. Tratteggiato il quadro definitorio di tali direttive, è sottolineata la distinzione sottintesa a tali definizioni tra coinvolgimento e partecipazione. Si tratta di una distinzione realistica e utile per superare i contrasti fra contrattazione e partecipazione, poiché il coinvolgimento può essere anche il risultato consensuale dell'incontro fra interessi contrapposti che, come avviene sempre nell'esperienza della volontà contrattuale, è un risultato condiviso. L'A. esamina successivamente la compatibilità del diritto comunitario con l'ordinamento italiano a partire dall'art. 46 Cost. La struttura dell'autonomia collettiva dovrebbe essere ripensata nella prospettiva della partecipazione, con adattamenti, volta per volta, al tipo di questa, così spiegando ed inquadrando anche la necessità, per la realizzazione degli interessi comuni, di attività a loro volta comuni e di organismi appositi. Si tratta di rivedere le modalità con cui la rappresentanza degli interessi dei lavoratori in relazione alla gestione dell'impresa si può e si deve manifestare. Il modello italiano può, come in altri campi, essere binario, con contratti regolanti il rapporto o versante conflittuale, individuale e collettivo, ed altri quello partecipativo, con le relative istituzioni.*

Workers' participation: EU law and the Italian legal system (Article in Italian) – Summary. *This paper argues that the social and political debate over participation as an instrument of economic and industrial democracy gains momentum during economic downturn or difficulty. However, the climate of mutual support is called into question once overall economic conditions improve, as the opportunity to improve workers' conditions causes union action to become more intense. One of the main difficulties is to reconcile representation issues and union collective actions with employee involvement in decision-making. On these premises, the author recalls that union activity at a Community level encouraging workers' participation intensified between the Eighties and the Nineties, with the enforcement of EWC Directive, and the Directives on information and consultation and on the European company. The paper also outlines the arduous attempt by the European Union to achieve the full implementation of participation, regarded as workers' involvement in management. In this*

connection, after examining the definitions provided by the Directives, the implied difference between involvement and participation is pointed out. This distinction represents a pragmatic and useful instrument to overcome the conflict between bargaining and participation. As a consensus resulting from contrasting interests, involvement leads to a shared result, as is usually the case if we consider the contractual intent of the parties. The paper also analyses the relationship between the Italian legal system with EU law, with special reference to Article No. 46 of the Constitution. Collective labour agreements should be reconsidered from a different perspective that would include various forms of participation, in order to justify and frame the need for shared activities and the setting up of ad hoc bodies, aimed at identifying a common interest. There is a need to review procedures for the representation of workers' claims, also taking company management into account. As in other fields, the Italian model should be implemented through a binary system, negotiating agreements that regulate both individual and collective relationships, and participatory models and institutions.

La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna

Giampiero Proia

Sommario: **1.** Il contesto socio-economico di riferimento. – **2.** Partecipazione e conflittualità. – **3.** La partecipazione nella Costituzione. – **4.** Partecipazione debole. – **5.** Partecipazione forte. – **6.** L'influenza comunitaria. – **7.** Partecipazione azionaria. – **8.** Incentivi alla partecipazione. – **9.** Riflessioni conclusive.

1. Il contesto socio-economico di riferimento.

Il tema della partecipazione dei lavoratori si presta ad essere trattato, ed effettivamente è stato trattato, da visuali diverse, essendo il crocevia nel quale si intersecano analisi ed interessi di variegata natura.

È corretto, quindi, avvertire che scopo di questo scritto è seguire l'invito implicitamente contenuto nel titolo del convegno che ne ha costituito l'occasione, tentando di offrire al dibattito qualche riflessione utile per costruire un *ponte* tra il piano della *realtà* e quello delle *prospettive*, ossia tra *analisi della normativa* e *scenari evolutivi*.

Quasi inevitabile è, allora, adottare un approccio diacronico per cercare di rintracciare, sia pure in modo approssimativo e schematico, le scelte di fondo espresse dagli interventi (e dai mancati interventi) del nostro legislatore e, attraverso di esse, le linee di tendenza dell'ordinamento.

2. Partecipazione e conflittualità.

È constatazione comune che, sia prima che dopo la parentesi del periodo corporativo, le relazioni sindacali in Italia sono state contrassegnate da una forte impronta del metodo conflittuale.

* *Professore ordinario Diritto del lavoro, Università degli Studi "Roma Tre".*

Da un lato, il condizionamento genetico derivante dalla relazione esistente tra parte significativa del movimento sindacale ed obiettivi politici di generale contrapposizione al capitalismo ⁽¹⁾ e, dall'altro, la struttura fragile del nostro sistema imprenditoriale non hanno favorito l'affermazione di esperienze di matura democrazia industriale, altrove diffuse.

È vero che l'*alto* compromesso disegnato dai nostri Padri Costituenti, rifiutando l'idea dello Stato classista, si fonda senza tentennamenti sul principio del pluralismo, anche in materia sindacale, essendo stata riconosciuta tanto la via del conflitto, quanto la via della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende ⁽²⁾, sia pure accompagnando ciascuno di quei riconoscimenti con una riserva di legge di controversa interpretazione.

Tuttavia, profondamente diversi sono gli effetti giuridici derivanti dalla inattuazione che ha accomunato, nella stessa sorte, entrambe quelle riserve.

La natura precettiva dell'articolo 40 della Costituzione e la configurazione del diritto di sciopero come diritto assoluto (sul piano dei diritti della persona) e come diritto potestativo (sul piano dei rapporti obbligatori) hanno consentito che il suo esercizio fosse liberamente ed immediatamente fruibile, anche in assenza delle leggi che avrebbero dovuto regolarlo. La *via* del conflitto (che, per definizione, è un'azione unilaterale e, quindi, non necessita di alcuna cooperazione da parte dell'antagonista) ha potuto essere percorsa sostanzialmente senza ostacoli (salvi i limiti elaborati dalla giurisprudenza costituzionale), e talvolta anche poco coscienziosamente (anche a causa della enfaticizzazione della teoria della titolarità individuale e, più recentemente, della frammentazione della rappresentanza sindacale).

Ed invece, la natura programmatica dell'articolo 46 della Costituzione, in mancanza di una legge che fissi *modi e termini* con i quali i lavoratori possono collaborare alla gestione dell'impresa «in armonia con le esigenze della produzione», non ha favorito – qualunque sia il significato che si voglia attribuire alla riserva di legge – la costruzione della *via* della partecipazione e l'accesso ad essa.

⁽¹⁾ P. CRAVERI, *Sindacato (storia)*, in *Enc. dir.*, 1990, 659 ss.

⁽²⁾ Da diversi punti di vista, V. SIMI, *Il principio costituzionale della partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, in ID. (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, Maggioli, Rimini, 1982, e G. GHEZZI, *Commento all'art. 46*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1980.

3. La partecipazione nella Costituzione.

In realtà, quello del significato della riserva di legge contenuto nell'articolo 46 è, a mio avviso, un falso problema.

È chiaro che la riserva di legge è assoluta, ed ancora oggi *sacrosanta* ⁽³⁾, ove, per realizzare la norma programmatica dell'articolo 46, si intenda dettare una disciplina prescrittiva dei *modi* e dei *termini* della partecipazione, tale da imporsi anche alla autonomia privata.

Ma se si tiene conto che l'autonomia negoziale e, in specie, quella collettiva (articolo 39 della Costituzione) sono anch'esse riconosciute dalla Costituzione (articoli 41 e 39), non vi può essere dubbio che, quantomeno per esigenze di bilanciamento tra i diversi diritti costituzionali, la riserva dell'articolo 46 non può essere letta come preclusiva della libertà delle parti di introdurre, a fianco o in sostituzione del modello conflittuale, quello partecipativo, nelle varie forme in cui esso può essere declinato ⁽⁴⁾.

Il vero problema è che, in assenza di una sia pur minima base giuridica, i comportamenti delle parti, stretti tra il timore degli imprenditori di cedere porzioni delle proprie prerogative e la contrapposizione ideologica di una parte del movimento sindacale a qualsiasi prospettiva di contaminazione di ruoli, sono quasi naturalmente rifluiti sulla via del conflitto.

Vi è da dire, però, che, per effetto di fatti prevalentemente esogeni, sono registrabili, nel nostro Paese, due momenti di *svolta* che, pian piano, possono riavvicinare il corso della costituzione materiale a quello della costituzione formale.

⁽³⁾ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale*, in *DDPCom*, 1989, IV, 241 ss.

⁽⁴⁾ Si veda, P. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle giornate di studio AIDLASS di Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006, secondo cui «il richiamo alla legge, anzi alle leggi, nell'art. 46, non è una riserva ma un invito o un mandato, simile ad altri rimasti a lungo inattuati (artt. 39, commi 2 e 4, e 40) o addirittura apertamente traditi (art. 36, comma 2), e per sé non preclusivo, salvi i limiti eventualmente stabiliti dalla legge, dell'intervento, come fonte regolatrice dell'autonomia collettiva».

4. Partecipazione debole.

Il primo momento di *svolta* è comunemente individuato nella metà degli anni Settanta, quando, a seguito della grave crisi economica legata allo *choc* petrolifero, si verifica la prima brusca battuta di arresto nel trend unidirezionalmente incrementale della conquista per il lavoro.

Riducendosi gli spazi di negoziazione, le organizzazioni sindacali si vedono costrette a puntare allo sviluppo della parte c.d. obbligatoria dei contratti collettivi, chiedendo ed ottenendo di entrare in qualche modo nei procedimenti decisionali che riguardano la gestione dell'impresa nel suo complesso, e non soltanto il trattamento dei lavoratori in senso stretto.

Si inaugura, così, la stagione dei diritti di informazione e consultazione, che fu favorita, è bene ricordare, anche dal rafforzamento del sistema di rappresentanza sindacale in azienda voluto dallo Statuto dei lavoratori. Rafforzamento che ha reso concretamente esigibili le nuove tipologie di diritti sindacali e che, effettivamente, puntava proprio alla realizzazione di un vero e proprio *contropotere* volto a limitare la discrezionalità dell'imprenditore e promuovere la democrazia in azienda (esemplari i casi in cui la legge n. 300/1970 prevedeva già un obbligo a contrarre su materie, come quelle degli articoli 4 e 6, incidenti sull'organizzazione e sul controllo del lavoro).

Quindi, posto che *partecipazione* è un termine polisenso, si può anche affermare che quella stagione ha dato vita ad una forma partecipativa, ma con una connotazione giustamente definita «debole». Debole non perché i diritti di informazione e consultazione costituiscano un fatto marginale o secondario del sistema di relazioni sindacali, o perché essi non siano in grado di incidere nella gestione delle imprese; tutt'altro: le materie che formano oggetto di quei diritti riguardano anche il nocciolo *duro* delle prerogative imprenditoriali, come, ad esempio, i programmi per nuovi investimenti, le innovazioni tecnologiche, il sistema degli appalti, la chiusura o la riconversione di fabbriche. E la lista delle materie sulle quali l'imprenditore è obbligato ad accettare l'interlocuzione con il sindacato si è allargata, di categoria in categoria e di rinnovo in rinnovo, fino a ricomprendere tutte le decisioni più importanti della vita dell'impresa.

Debole è, quindi, questa forma di partecipazione solo perché non implica *cogestione* o *codeterminazione*, né incide sulla titolarità del potere di direzione dell'impresa (e sulla responsabilità delle conseguenti decisioni), che è e resta dell'imprenditore.

Ed infatti, anche quando la procedura di informazione e consultazione si conclude con un accordo, il consenso sindacale non si *appunta*, almeno di norma, sull'oggetto della decisione imprenditoriale, ma soltanto sulla regolazione degli effetti che ne derivano nei confronti dei lavoratori (il caso tipico, per intendersi, è l'eventuale accordo di chiusura delle procedure *ex* articolo 47 della legge n. 428/1990, o *ex* articolo 4 della legge n. 223/1991, con il quale l'esperienza insegna che il sindacato si guarda bene dall'assumersi la corresponsabilità della cessione di un ramo dell'azienda, o della chiusura di una unità produttiva, ma tende soltanto a minimizzarne le conseguenze negative per i propri rappresentanti).

5. Partecipazione forte.

Né indicazioni e tendenze diverse paiono desumibili dalla pur cospicua legislazione comunitaria la quale, dovendo tener conto della eterogeneità delle situazioni nazionali e delle resistenze frapposte dalle rappresentanze delle imprese anche a livello europeo, ha dall'inizio osservato, in materia di partecipazione, un atteggiamento *soft*, che neppure i più recenti interventi sembrano voler abbandonare.

Basti sottolineare che, nonostante gli entusiasmi di qualcuno, la prima forma sistematica di coinvolgimento dei lavoratori, prevista dalla direttiva sui CAE n. 45 del 22 settembre 1994 (recepita con il decreto legislativo 2 aprile 2002, n. 74), non va oltre il ricorso alla tecnica della procedimentalizzazione delle decisioni imprenditoriali, già consolidata nella nostra legislazione nazionale.

E l'originaria *timidezza* non sembra sparita, come si accennava, neppure a distanza di quindici anni, visto che la nuova direttiva n. 38 del 6 maggio 2009, pur aggiungendo qualche significativa prescrizione (come in relazione all'obbligo di risposta motivata al parere espresso dai membri del CAE), non solo tiene ben distinta la fase dell'informazione e consultazione dalla fase della decisione dell'impresa, ma, prendendo atto degli effetti pregiudizievoli che i tempi della prima possono comportare per la tempestività della seconda, opera un bilanciamento finalizzato a garantire entrambe.

Anche in materia di Società Europea, il cui specifico e limitato oggetto avrebbe potuto giustificare qualche tentativo di innovazione ⁽⁵⁾, la di-

⁽⁵⁾ Cfr. A. PIZZOFERRATO, *La fine annunciata del modello partecipativo nella società europea*, in *RIDL*, 2004, I, 35.

sciplina comunitaria ruota tutta attorno all'obiettivo di evitare che la costituzione della nuova tipologia societaria possa consentire l'elusione dell'applicazione di legislazioni nazionali più garantiste in materia (cfr. la direttiva n. 86 dell'8 ottobre 2001, recepita con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 188; si veda, anche, per la Società Cooperativa Europea, la direttiva n. 72 del 22 luglio 2003, recepita con il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 48).

Ed infatti, insieme alla garanzia di un regime di informazione e consultazione transnazionale, vi è una previsione puramente *virtuale* della partecipazione dei lavoratori agli organi della Società Europea, in quanto essa opera soltanto se tale partecipazione già era prevista nell'ambito delle società partecipanti alla costituzione di quest'ultima, e sempreché le parti coinvolte nell'operazione non decidano diversamente.

Forte, infine, è l'impatto complessivo che può derivare dalla direttiva n. 14 dell'11 marzo 2002 (recepita con il decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25), in considerazione dell'ampiezza del riconoscimento che essa opera in relazione ai diritti di informazione e consultazione, estesi oramai a tutte le imprese nazionali con più di 50 lavoratori, anche al di là delle ipotesi previste da specifiche disposizioni di legge o collettive⁽⁶⁾. Ma, quanto al contenuto di tali diritti, la disciplina resta "morbida", e forse ha effetti esiziali, almeno nelle prospettive di breve-medio periodo, per chi confidava che un intervento di siffatto carattere generale potesse *osare* di più verso forme di vera partecipazione gestionale⁽⁷⁾.

6. L'influenza comunitaria.

La difficoltà di collocazione dei diritti di informazione e comunicazione nell'ambito dei modelli di relazioni sindacali si ripropone anche in relazione alla contrattazione collettiva, che, per le stesse ragioni poc'anzi ricordate, si è venuta arricchendo, negli ultimi decenni, di contenuti e finalità, che esulano dalle forme tradizionali dello scambio prestazione di lavoro *versus* retribuzione.

Anche qui, basta intendersi sul significato d'uso delle parole. La contrattazione può essere considerata elemento di partecipazione nella misura in cui, regolando le condizioni di impiego del lavoro, che è uno

⁽⁶⁾ Vedi C. ZOLI, *I diritti di informazione e c.d. consultazione: il d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, in *RIDL*, 2008, II.

⁽⁷⁾ Cfr. R. PESSI, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, in L. FICARI (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2006.

degli elementi costitutivi dell'impresa (articolo 2082 del codice civile), ne sottrae la disciplina al potere unilaterale dell'imprenditore e la riconduce nell'alveo di una moderna democrazia industriale ⁽⁸⁾.

E questa considerazione le si addice sempre più man mano che i campi di intervento dell'autonomia collettiva si espandono, anche per effetto delle sollecitazioni del legislatore, ricomprendendo temi sempre più essenziali nell'organizzazione del lavoro, come la sicurezza (articoli 18 ss., decreto legislativo n. 626/1994, e, ora, il decreto legislativo n. 81/2008) o l'accesso al mercato del lavoro c.d. flessibile (a partire dal decreto legge n. 726/1984, convertito nella legge n. 863/1984).

Tuttavia, anche allo stadio attuale dell'evoluzione materiale, la contrattazione collettiva non può essere considerata un mezzo attraverso il quale si realizza il diritto dei lavoratori di collaborare alla gestione dell'impresa, a meno che non si voglia "svaporare" l'essenza di questo diritto in qualsiasi forma di contropotere sindacale idoneo a condizionare le scelte dell'impresa. Se così fosse, essendo l'esercizio della libertà sindacale e di contrattazione collettiva già protetto dall'articolo 39 della Costituzione, l'articolo 46 risulterebbe privato, all'interno dell'impianto costituzionale, di ogni sua specifica e distintiva funzione.

7. Partecipazione azionaria.

Si può affermare, allora, che più che come *strumento in sé*, sono i possibili *contenuti e sviluppi* della contrattazione che possono consentire una *lettura* in chiave partecipativa del sistema di relazioni sindacali.

E, da questo punto di vista, ritengo che tale sistema stia vivendo, dopo quella degli anni Settanta, una seconda fase di *svolta*, che assai più della prima può contribuire ad *inoculare* nel sistema stesso *dosi* di cultura e pratica partecipativa, riducendo, nel contempo, i *germi* della conflittualità esasperata, coltivati, come detto, nel malinteso senso di una duplice inattuazione costituzionale.

Anche in questo caso, la spinta al cambiamento proviene prevalentemente da fattori esogeni. Così come la stagione dei diritti di informazione e consultazione fu figlia delle prime crisi economiche degli anni Settanta, il rilancio oggi dell'istituto della partecipazione ai profitti, rimasto quasi *dormiente* nelle previsioni del codice civile (articolo 2102) a causa della diffidenza sindacale verso forme di retribuzione aleatoria e della preponderante centralità nella struttura retributiva delle voci fis-

⁽⁸⁾ Così M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*

se previste dalla contrattazione collettiva di livello nazionale, è figlio dell'esplosione degli effetti della globalizzazione negli anni a cavallo del nuovo millennio.

Caduta oramai ogni barriera protezionistica, la concorrenza internazionale lima ulteriormente le possibilità di una crescita uniforme a livello nazionale dei trattamenti retributivi.

Neppure il conflitto più aspro, che viene effettivamente e ripetutamente attivato in talune categorie tradizionalmente "di lotta", riesce negli ultimi rinnovi contrattuali ad assicurare un andamento positivo delle dinamiche retributive, e ciò, si badi, in un contesto nel quale dal canto loro le imprese lamentano, nonostante il contenimento degli aumenti concessi, un andamento negativo dei tassi di produttività.

Constatato, allora, il superamento del modello prefigurato dal Protocollo del luglio 1993, l'accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, sottoscritto da tutte le maggiori organizzazioni sindacali con l'unica eccezione della Cgil, riserva al contratto collettivo nazionale di lavoro esclusivamente la pur fondamentale «funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni» a tutto il settore, affidando alla contrattazione di secondo livello la funzione di *distribuire* la retribuzione correlata alla produttività là dove questa può essere effettivamente misurata e dove effettivamente si producono i risultati che possono dare luogo ad un *dividendo*.

Il mutamento di asse non è di poco conto.

La partecipazione dei lavoratori alle performance dell'impresa, anche quando sono positive (e non solo nelle fasi di crisi), oltretutto stimolare la competitività e la crescita dei salari reali, può implicare un mutamento profondo nella cultura e nella prassi delle relazioni tra capitale e lavoro, promuovendo condivisione di obiettivi e favorendo comportamenti responsabili e cooperativi.

Corrispondendo tutto ciò ad un interesse generale, questo mutamento di asse è stato, peraltro, accompagnato e sostenuto da ripetute misure incentivanti, in termini di riduzione di tasse e contributi ⁽⁹⁾, che gli stessi attori della riforma degli assetti contrattuali hanno chiesto «vengano incrementate, rese strutturali, certe e facilmente accessibili».

⁽⁹⁾ Cfr. art. 2, d.l. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 1997, n. 135; art. 1, commi 67-70, l. 24 dicembre 2007, n. 247; art. 2, d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito dalla l. 24 luglio 2008, n. 126; art. 5, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2.

8. Incentivi alla partecipazione.

A seguito della riforma del diritto societario (decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6), il nostro ordinamento ha previsto anche una sia pur essenziale strumentazione normativa per promuovere la partecipazione dei lavoratori sia al capitale che alla gestione della società.

Sul primo versante, la riforma societaria, per quanto ispirata da altre prevalenti finalità, contiene, come noto, diverse disposizioni speciali di favore⁽¹⁰⁾.

Tali sono, infatti, al di là di qualsiasi valutazione sulla adeguatezza della disciplina, le norme che prevedono speciali categorie di azioni ed altri strumenti finanziari da assegnare gratuitamente ai lavoratori (articolo 2349, commi 1 e 2), prevedendo in particolare, con riguardo ai secondi, la possibilità che essi siano dotati di diritti di voto su specifici argomenti, e che diano diritto alla possibilità di riservare, secondo modalità stabilite dallo Statuto, la nomina di un componente indipendente del Consiglio di amministrazione o del Consiglio di sorveglianza o di un sindaco (articolo 2351, comma 5, del codice civile). Nello stesso senso, vanno altresì ricordate sia la norma che consente, in caso di aumento del capitale sociale, di escludere il diritto di opzione dei soci limitatamente ad un quarto delle azioni di nuova emissione, se queste sono offerte in sottoscrizione ai dipendenti della società, o di società controllanti o controllate (articolo 2441, comma 8, del codice civile), sia quella che esclude le operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte dei dipendenti della società o di società controllate dal divieto generale di prestiti e garanzie per l'acquisto di azioni proprie (articolo 2358, comma 3, del codice civile).

Sul versante, invece, della partecipazione "cogestoria", è il pluralismo delle forme organizzative di *governance* che offre, specialmente nel sistema dualistico (articolo 2409-*octies* del codice civile), l'opportunità per sperimentare l'inserimento organico di una rappresentanza dei lavoratori.

Sperimentazioni, del resto, fatte oggetto anche di uno speciale intervento promozionale con l'articolo 4, commi 112-115, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, che ha istituito un *fondo* destinato ad incentivare programmi finalizzati a valorizzare la partecipazione ai risultati o alle scelte gestionali dell'impresa, assegnando priorità proprio ai progetti che prevedono la presenza dei lavoratori nel Consiglio di sorveglianza

⁽¹⁰⁾ Cfr. E. GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia industriale*, in *RIDL*, I, 2003.

per deliberare su quelle materie di particolare importanza individuate dall'articolo 2409-*terdecies*, lettera *f-bis*, del codice civile ⁽¹¹⁾.

9. Riflessioni conclusive.

Accingendomi alla conclusione, tralascio di prendere in esame le diverse iniziative legislative ⁽¹²⁾, che, per la prima volta, in questa legislatura sembra possano avere concrete chance di un iter parlamentare positivo, al punto tale da sollecitare le parti sociali, sia pure con l'attiva mediazione del Ministero del lavoro, ad assumere una iniziativa diretta a tutelare le proprie prerogative.

Mi limito ad osservare che il nostro Paese ha oramai *imboccato* la strada della *normalizzazione* costituzionale, per effetto della spinta proveniente dai fattori esogeni che ho segnalato, iniziando a regolare l'esercizio del diritto di sciopero (legge n. 146/1990 e legge n. 83/2000), e ponendo le basi normative essenziali perché possano svilupparsi tra le parti comportamenti cooperativi ed esperienze partecipative.

Si potrebbe dire, con una sorta di *slogan* che impoverisce la riflessione ma si presta meglio ad essere ricordato, che ci si è resi conto che «se conflitto è bello» (e talvolta necessario), «partecipazione è meglio», soprattutto quando il conflitto non è in grado di realizzare i risultati (che non dipendono, o non dipendono soltanto, dall'antagonista contro cui si confligge) che, invece, la partecipazione può produrre ⁽¹³⁾.

Che la strada possa essere accidentata e tortuosa è sin troppo facile dirlo, talmente numerosi e sotto gli occhi di tutti sono gli ostacoli che si frappongono (a cominciare dalla posizione contraria di una parte importante del movimento sindacale e dalle difficoltà legate allo sciogli-

⁽¹¹⁾ Del tutto particolare, invece, è quella disposizione del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, la quale, con specifico riguardo alla c.d. impresa sociale, stabilisce che, nei regolamenti aziendali e negli atti costitutivi di queste imprese, siano previste forme di coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività, tramite «qualsiasi meccanismo, ivi compreso l'informazione, la consultazione o la partecipazione, mediante il quale lavoratori e destinatari delle attività possono esercitare un'influenza in relazione alle questioni che incidano direttamente sulle questioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati» (art. 12, comma 2).

⁽¹²⁾ Su cui vedi gli altri interventi raccolti in *q. Sezione*.

⁽¹³⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *Conflitto e partecipazione*, in *RIDL*, 2005, I, 30.

mento della delicata alternativa tra “canale unico” e “canale doppio” di rappresentanza)⁽¹⁴⁾.

Occorre, quindi, mantenere sempre alta la consapevolezza che un’evoluzione in senso partecipativo del sistema di relazioni sindacali ha bisogno soprattutto di un mutamento favorevole nel contesto sociale e culturale, dal quale possano nascere e rafforzarsi esperienze sul campo (anche qui si potrebbe parlare di *best practice*), piuttosto che attraverso operazioni di ingegneria giuridica o esperimenti *in vitro*.

La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna – Riassunto. *L’A. ripercorre con un approccio diacronico le tappe fondamentali della partecipazione dei lavoratori; un tema che può essere analizzato da visuali diverse, essendo il crocevia nel quale si intersecano analisi ed interessi di variegata natura. L’obiettivo è costruire un “ponte” tra il piano della “realtà” e quello delle “prospettive”, ossia tra “analisi della normativa” e scenari evolutivi. L’A. individua la causa della mancanza di una “via” della partecipazione nelle nostre relazioni sindacali contrassegnate dal metodo conflittuale che ha poco favorito esperienze di democrazia industriale. Allo stesso modo, la natura programmatica dell’art. 46 Cost. non può essere letta come preclusiva della libertà delle parti di introdurre, a fianco o in sostituzione del modello conflittuale, quello partecipativo. La via della partecipazione ha registrato due momenti di “svolta”. Il primo negli anni Settanta che ha inaugurato la stagione dei diritti di informazione e consultazione, favorita dal rafforzamento del sistema di rappresentanza sindacale in azienda voluto dallo Statuto dei lavoratori, anche se in una forma “debole” in quanto non implicava “cogestione” o “codeterminazione”, né incideva sulla titolarità del potere di direzione dell’impresa che restava dell’imprenditore. La seconda fase è quella attuale con il rilancio dell’istituto della partecipazione ai profitti, rimasto quasi “dormiente” nelle previsioni del codice civile che oggi, mossa da fattori esogeni, più della prima può contribuire ad “inoculare” nel sistema “dosi” di cultura e pratica partecipativa. L’A. riflette sulle norme degli artt. 2349, 2351, 2358 e 2441 c.c., sulle novità dell’Accordo quadro del gennaio 2009 in materia di incremento della produttività e sulla esperienza promozionale della l. n. 350/2003 che ha istituito un “fondo” destinato ad incentivare programmi finalizzati a valorizzare la partecipazione ai risultati o alle scelte gestionali dell’impresa. L’A. conclude con la riflessione che «se conflitto è bello» (e talvolta necessario), «partecipazione è meglio», soprattutto quando il conflitto non è in grado di realizzare i risultati che, invece, la partecipazione può produrre.*

Workers’ participation: An investigation of the national legislation (Article in Italian) – Summary. *The paper provides a diachronic overview of the main stages in the implementation of workers’ participation, which could be examined from different*

⁽¹⁴⁾ L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in AA.VV., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit.

perspectives, and the intersection of various interests and studies. The main purpose is to build a “bridge” between the reality and future prospects, that is between current legislation and its future developments. The paper argues that the lack of a participatory approach and the conflictual nature of industrial relations in Italy might affect the development of industrial democracy. The programmatic approach of Article 46 of the Constitution, however, should not be seen as an obstacle for the parties to implement participation as an alternative to the conflict model. Workers’ involvement in decision-making experienced two turning points in history. The first occurred in the 1970s, with the introduction of the information and consultation rights as a means to strengthen union representation, as laid down by the Workers’ Statute. As a “weak” form of participation, it did not involve workers’ co-management and co-determination, with the employer still regarded as entirely responsible for decision-making. Another major measure has been implemented recently, with the revival of profit sharing, which was not fully considered by the Civil Code. Due to external factors, profit sharing can now contribute to disseminating employee participation and best practices within the industrial relation system, at least at a basic level. The paper also examines Articles 2349, 2351, 2358, 2441 of the Civil Code, dealing with new provisions on the increase in productivity set out in January 2009 Framework Agreement. It also examines Act No. 350/2003, which sets up an ad hoc “fund” aimed at promoting programs enhancing workers’ participation in company profits and decision-making. In conclusion, the author argues that “industrial conflict is fair” (and sometimes necessary), but “participation is better”, especially when it can produce the results that cannot be achieved by means of conflict alone.

La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario

Mario Napoli

Sommario: **1.** L'evoluzione del contesto italiano in materia di partecipazione nell'ultimo decennio. – **2.** L'attuale stadio del dibattito parlamentare. – **3.** Le prospettive di una convergenza bipartisan.

1. L'evoluzione del contesto italiano in materia di partecipazione nell'ultimo decennio.

Elevo un commosso pensiero alla memoria di Gino Giugni scomparso da qualche giorno.

In questa stessa sede Egli era presente quando discutemmo della riforma dell'Accordo Ciampi sul costo del lavoro, da Lui voluto. Gino Giugni è stato un grande giurista e un grande riformatore sociale, senza che l'un profilo andasse a scapito dell'altro. Al ricordo di Giugni voglio associare anche il ricordo di Domenico Paparella, direttore del Cesos, appassionato del tema della partecipazione.

È la seconda volta che mi trovo a discutere di partecipazione in questa prestigiosa sede.

La prima volta fu nel 2000 e avevo di fronte a me Marco Biagi, che partecipò al dibattito con un intervento ⁽¹⁾. Presentavamo in quella occasione gli esiti di un lavoro del c.d. Gruppo del Caminetto, promosso

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Enrico De Mita.*

⁽¹⁾ Cfr. M. NAPOLI, *Per un progetto legislativo sulla partecipazione*, in G.P. CELLA, G.C. PROVASI (a cura di), *Lavoro, sindacato, partecipazione. Scritti in onore di Guido Baglioni*, Franco Angeli, Milano, 2001, ora in M. NAPOLI, *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002.

dal Cesos e coordinato dal professor Guido Baglioni, formato da Michele Figurati, Maurizio Castro, Domenico Paparella e da me ⁽²⁾.

In quell'occasione io tenni una relazione su un disegno di legge che non c'era. A noi interessava rilanciare la tematica partecipativa di alto profilo, in linea con l'Europa. A noi non interessavano i piani di partecipazione azionaria predisposti per i singoli lavoratori, previsti dalle disposizioni codicistiche sulle società e dalla legislazione tributaria. Noi pensavamo alla partecipazione finanziaria strategica, con forme di espressione o, comunque, di coinvolgimento dei lavoratori alla gestione delle imprese. Queste idee di fondo oggi le rivediamo nel disegno di legge del senatore Maurizio Castro.

Oggi mi ritrovo dopo nove anni, su invito di Mariella Magnani e Michele Tiraboschi, che intendono affidare a *Diritto delle Relazioni Industriali* il compito di rilanciare tra gli studiosi la tematica partecipativa.

Questo primo decennio del secolo ha visto profondi mutamenti che esigono una rimeditazione della tematica della partecipazione.

Ai fini del discorso ricordo tre circostanze che differenziano l'incontro odierno rispetto a quello del 2000.

La prima è che oggi vi sono ben quattro disegni di legge in discussione ⁽³⁾. Certo, come spesso accade, i profili scientifico-culturali si affiancano a quelli più propriamente politici. Ma, quando c'è una discussione politica in atto, necessariamente i profili di politica legislativa prevalgono.

La seconda circostanza di differenza rispetto al 2000 è data dall'avvenuta ripresa della tematica della partecipazione ad opera dell'Associazione di Diritto del lavoro e della Sicurezza sociale (AIDLASS), con il convegno di Lecce del 2005 ⁽⁴⁾.

I giuristi del lavoro hanno trascurato la tematica della partecipazione, alimentata dalla Dottrina sociale della Chiesa, considerata appannaggio della destra. Il convegno di Lecce ha affrontato il tema a tutto tondo, soprattutto per la finezza analitica delle relazioni di Lorenzo Zoppoli e Paola Olivelli. La loro presenza oggi come relatori vuole significare

⁽²⁾ Cfr. G. BAGLIONI, M. CASTRO, M. FIGURATI, M. NAPOLI, D. PAPARELLA, *Oltre la soglia dello scambio. La partecipazione dei lavoratori nell'impresa: idee e proposte*, Cesos, Roma, 2000.

⁽³⁾ D.d.l. n. 803/2008, primo firmatario on. Maurizio Castro; d.d.l. n. 964/2008, primo firmatario on. Tiziano Treu; d.d.l. n. 1307/2008, presentato dall'on. Anna Bonfrisco e dall'on. Francesco Casoli; d.d.l. n. 1531/2009, presentato dall'on. Benedetto Adragna.

⁽⁴⁾ AIDLASS, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006.

non solo ripresa del discorso, ma soprattutto acquisizione dell'impianto concettuale definito a Lecce, dove è stato raggiunto il livello più alto della riflessione teorica del Diritto del lavoro sulla partecipazione.

La terza circostanza è di carattere normativo.

Il 2007 ha visto l'entrata in vigore del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, sull'informazione e consultazione dei lavoratori, in attuazione della direttiva europea n. 2002/14/CE che istituisce un quadro generale in materia. Ho avuto l'onore di curare un commentario del decreto legislativo ⁽⁵⁾, salutando la nuova era dell'informazione e consultazione come diritto dei lavoratori. Introdurre per legge la prospettiva dell'informazione e della consultazione significa un nuovo modo di gestire l'impresa. L'avvento di questa legge dovrebbe essere paragonato all'avvento della legge sul procedimento in Diritto amministrativo ⁽⁶⁾. Ma l'impatto del decreto legislativo sulle relazioni industriali non è stato pari alle aspettative. Le imprese, in particolare, sempre capaci di ammantarsi di europeismo, non sembrano aver accolto l'indicazione europea sull'informazione e consultazione come tecnica preventiva e preliminare di gestione dell'impresa.

L'avvento dell'informazione e consultazione impedisce di usare la parola partecipazione in senso lato per indicare relazioni industriali di tipo cooperativo. In quest'ottica informazione e consultazione sono il primo gradino della partecipazione. L'Europa, invece, attribuisce alla parola partecipazione il significato proprio, adoperato a proposito della società europea ⁽⁷⁾: influsso dei lavoratori mediante la presenza negli organismi di gestione dell'impresa. Pertanto, quando parliamo di partecipazione dovremmo limitarci a tale profilo, come ha particolarmente ricordato Lorenzo Zoppoli nella sua bella relazione odierna. Paola Olivelli ha a sua volta ricordato come per l'Europa sia impossibile parlare di partecipazione come pretesto per parlare di altro.

⁽⁵⁾ Cfr. M. NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25)*, in *NLCC*, 2008, 843 ss.

⁽⁶⁾ Sulla centralità del procedimento amministrativo già prima della l. n. 241/2000 si veda la trattazione del tema nell'opera omnia di F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2006.

⁽⁷⁾ Si veda la ricca elaborazione di M. CORTI, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee (commento al d. lgs. 19 agosto 2005, n. 188)*, in *NLCC*, 2006, 1393 ss.

2. L'attuale stadio del dibattito parlamentare.

Il disegno di legge Castro si caratterizza per la semplicità della struttura e per la chiarezza del disegno perseguito. Rispetto alle idee del “caminetto”, l’articolato presenta una sorta di inversione espositiva, che nuoce. Esso considera prima gli incentivi normativi e solo successivamente il compito promozionale della legge, la partecipazione, che è il vero obiettivo che il testo si propone. Secondo Castro, se vogliamo promuovere la partecipazione, dobbiamo favorire la contrattazione collettiva, poiché essa non nasce per decreto, come ricordava Paola Olivelli.

La legge deve essere in linea con la tradizione italiana della legislazione di sostegno, senza pretese palinogenetiche, orientata a favorire la prassi e le buone pratiche di forme di partecipazione, apprestando una nuova area tematica per i rapporti collettivi tra lavoratori e imprese. L’articolo 2 va in questa direzione ed è la vera anima della legge. Solo dopo è corretto parlare di incentivi, ma il disegno di legge pone questo tema già all’articolo 1, dove è disciplinato l’incentivo normativo, secondo la proposta da me formulata nel documento del “caminetto”. Questo non può costituire l’essenza della via italiana alla partecipazione, anche se oggi Castro ha affermato che a lui piace di più il mezzo rispetto al fine (partecipazione).

Il disegno di legge Treu costituisce la più alta elaborazione, in forma normativa, prodotta in Italia, in materia di partecipazione a tutto tondo. È un testo bellissimo, che dimostra non solo l’indiscussa sapienza giuridica di Treu, ma anche la sua alta sensibilità politica. Solo la sua modestia ha potuto definire oggi “aria fritta” il suo sforzo intellettuale. Il testo potrebbe essere scontato per la cultura europea, ma non certo per l’Italia. Noi ci eravamo rifiutati di scrivere un articolato, poiché temevamo un dibattito incentrato sui dettagli, sulle virgole, come spesso accade. Treu, da senatore, non può fare a meno di presentare le sue idee in forma di articolato originale, anche se attinge al patrimonio del dibattito culturale europeo. Il testo coniuga l’eleganza della forma e della tecnica con la lungimiranza del disegno politico, poiché ha assegnato all’area di sinistra una tematica precedentemente trascurata se non avversata. Mi piace ricordare che a Lecce mi complimentavo con Zoppoli per aver additato al riformismo sociale la tematica della partecipazione,

eliminando l'etichetta di destra ⁽⁸⁾. Oggi quella prospettiva culturale aperta a Lecce s'invera nel corpo di un testo normativo.

L'articolato di Treu radica nell'articolo 2 della Costituzione, oltre che nell'articolo 46, la cifra più significativa della partecipazione.

Gli altri due disegni di legge fanno leva sugli incentivi fiscali per convincere le imprese a forme di partecipazione finanziaria dei lavoratori.

Un disegno di legge collega la tematica partecipativa alle forme di presenza nei capitali delle imprese delle fondazioni, allo scopo di incentivare il terzo settore e il volontariato.

L'altro si caratterizza per l'uso della delega al Governo invece della legge ordinaria.

Dall'insieme dei disegni di legge risulta ora un testo ritenuto unificato e bipartisan elaborato da un relatore proveniente dalla minoranza, il senatore Pietro Ichino ⁽⁹⁾. Il mio giudizio su questo testo, a differenza dei testi base Castro e Treu, è fortemente negativo. Il testo unificato è un pasticcio giuridico. La partecipazione dei lavoratori intesa in chiave europea diventa un pretesto per attuare politiche del diritto coltivate superbamente e testardamente fuori del Parlamento su temi che non hanno niente a che fare con la partecipazione e che toccano punti centrali del diritto sindacale: le rappresentanze sindacali aziendali, l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, l'uso dei referendum per l'approvazione dei risultati della contrattazione collettiva. Nella ventata semplificatrice che contraddistingue l'attività politica del senatore, basterebbero le poche norme, inserite strumentalmente, come insegna la peggiore prassi parlamentare, a cambiare volto non solo al Diritto sindacale, ma addirittura a tematiche gestionali come i piani industriali, o poste alla base del Diritto del lavoro, come è il contratto di lavoro. Il testo unificato non tiene conto dell'assetto europeo sulla partecipazione, come definito dalle relazioni di Lorenzo Zoppoli e Paola Olivelli, e prescinde del tutto dall'assetto del dibattito tra gli studiosi di Diritto del lavoro sviluppatosi a Lecce. Alla visione oggettiva della partecipazione si sovrappone una propria visione soggettiva dei rapporti di lavoro, considerando la partecipazione soltanto un pretesto. Un buon mediatore deve tentare di avvicinare i testi di partenza, adoperandosi a rispettare la fiducia politica assegnata da maggioranza e opposizione, e non parla-

⁽⁸⁾ Si veda il mio *Partecipazione e fonti del diritto del lavoro*, Intervento in AIDLISS (a cura di), *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, cit.

⁽⁹⁾ Si veda il testo unificato del senatore Pietro Ichino in R. CARAGNANO, G. CARUSO (a cura di), *Partecipazione dei lavoratori alle imprese: lo stato dell'arte in Italia*, Bollettino speciale Adapt, 15 ottobre 2009, n. 14; in www.adapt.it.

re di altro, per trovare conferma in sede politica della propria autorità tecnica nel far valere le personali e stravaganti idee.

Certo, è apprezzabile la logica bipartisan, ma essa deve comportare un accordo strategico tra maggioranza e opposizione in materia di partecipazione e non su altro⁽¹⁰⁾. In una logica bipartisan la maggioranza, se ha a cuore la partecipazione, non dovrebbe avere difficoltà a far proprio, come testo di base, il disegno di legge Treu che contiene dentro di sé il punto centrale del disegno di legge Castro. Invece di ridurre la complessità del tema, il testo unificato moltiplica le difficoltà, introducendo tematiche sulle quali le parti non hanno generato propri punti di partenza. Addirittura, il testo unificato pretenderebbe un mutamento radicale del rapporto di lavoro come è costruito nei sistemi giuridici continentali. La Germania non ha affatto preteso di adottare uno schema giuridico alternativo al contratto di lavoro per introdurre le esperienze di partecipazione realizzate. Come occorre respingere l'idea che la partecipazione consista nel favorire relazioni industriali meno conflittuali, pure occorre sostenere che la partecipazione non può ridursi a relazioni industriali meno conflittuali, cosa già realizzata in Italia dopo l'Accordo Ciampi sul costo del lavoro del 1993.

Il Governo ha fatto bene a non presentare un proprio testo in attesa di una soluzione bipartisan.

Si potrebbe tentare anche la via di un avviso comune in seguito al quale effettuare un intervento legislativo, come si è proceduto nel caso della società europea⁽¹¹⁾. In quell'occasione le confederazioni sindacali, compresa la Cgil, emisero una dichiarazione comune, secondo la quale il sindacato italiano non avrebbe rivendicato la presenza di un rappresentante dei lavoratori nell'organo di gestione, optando per la presenza

⁽¹⁰⁾ Un'autentica logica *bipartisan* ispirò la formazione del primo statuto della Regione Lombardia con l'apporto fondamentale del Presidente del Consiglio regionale Carlo Smuraglia, dell'opposizione, e del vice-presidente dello stesso consiglio Enrico De Mita, della maggioranza. Presidente della Giunta regionale era allora Piero Bassetti. Ho avuto l'onore di partecipare in quella stagione, con l'assessore alla formazione professionale Filippo Hazon, all'elaborazione della prima legge regionale in materia di lavoro: si veda M. NAPOLI, *Regione, formazione professionale, rapporto di lavoro*, ora in ID., *Occupazione e politica del lavoro in Italia. Profili della legislazione (1974-1983)*, Vita e Pensiero, Milano, 1984.

⁽¹¹⁾ Si veda ora l'Avviso comune del 9 dicembre 2009, siglato fra tutte le parti sociali ad esclusione della Cgil, che peraltro ne condivide il contenuto e si è riservata di aderire successivamente. L'avviso, tuttavia, è di natura prettamente interlocutoria, e richiede al Governo e al Parlamento di astenersi per 12 mesi dall'iniziativa legislativa per permettere alle parti sociali di verificare l'opportunità e gli eventuali contenuti di un intervento legislativo in materia di partecipazione.

nei consigli di sorveglianza ⁽¹²⁾. Ma il mondo imprenditoriale non ha saputo cogliere questa apertura del sindacalismo italiano.

3. Le prospettive di una convergenza bipartisan.

La soluzione negoziale o legislativa tocca necessariamente tre punti sui quali realizzare la convergenza bipartisan.

Innanzitutto, si può attivare la via tributaria alla partecipazione attraverso un pacchetto di misure di agevolazioni e incentivi fiscali per le imprese che favoriscono forme di partecipazione strategica, razionalizzando o trasformando le misure in parte già esistenti, o inventandone nuove. Le imprese sono sempre sensibili alle misure fiscali come tecnica incentivante di determinati comportamenti virtuosi ⁽¹³⁾. Perché la partecipazione finanziaria sia strategica è necessario che siano definite le modalità di controllo e di influenza dei lavoratori sull'organo di gestione: perciò, nei sistemi duali è necessaria la presenza nel Consiglio di sorveglianza.

In secondo luogo, si deve tener conto della difficoltà di reperire incentivi normativi, come quelli previsti dal disegno di legge Casto, per la diversità di contesto rispetto a quando furono pensati. Con l'avvento della flessibilità, con l'applicazione della legge Biagi, con il nuovo assetto della contrattazione collettiva realizzato dalle parti sociali, le imprese godono già di un quadro normativo favorevole alla competitività, all'innovazione e allo sviluppo ⁽¹⁴⁾.

In terzo luogo, lo sbocco partecipativo potrebbe essere lo strumento per dare fiato a relazioni industriali che consentano convergenza di obiettivi tra imprese e lavoratori nel superamento della crisi ⁽¹⁵⁾. La parteci-

⁽¹²⁾ Si veda M. NAPOLI, *Partecipazione e fonti del diritto del lavoro*, cit.

⁽¹³⁾ Il diritto tributario, come già il diritto del lavoro, conosce sempre di più la tecnica premiale con adeguati incentivi utilizzati per raggiungere determinati obiettivi di sviluppo economico e sociale. Ciò avverrà sempre di più con la realizzazione del c.d. federalismo fiscale. Su questa tematica si veda in generale E. DE MITA, *Le basi costituzionali del "federalismo fiscale"*, Giuffrè, Milano, 2009, dove si veda il monito che vale anche per il diritto del lavoro: «indipendentemente da singole affermazioni, sulle quali si potrebbe discutere, quello che impressiona è lo spirito, che oggi è palese in quella tendenza politica del nostro Paese, di rendere inoperanti le istituzioni dell'ordinamento repubblicano» (3).

⁽¹⁴⁾ Su queste tematiche si veda il mio *La riforma degli assetti contrattuali nelle intese tra le parti sociali*, in *Jus*, 2009, 443 ss.

⁽¹⁵⁾ P. SCHLESINGER, S. SCOTTI CAMUZZI, A. LISERRE, A. MAZZONI, G. FLORIDIA, in M. NAPOLI (a cura di), *Impresa, mercati, regole*, Vita e Pensiero, Milano, 2009.

pazione ha senso se è inserita in un quadro di riformismo sociale, passo dopo passo, senza pretese ogni volta di cominciare tutto daccapo. In questo contesto sono fondamentali le politiche di coesione sociale e di piena valorizzazione delle risorse umane, ma sarebbe meglio dire delle persone che lavorano. Perciò, la partecipazione esige il pieno rispetto delle regole del lavoro sul piano individuale e collettivo.

La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario – Riassunto. *L'A. muove da una ricostruzione del dibattito italiano sulla partecipazione ricordando Gino Giugni, Domenico Paparella e Marco Biagi con il quale, nel 2000, erano stati presentati i risultati di un lavoro del c.d. Gruppo del Caminetto, promosso dal Cesos e coordinato da Guido Baglioni, sul tema della partecipazione finanziaria strategica, con forma di espressione o, comunque, di coinvolgimento dei lavoratori alla gestione delle imprese. Il tema della partecipazione è tornato ora in auge, salutando la nuova era dell'informazione e consultazione come diritto dei lavoratori, con l'entrata in vigore del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 25, in attuazione della direttiva europea n. 2002/14/CE che istituisce un quadro generale in materia. In quest'ottica l'informazione e consultazione sono il primo gradino della partecipazione. A fronte di tale contestualizzazione del dibattito italiano, l'A. passa in rassegna i quattro progetti attualmente in discussione in Senato, a firma di Castro, Treu, Bonfrisco-Casoli, Adragna, nonché la bozza bipartisan di Ichino. Se il disegno di legge Castro si caratterizza per la semplicità della struttura e la chiarezza del disegno perseguito, il disegno di legge Treu costituisce la più alta elaborazione, in forma normativa, prodotta in Italia, in materia di partecipazione, e coniuga l'eleganza della forma e della tecnica con la lungimiranza del disegno politico. Con riferimento, invece, alla proposta bipartisan, l'A. esprime un giudizio negativo ritenendo che si caratterizzi per una complicazione del tema che introduce tematiche sulle quali le parti non hanno generato propri punti di partenza. Secondo l'A. la convergenza bipartisan può realizzarsi se si considerano e valutano tre elementi: l'incentivazione tributaria, la difficoltà di reperire incentivi normativi, il ruolo fondamentale delle politiche di coesione sociale e la piena valorizzazione delle risorse umane essenziali per uno sbocco partecipativo che possa rappresentare lo strumento per dare fiato a relazioni industriali che consentano convergenza di obiettivi tra imprese e lavoratori nel superamento della crisi.*

The parliamentary debate over workers' participation in the business management: the revenue support (Article in Italian) – Summary. *The author provides a reconstruction of the Italian debate over workers' participation recalling Gino Giugni, Domenico Paparella and Marco Biagi. In 2000, as members of the so-called Gruppo del Caminetto, a working group promoted by Cesos and coordinated by Prof. Guido Baglioni, they presented the results of a work concerned with strategic financial participation, and employees' involvement in decision-making, more generally. Participation came into favour again, following the enforcement of Legislative Decree No. 25 of 6 February 2007, dealing with the information and consultation rights of workers, and implementing European Directive No. 14/2002 which provided a*

general framework on the issue. Information and consultation represent the first level of workers' involvement in management. In this connection, the paper examines four proposals (Castro, Treu, Bonfrisco-Casoli, Aragna) and a bipartisan draft by Ichino presented to the Senate and which are currently under discussion. While Castro's draft law provides a very simple and clear configuration, Treu's proposal constitutes the highest form of law on participation in Italy, combining a very elegant style and technique, with a forward thinking at a political level. With reference to the bipartisan proposal, the author maintains a negative view, arguing that its implementation would cause further complications since parties did not provide a starting point on the issue. However, the bipartisan proposal is possible provided that three aspects are considered: the revenue support, the difficulty in tracing regulatory incentives, and the major role played by policy dealing with social cohesion and the full development of human resources. Human resources are basic to participation, allowing for worker's involvement to become a means to improve industrial relations and to make businesses' and worker's goals converge as an instrument to tackle the crisis.

Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione

Maurizio Castro

Sommario: 1. Le esperienze italiane. – 2. Il ritorno della partecipazione per uscire dalla crisi. – 3. Il tentativo di una normazione di sostegno alla partecipazione. – 4. Il compromesso contrattuale sulla partecipazione e la via della sperimentazione.

1. Le esperienze italiane.

Negli anni Novanta, si materiano in Italia due esperienze significative di partecipazione, l'una giocata tutta sul versante della c.d. "partecipazione strategica e organizzativa" e rappresentata dal caso Zanussi Electrolux, l'altra su quello della c.d. "partecipazione finanziaria" e rappresentata dal caso Alitalia.

Il primo caso, applicato nel principale produttore italiano di elettrodomestici, si realizza attraverso la contrattazione: un sistema di consultazione che ha il suo fulcro nel "Consiglio di sorveglianza", in cui le rappresentanze sindacali e dei lavoratori vengono previamente consultate su tutte le principali scelte industriali e organizzative; un sistema di co-governo che ha il suo fulcro in una rete di organismi congiunti azienda-sindacato, dotati di potere deliberante in materie come la sicurezza e l'organizzazione del lavoro, le pari opportunità e la formazione; e un sistema di regolazione e tutela che ha il suo fulcro nella "Commissione di Garanzia", un organismo misto presieduto da un terzo, dotato di ampi poteri istruttori e sanzionatori per la repressione dei casi in cui le parti abbiano adottato condotte non conformi al principio della *bona fides* partecipativa ⁽¹⁾.

* *Senatore della Repubblica.*

⁽¹⁾ Per una illustrazione del caso, vedasi: *Il sistema Zanussi*, in *Quaderni della partecipazione*, 1998, n. 1, 53-121 e 203-225.

Il secondo caso, applicato alla compagnia nazionale di bandiera in un momento di grave difficoltà gestionale durante il mandato come a.d. di Cempella, si realizza attraverso la previsione dell'ingresso nel capitale azionario dei dipendenti per una quota del 20,5% in relazione a un piano concordato di riduzione del costo del lavoro e attraverso la presenza di tre rappresentanti dei dipendenti medesimi nel Consiglio di amministrazione della Società e di uno nel Collegio sindacale ⁽²⁾.

Entrambi i casi suscitarono veementi dibattiti. Il primo portò sul piano industriale a cospicui risultati di miglioramento competitivo della struttura produttiva del Gruppo in termini di maggior efficienza, qualità e profittabilità e consentì andamenti occupazionali positivi pur in un contesto di ristrutturazione del settore; è ancora formalmente in vigore, sebbene sia in larga misura disapplicato dal 2004, dopo il ritiro della Fiom-Cgil dai suoi più significativi meccanismi di gestione. Il secondo consentì il superamento di una drammatica fase di turbolenza gestionale e di gracilità economico-finanziaria, ma si concluse con un sostanziale abbandono da parte dei lavoratori e delle loro associazioni dell'opportunità di una partecipazione stabile e strutturata al capitale della compagnia, con le relative assunzioni di responsabilità, e fu preferito un ritorno ai tradizionali modelli, insieme collusivi e antagonistici, di relazioni industriali.

Accanto a queste due esperienze "emblematiche", non può essere taciuto – sia pure su un livello inferiore d'intensità – il contributo dato all'inveramento di prassi e di culture a orientamento partecipativo dalla diffusione nelle multinazionali italiane o allocate in Italia attraverso loro controllate dei "Comitati Aziendali Europei", a seguito della implementazione di una direttiva europea del 1994 (la 94/45/CE): in particolare, va attribuito alla gestione dei CAE il miglioramento nella trasparenza e nella qualità dei flussi informativi tra il *management* e le rappresentanze dei lavoratori, e dunque la de-ideologizzazione del confronto sindacale e la costruzione di una condivisa piattaforma di "saperi tecnico-economici".

2. Il ritorno della partecipazione per uscire dalla crisi.

Perché, nel bel mezzo della "grande crisi" finanziaria scatenatasi in Occidente nell'estate del 2008 e divenuta ben presto produttiva per la ca-

⁽²⁾ Per una illustrazione del caso, vedasi: *Partecipazione al capitale in Alitalia*, in *Quaderni della partecipazione*, 2000, n. 5, 93-265.

duta della domanda globale indotta dall'afflosciamento delle bolle speculative legate a mutui e derivati, ha fatto irruzione nel dibattito politico italiano la partecipazione, improvvisamente restituita, dopo anni di trascuratezza (gli ultimi riferimenti istituzionali risalgono al *Libro Bianco* di Marco Biagi del 2001 e a una norma sperimentale, rimasta inapplicata, della legge finanziaria del 2004), al ruolo di strumento decisivo per l'uscita dalla fase recessiva e per la ricostruzione virtuosa del sistema competitivo italiano?

Alcune ragioni hanno portata congiunturale. Per esempio, ha certo pensato – in occasione del tentativo del Gruppo Fiat di acquisire la Chrysler e la Opel – il fatto che sia apparso come un elemento di debolezza nel quadro delle relazioni economiche internazionali e del loro intrecciarsi con i contesti politico-istituzionali di riferimento, insomma come una sorta di “claudicanza”, l'assenza nel sistema italiano di quella partecipazione strutturale che vedeva invece protagonisti i sindacati tedeschi attraverso il presidio nei Consigli di Sorveglianza per effetto della tradizionale *Mitbestimmung* e quelli statunitensi attraverso la partecipazione azionaria diretta per effetto dell'utilizzo dinamico dei loro consolidati Fondi Pensione.

Altre invece hanno indubitabilmente portata strutturale. Nell'approccio italiano alla “grande crisi” è apparso subito evidente come la “coesione sociale” rappresenti un vettore potente per sospingere il sistema produttivo del Paese oltre la tempesta e, soprattutto, per conferire uno stabile assetto “virtuoso” ai modelli organizzativi delle imprese e alle loro relazioni di lavoro, finalmente trasformate da impaccio a *booster* competitivo. La stessa scelta governativa di dilatare quasi a dismisura l'agibilità degli interventi della Cassa Integrazione Guadagni per mantenere attivo, seppur quiescente, il rapporto professionale dei lavoratori con le loro aziende in attesa della ripresa dopo la fase regressiva dei volumi produttivi ha generato il radicarsi di una dispiegata e autentica “prospettiva comunitaria”, una sorta di migrazione culturale, e quasi antropologica, da un “vissuto” dell'azienda come *Gesellschaft* a *Gemeinschaft* [, per dirla con la suggestiva terminologia del Tönnies. E forme di partecipazione si affacciano all'orizzonte come l'unica possibilità di trasformare l'alleanza sperimentata durante l'alluvionale irrompere della crisi in un *foedus* compiuto e permanente.

La “grande crisi” ha inoltre sottolineato la modernità prospettica e la “consistenza” di un modello d'impresa condensato intorno alle tradizionali competenze distintive che marchiano i prodotti italiani nei settori tipici (la moda, l'arredamento, l'alimentare, la meccanica fine, l'*automotive*, l'*eldom*, la cantieristica, ecc.), purché si realizzi un ripro-

sizionamento competitivo nei segmenti a più alta densità di innovazione e qualità dei mercati internazionali. Tale riposizionamento esige la scandita valorizzazione di sistemi integrati di intelligenza-esperienza-competenza e dunque della risorsa umana come motore primo dello sviluppo d'impresa: ciò che è possibile pienamente solo in contesti organizzativi a esplicita vocazione cooperativa, in una dimensione in cui la comunità sia di valori e non solo d'interessi, e dunque il lavoratore sia più simile al "socio di lavoro" che non al "prestatore d'opere".

In uno scenario cosiffatto, non è stata accidentale l'accelerazione conferita dalle parti sociali alla riforma degli assetti contrattuali, cui è stata messa finalmente mano con il Protocollo del 22 gennaio 2009 e cui si è sottratta la sola Cgil, dopo ben sedici anni dal Protocollo Giugni. La riforma è stata estesa anche al settore pubblico, nel quale è intervenuta con un'intensità sconosciuta al pigro consociativismo italiano un'azione governativa poderosa di modernizzazione e di adeguamento ai migliori standard internazionali. Mercé tale azione si è finalmente ricomposta e saldata la micidiale paraclasi che, progressivamente separando e contrapponendo in termini di condotte organizzative e di parametri di produttività il mondo privato, esposto alla lacerante concorrenza internazionale, e il mondo pubblico, segregato e protetto dalla sua autoreferenzialità, stava correndo il rischio di terremotare irrimediabilmente tutto il sistema del lavoro dipendente nel nostro Paese. Ora, si va profilando per davvero un arretramento del contratto nazionale a mera garanzia dei livelli minimi di trattamento economico e normativo, così da lasciare libero spazio alla contrattazione che un tempo si sarebbe detta "articolata", aziendale innanzitutto, e poi distrettuale e perfino territoriale, così da modulare sulla specificità propulsiva delle singole realtà competitive sia la quantità e la qualità dei meccanismi di remunerazione, sia le dinamiche dell'organizzazione del lavoro, a cominciare dagli orari e dalle loro flessibilità. In verità, il processo di traslazione del "centro" della contrattazione dal livello nazionale (con la relativa "sindrome di Palazzo Vidoni", vale a dire la prevalenza delle misoneiste burocrazie confederali sulla creatività dei veri "luoghi del fare") al livello aziendale ha trovato nel Protocollo del 22 gennaio un'applicazione ancora assai timida, quasi germinale, vuoi per la renitenza degl'industriali, vuoi per il timore di ratificare un'irrecuperabile "secessione" della Cgil dalla tradizione confederale: ma si tratta in ogni caso di una cesura decisiva rispetto alle prassi centraliste e conflittual-consociative del dopoguerra italiano, e va protetta e promossa contro ogni tentazione regressiva. In questa direzione, è pacifico che vi sia una relazione, se non addirittura una proporzione, tra il decentramento con-

trattuale – con le sue inferenze in termini di estensione dei meccanismi di *gain sharing* – e la diffusione/intensificazione di *machineries* partecipative. Appare dunque commendevole il sostegno offerto dal Governo, attraverso interventi selettivi di incentivazione fiscale delle retribuzioni di risultato e delle prestazioni in regime di straordinario, a modelli aziendali di *compensation policy* funzionali a garantire e promuovere la “complicità” tra capitale e lavoro nella gestione delle lancinanti sfide competitive dell’economia globalizzata.

Un altro elemento che ha favorito, questa volta sul piano politico, il ritorno della partecipazione, rendendo attuale l’ipotesi di dare sessant’anni dopo la Costituzione repubblicana adempimento al suo articolo 46, è stata l’evoluzione in chiave bipolare e bipartitica del quadro istituzionale italiano. La nascita del Popolo della Libertà ha infatti per la prima volta fatto convergere e confluire nel medesimo contenitore organizzativo tre culture e tradizioni politiche “a trazione partecipativa”, quella del personalismo cattolico, quella del socialismo riformista e quella della destra sociale, che hanno tratto da questo “mischiamento”, da questa contaminazione reciproca, lo slancio per l’elaborazione di nuove sintesi programmatiche e di nuovi *drivers* progettuali, tutti a schietto orientamento popolare e nazionale, così da consentire – sulla base di un’identità nitida – l’edificazione di riforme intense e audaci in cui utilizzare la tradizione come vettore della modernizzazione.

Insomma, la partecipazione è divenuto il *tòpos* simbolico della grande trasformazione italiana: quella che segna, ineludibilmente, la fine del Novecento, e si misura con l’abbandono dell’antagonismo come unico territorio praticabile dalle relazioni di lavoro e con la caducazione della lotta di classe dal paradigma dell’interpretazione sociale.

3. Il tentativo di una normazione di sostegno alla partecipazione.

In avvio della sedicesima legislatura, sono stati presentati in Senato, che ne ha subito iniziato la discussione in Commissione Lavoro (così acquisendo, secondo la prassi parlamentare in atto, la competenza in materia rispetto alla Camera dei Deputati), due disegni di legge sul tema della partecipazione dei lavoratori, uno espressione della maggioranza di centrodestra (primo firmatario il senatore Maurizio Castro, un manager internazionale già protagonista diretto del modello partecipativo nella Zanussi degli anni Novanta), e uno espressione della minoranza di centrosinistra (primo firmatario il senatore Tiziano Treu, già ministro del lavoro, esimio giuslavorista cattolico con grande esperien-

za comparatistica che un tempo si sarebbe detto “organico” alla Cisl). Nella discussione parlamentare sono poi confluite altre due proposte legislative, dedicate entrambe alla partecipazione finanziaria (l’una di fonte PdL, con prima firmataria la senatrice Cinzia Bonfrisco, docente di organizzazione del lavoro di tradizione socialista; e l’altra di fonte PD, con primo firmatario il senatore Benedetto Adragna, dirigente sindacale Cisl), determinando l’affiancamento *ratione materiae* alla Commissione Lavoro della Commissione Finanze. I due disegni di legge sono costruiti in modo assai diverso. Il disegno di legge Castro parte dal presupposto che la scelta di una delle forme possibili di partecipazione (da quella strategica a quella organizzativa, da quella finanziaria a quella istituzionale) debba essere affidata alla libera esplicitazione dell’autonomia delle parti sociali di un’azienda, le quali, una volta che abbiano adottato uno “statuto di partecipazione” certificato, possano direttamente regolare attraverso la contrattazione a livello di sito tutte le materie che la legge affida al solo livello nazionale: e configura perciò una sorta di “incentivo normativo” alla partecipazione. Il disegno di legge Treu, invece, prevede, in relazione alla dimensione aziendale, meccanismi obbligatori di informazione e di consultazione dei lavoratori e delle loro rappresentanze e associazioni, delineando per via legislativa e secondo le traiettorie indicate dalle direttive europee un significativo rafforzamento di quelle che negli anni Settanta erano state le “parti prime” dei contratti nazionali di categoria; e regola poi con un’apparecchiatura normativa *ad hoc* l’accesso dei lavoratori alla proprietà del capitale azionario delle società (in forma non dissimile da quanto previsto anche nei disegni di legge Bonfrisco e Adragna). Tuttavia, a fronte della dichiarata disponibilità dei presentatori di addivenire a una confluenza dei loro testi, prodromica a un’approvazione bipartisan di una legislazione di sostegno della partecipazione (non dissimilmente da quanto già accaduto nella legislatura con il cammino parlamentare della riforma della Pubblica Amministrazione), è stato dato incarico al relatore designato dalla Commissione Lavoro con un atto di particolare “garbo istituzionale” fra i parlamentari della minoranza, il senatore Pietro Ichino, giuslavorista milanese di ascendenza Cgil ma approdato più recentemente a posizioni *lib-lab*, di predisporre una bozza unificata che recepisce le istanze fondamentali delle proposte di Castro e Treu.

Nella bozza, si ribadiscono sia il principio della volontarietà nella scelta del modello partecipativo sia l’individuazione di un *menu* assai ampio al cui interno la contrattazione aziendale può individuare la formula più adatta alle esigenze competitive, al contesto organizzativo, alle tradi-

zioni culturali, ecc., dell'impresa. Si possono scegliere, anche combinandole fra loro, nove diverse forme partecipative, dall'attivazione di procedure rafforzate di informazione e consultazione all'ingresso dei rappresentanti delle maestranze negli organi di sorveglianza, alla istituzione di organismi congiunti con competenze e poteri in materie quali la salute e la sicurezza, le pari opportunità, la formazione professionale, la responsabilità sociale, ecc., alla distribuzione degli utili aziendali, all'ingresso dei lavoratori nel capitale sociale (e nel Consiglio di amministrazione). La bozza prevede anche i meccanismi attraverso i quali sia possibile riconoscere validità *erga omnes* ai contratti istitutivi della partecipazione. Essa regola poi: per le società che abbiano adottato il modello di *governance* duale (organo di indirizzo e controllo distinto dall'organo di gestione) e che superino una certa soglia dimensionale, la presenza obbligatoria nel Consiglio di sorveglianza di rappresentanti dei lavoratori; la partecipazione azionaria dei dipendenti, promuovendone l'accesso con sconti fiscali; e la facoltà di derogare dalle disposizioni del contratto nazionale di categoria in materia di organizzazione della produzione e di orario di lavoro per le aziende che applichino contratti di partecipazione. In sede di discussione nelle Commissioni riunite Lavoro e Finanze, i principi recepiti nella bozza hanno ricevuto l'*endorsement* del Governo.

Intorno ai contenuti della bozza unificata Castro-Treu, si è registrato un atteggiamento di grande favore e di sollecitazione a una rapida conclusione dell'iter legislativo da parte delle organizzazioni sindacali tradizionalmente favorevoli a un modello collaborativo di relazioni industriali, la Cisl, l'Ugl e la Uil; e un atteggiamento di ostilità da parte della Cgil, lungo la linea che dal 1984 in avanti ha visto spesso questa confederazione attardata su posizioni conservatrici figliate da una lettura ancora novecentesca dei mutamenti della società italiana e del contesto internazionale. Da parte datoriale, si sono registrate aperture interessanti, per esempio dal settore artigiano; e invece una posizione di malmostosa reticenza da parte di Confindustria. La linea di sciatto scetticismo scelta dagli industriali è assai deludente: tanto da consentire a taluno di avanzare il sospetto che gli appelli alla coesione sociale da loro lanciati ossessivamente durante i picchi più torvi della "grande crisi" siano stati ispirati da opportunismo, ovvero che si versi nell'ennesimo caso di freno alla modernizzazione delle relazioni industriali azionato dalle burocrazie di viale dell'Astronomia e delle grandi categorie per non perdere il loro ruolo di guardiani delle dinamiche contrattuali.

Il Governo, attraverso suoi autorevoli esponenti, ha dichiarato con vigore la natura strategica della svolta a favore della partecipazione, in-

quadrandola congruamente nella necessità essenziale di modernizzare il sistema economico italiano attraverso la valorizzazione del contributo propulsivo, in termini di innovazione e di qualità, offerto da risorse umane più integrate nelle organizzazioni aziendali, più coinvolte nei loro risultati, più flessibili nella gestione, più responsabili e orientate allo sviluppo nel lungo termine, più aperte internazionalmente.

Taluno ha voluto sottolineare la particolare efficacia, in questa fase congiunturale, della partecipazione agli utili come veicolo del rilancio delle imprese italiane: opinione certamente condivisibile, purché non si dimentichi che la partecipazione, laddove si riducesse a uno dei suoi strumenti tecnici di applicazione, smarrirebbe la sua autentica valenza modernizzatrice, che si dispiega e inverte nella sua dimensione culturale come premessa del cambiamento radicale di tutti gli approcci di gestione organizzativa. In questa direzione, va rimarcata, nell'ambito di una ribadita *high road strategy*, la scelta a favore di una "via italiana" alla partecipazione, fondata sulla libertà di scelta e sulla pluralità dei modelli, e dunque superando sia la rigidità dei meccanismi istituzionali che ingolfa l'esperienza germanica e quella baltica, sia l'auto-perimetrazione al versante finanziario che affligge l'esperienza anglosassone.

4. Il compromesso contrattuale sulla partecipazione e la via della sperimentazione.

In parallelo all'emanazione di norme generali di sostegno alla partecipazione a opera del Parlamento, e in qualche misura "approfittando" della pressione implicita esercitata sulle associazioni sindacali e datoriali dal suo progredire nelle competenti Commissioni del Senato, nel frattempo pervenute a un passo dall'emissione conclusiva dei relativi pareri, il Governo si è fatto opportunamente promotore dell'attivazione d'un percorso contrattuale, funzionale all'emissione di un "avviso comune" fra le parti sociali. Tra i due percorsi non solo non vi è stata nessuna contraddizione o sovrapposizione, ma si è versato anzi in un caso, piuttosto raro nel nostro Paese, di integrazione positiva fra legge e contratto, tra autonomia delle parti e responsabilità del legislatore: un altro segno, che attesta l'arrivo d'una stagione nuova, affascinante e promettente.

Infatti, quale esito di un confronto del quale sarebbe ipocrita celare le difficoltà e le asperità, si è pervenuti alla sottoscrizione, il 9 dicembre 2009, di una delicata intesa, in cui per la prima volta nella storia delle

relazioni industriali in Italia ben trentadue organizzazioni di rappresentanza del lavoro (fra le quali ancora una volta la Cgil non ha voluto comparire) sono confluite in una comune valutazione positiva dell'economia della partecipazione come sintesi appropriata di solidarietà e di efficienza. Sulla base di questa "piattaforma", il cui valore non può essere trascurato, le parti hanno assunto l'impegno di accompagnare la sperimentazione delle pratiche partecipative in atto, anche con la definizione da parte del Governo di un "codice della partecipazione", per un periodo di un anno, nel corso del quale maturare ulteriormente una posizione autonoma e condivisa in materia. In questa direzione, è stata chiesta una sorta di "moratoria", un'astensione cioè da interventi normativi da parte del Governo stesso e del Parlamento.

Si è in altri termini aperto un grande cantiere italiano della partecipazione, esplicitamente funzionale alla definizione, alla certificazione, alla diffusione e alla replica delle sue *best practices*. I primi segnali sono invero assai incoraggianti. Basti citare l'annuncio, dato dal sindaco di Roma, Gianni Alemanno, di voler applicare, nelle sue municipalizzate, il modello "duale", con il Consiglio di sorveglianza aperto alla partecipazione sia dei rappresentanti dei lavoratori sia di quelli dei consumatori, all'interno di un complessivo progetto di riscrittura del modello delle relazioni industriali delle aziende pubbliche di servizio.

In effetti, la redazione di un'agenda della sperimentazione diventa in questa fase oltremodo utile. Indichiamo alcune aree possibili di innovazione. Innanzitutto, vanno intensificate le esperienze della "bilateralità", che la "grande crisi" ha rilanciato con forza, quasi a delineare un modello "neo-corporativo", su temi come la gestione degli ammortizzatori sociali, dell'addestramento e della formazione professionale, dell'*outplacement* e persino dell'accesso al credito. Un tema suggestivo è per esempio quello dei fondi pensione (tipica forma di "partecipazione indiretta", utilissima alla crescita dei tassi di consapevolezza culturale del sistema), nella forma – quasi un *tertium genus* accanto ai fondi chiusi previsti dai contratti nazionali di categoria e ai fondi aperti d'iniziativa individuale – dei "fondi aperti a matrice contrattuale aziendale", attivati dalla contrattazione di secondo livello, confezionati a misura delle specifiche mappature socio-organizzative vigenti nei singoli contesti competitivi e magari abilitati a investimenti mirati alla promozione strategica dei contesti economico-comunitari di riferimento. E un altro è quello della gestione congiunta dei casi di crisi aziendali nei territori in una sorta di "nuova concertazione federale", con la previsione strutturata del monitoraggio preventivo delle aree critiche, della riallocazione professionale con il ricorso a strumenti di riqualificazione e ri-

conversione dei profili e delle competenze, della reindustrializzazione accompagnata da interventi di supporto finanziario e manageriale.

Van poi favorite le esperienze di “espansione” dei tradizionali contenuti della contrattazione di secondo livello, che – superando il sinallagma classico tra prestazione e mercede – affrontino (si pensi alla scia del caso Luxottica) temi come i fondi sanitari integrativi, o l’accesso a condizioni privilegiate di beni e servizi per i dipendenti, o la promozione del cosiddetto “ascensore sociale” per i loro figli attraverso percorsi di supporto all’istruzione e alla formazione dei talenti, o la disponibilità di “scaffali formativi” propedeutici al compimento degli itinerari cognitivi dei collaboratori in chiave sia personale sia professionale, o l’agibilità di servizi a vocazione mista di efficienza e solidarietà (dai classici asili allo *snowy day care children* e agli orari autogestiti).

E un’attenzione specialissima va rivolta ai casi di distribuzione degli utili, recentemente riproposta nel contratto di CAI, ma in realtà “comoda” ed efficiente soprattutto nelle piccole e medie aziende. È una forma di partecipazione tecnicamente semplicissima, adatta anche a un modesto esercizio commerciale: s’individua infatti la percentuale di utile da accantonare per il mantenimento e lo sviluppo dell’impresa (il rinnovo degli arredi, il rifacimento delle vetrine, la promozione pubblicitaria, ecc.) e lo si accantona, distribuendo il resto fra i collaboratori. La rimodulazione del modello francese (si pensi, non a caso, alla *branch* italiana di Auchan) potrebbe essere guidata nel settore della distribuzione da un accordo-quadro da stipulare nell’ambito del prossimo rinnovo contrattuale della categoria a livello nazionale. Così come vanno monitorati e accompagnati i casi di apertura del capitale azionario ai dipendenti nelle situazioni, molto frequenti nel nostro Paese, di aziende di taglia media e a forte vocazione internazionale, che fondano il loro successo nel presidio di nicchie ad alta innovazione di prodotto e per le quali dunque la fidelizzazione dei collaboratori qualificati è strumento strategico di continuità: aumenti di capitale dedicati ai collaboratori per finanziare a basso costo rispetto ai tradizionali approvvigionamenti sul mercato del credito bancario progetti di consolidamento e sviluppo potrebbero essere realizzati attraverso la conversione di quote del trattamento di fine rapporto ovvero dei premi di risultato programmati (e magari accompagnati in funzione di garanzia temporanea della qualità economica dell’operazione, nei casi quantitativamente più impegnativi o nei *businesses* più dinamicamente atteggiati, dall’intervento delle finanziarie pubbliche regionali), e potrebbero diventare un’efficace alternativa italiana agli stucchevoli *stock option programmes* di gusto anglosassone.

Infine, come ricordato per il caso di Roma, una riflessione seria merita la prospettiva di “mescolare” gli articoli 43, 46 e 47 della nostra Costituzione, programmando, sulla scia per esempio della recente legge comunitaria, la privatizzazione di quote significative del capitale delle *multiutilities* e delle altre aziende pubbliche dei servizi sia nazionali (come Poste Italiane, o Ferrovie dello Stato) sia locali, riservandone l'acquisto ai dipendenti e valorizzando il loro nuovo ruolo in un'autentica cultura della responsabilità con una riforma in senso duale dei meccanismi di *governance*.

È bene insomma che i riformisti, le cui anticipatorie intuizioni e la cui spesso irrisa militanza hanno infine condotto a questa formidabile occasione, non mollino la presa: e guidino i laboratori, i cantieri, le arene della sperimentazione partecipativa; ne diffondano e distribuiscano i risultati, attraverso una grande opera di *paideia* industriale e sociale; ne presidino il successo; ne evitino le deformazioni. Perché la libertà è, come cantava Giorgio Gaber, partecipazione.

Le traiettorie della partecipazione nel caso italiano: un'occasione di modernizzazione – Riassunto. *L'A. ripercorre due significative esperienze di partecipazione sviluppatesi in Italia negli anni Novanta. Il caso Zanussi è un esempio di “partecipazione strategica e organizzativa”; il caso Alitalia è un modello di “partecipazione finanziaria” realizzata con l'ingresso dei dipendenti nel capitale azionario dell'azienda. L'analisi consente all'A. di indagare le ragioni di carattere congiunturale e strutturale che influenzano, nel nostro ordinamento, l'implementazione di strumenti partecipativi. Tra questi un elemento che ha favorito, sul piano politico, il ritorno della partecipazione, rendendo attuale l'ipotesi di dare adempimento all'art. 46 Cost., è stata l'evoluzione in chiave bipolare e bipartitica del quadro istituzionale italiano. La partecipazione è divenuto il tòpos simbolico della grande trasformazione italiana di fine Novecento. L'A. esamina anche i recenti disegni di legge presentati in Senato con le differenze e peculiarità di ognuno. Il disegno di legge Castro si configura come una sorta di “incentivo normativo”; il disegno di legge Treu si muove secondo le traiettorie indicate dalle direttive europee; infine, la bozza unificata ribadisce il principio della volontarietà nella scelta del modello partecipativo. In questa direzione è rimarcata la scelta a favore di una stagione nuova e di una “via italiana” alla partecipazione fondata sulla libertà di scelta e sulla pluralità dei modelli. Funzionale in tal senso è l'avviso comune sulla partecipazione del 9 dicembre 2009: una “piattaforma” con cui le parti hanno assunto l'impegno di accompagnare la sperimentazione delle pratiche partecipative in atto e di giungere alla formulazione di un “codice della partecipazione”. L'A. conclude individuando delle possibili aree di innovazione attraverso la bilateralità, il ricorso ai fondi pensione, ai “fondi aperti a matrice contrattuale aziendale” attivati dalla contrattazione di secondo livello, alla gestione congiunta dei casi di crisi aziendale, la distribuzione degli utili.*

The development of workers' participation within the Italian context: An opportunity for modernization (Article in Italian) – Summary. *The paper examines two significant cases of workers' participation taking place in Italy in the Nineties. The case of Zanussi is an example of 'strategic and organizational participation', while Alitalia resorted to a form of 'financial participation' through employee shareholding. In his analysis the author investigates the economic and structural factors relating to the implementation of participation in the Italian legal system. One of the main reasons facilitating the return to workers' involvement in decision-making, in compliance with Article No. 46 of the Constitution, has been the evolution of the institutional framework in the direction of a two-party political system. In this respect, participation reflects the changes occurring in Italy in the twentieth century. The paper also examines differences in the recent draft laws presented to the Senate. More specifically, the one presented by Maurizio Castro constitutes a 'legal stimulus', while the one promoted by Tiziano Treu complies with the relative European Directives. Finally, the unified draft proposes that any form of participation must be implemented on a voluntary basis. In this connection, the paper points to the rise of a new era and an 'Italian model' based on the freedom of choice and on a variety of participation models. The Common Declaration of 9 December 2009 on this issue proved to be effective, representing a 'platform' by which parties made an undertaking to experiment with current forms of workers' involvement, with the aim of providing a related 'code'. In conclusion, the paper identifies possible areas where models can be implemented, through bilateral bodies, retirement funds, and funds available through company agreement implemented by decentralized bargaining, joint crisis management, and profit distribution.*

Le proposte parlamentari sulla partecipazione

Tiziano Treu

Sommario: **1.** Le ragioni della mancata attuazione dell'articolo 46 della Costituzione. – **2.** L'evoluzione del contesto economico e sociale. – **3.** La posizione assunta dalle parti sociali. – **4.** La partecipazione agli utili. – **5.** La partecipazione azionaria. – **6.** Forme di connessione tra partecipazione azionaria e fondi pensione: il modello ESOP. – **7.** Le prospettive dei disegni di legge sulla partecipazione.

1. Le ragioni della mancata attuazione dell'articolo 46 della Costituzione.

Nel mio intervento mi limiterò a dare il quadro dell'idea sottostante al disegno di legge a mia firma e di come questo si situa nell'attuale contesto, in sé molto complesso.

Innanzitutto va chiarito che il riferimento della discussione sono, ad oggi, i due disegni di legge a firma uno del senatore Castro e altri, e l'altro a firma mia e altri, poiché il c.d. testo unificato, elaborato da Pietro Ichino, è, in realtà, un testo ancora molto discusso. Esso esprime una volontà bipartisan generale e mi auguro che vada avanti il percorso tracciato al Senato; anche perché questo è uno dei pochi casi – in questa legislatura – in cui da entrambe le parti vi è la comune volontà di fare le cose insieme. Tuttavia i dettagli hanno molti “diavoli dentro”.

Il disegno di legge che porta la mia firma ha una forte ascendenza europea. Da venticinque anni mi occupo di questo tema, l'Europa ha impiegato venti anni per decidere sia sul versante della partecipazione organica sia su quello della partecipazione agli utili. Anche questo ultimo aspetto ha un'ascendenza europea, pure se più debole e che spesso si tende a dimenticare.

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, Senatore della Repubblica.*

In sostanza il mio disegno di legge non è molto innovativo; anzi è quasi imbarazzante per me tornare su questi temi e sentire reazioni spropositate.

C'è peraltro da riflettere su cosa significa, o meglio su cosa significherebbe legiferare, finalmente, in questa direzione e in questo preciso momento. Al di là delle forme che sono evidentemente discutibili, l'intento è dare un messaggio di sistema soprattutto alle relazioni industriali ma anche al rapporto di lavoro, chiedendoci che tipo di impresa vogliamo. Si parla di economia sociale di mercato, di impresa socialmente responsabile. Se si vuole procedere in questa direzione, la partecipazione è una componente importante poiché contribuisce a configurare un'impresa responsabile e non speculativa.

Voglio fare un cenno all'articolo 46 della Costituzione, perché nei recenti dibattiti mi ha colpito il fatto che anche noi giuristi siamo disattenti, se non ostili, rispetto a questo tema. In realtà l'articolo 46 è di grande significato per la convergenza delle grandi forze costituzionali sull'esigenza di un'impresa partecipata. Come per gli attuali disegni di legge, anche per l'articolo 46 della Costituzione c'era consenso sulla direzione di marcia generale ma non sulle forme né sulle modalità attuative.

Questo si spiega per la presenza, qui come altrove, di contrasti fra le maggiori componenti politico-ideali (socialdemocratica, cristiano-sociale, liberale) che hanno concorso alla costruzione della nostra carta costituzionale. Tale indeterminatezza non ha impedito di trovare soluzioni più o meno complete ai problemi lasciati aperti in altri aspetti critici delle relazioni industriali, nella disciplina dello sciopero, del sindacato e della contrattazione collettiva. Nel caso della partecipazione non è stato così. L'articolo 46 è rimasta una norma incompiuta e il CNEL non ha raggiunto la capacità di esprimere una partecipazione istituzionale delle forze sociali agli indirizzi economici e sociali del Paese.

I motivi della mancata attuazione costituzionale in tema di partecipazione sono radicati nella nostra storia economica e politico-sociale. Le relazioni di lavoro italiane sono state caratterizzate da una forte impostazione conflittuale e da divisioni ideologico-politiche fra le maggiori organizzazioni sindacali, cioè da elementi distanti, quasi opposti, a quelli favorevoli all'emergere di modelli partecipativi in altri Paesi. In quei Paesi relazioni partecipative sono state alimentate da fattori quali l'unità sindacale, la stabilità politica e una maggiore condivisione del quadro economico-sociale che hanno favorito quel clima di *long term mutual trust* adatto alla partecipazione.

Le forze politiche del nostro Paese non sono intervenute sul tema per le divergenze esistenti anche fra loro, non venute meno nel lungo periodo del dopo Costituzione, e per la tendenza a delegare alle parti sociali l'iniziativa sui temi del lavoro, evitando di prendere iniziative legislative che non avessero largo consenso sociale.

D'altra parte la struttura produttiva dell'economia industriale fordista non era favorevole, anzi contrastava con l'idea di partecipazione dei lavoratori nell'impresa, che era ritenuta un corpo estraneo rispetto alla concezione gerarchica dell'impresa e alla divisione tayloristica del lavoro.

Correggere tali caratteri del sistema impresa in senso partecipativo richiedeva una iniziativa politica e sindacale come quella espressa nei Paesi del centro e nord Europa, per cui nel nostro Paese sono mancati i presupposti.

Una evoluzione diversa hanno avuto le forme partecipative dei lavoratori e dei sindacati al di fuori dell'azienda. Esse sono state tradizionalmente diffuse in Italia, con la presenza di rappresentanti delle parti sociali in molte istituzioni pubbliche centrali e decentrate, *in primis* quelle della previdenza sociale e del mercato del lavoro. Per altro verso, la partecipazione delle parti alle questioni macroeconomiche e sociali ha trovato espressione nei grandi patti concertativi che si sono succeduti, pur con alterne vicende, dal 1977 fino agli anni recenti. Questa sfasatura fra i diversi livelli, aziendali ed extra aziendali, di partecipazione costituisce una anomalia del sistema italiano rispetto ad altri Paesi europei dove la partecipazione dei lavoratori nell'impresa è proceduta parallelamente, anzi talora si è maggiormente sviluppata di quanto non sia avvenuto nelle politiche economiche e nelle istituzioni pubbliche.

Tale anomalia si ricollega alla tradizione centralistico-ideologica, e se si vuole alla "politicità" del nostro sindacalismo, cui hanno fatto sempre meno paura (e più agio) la partecipazione organica nelle istituzioni pubbliche, ed i grandi patti politico-sociali, con governi amici (o quasi amici), rispetto a qualsiasi coinvolgimento nell'impresa. Reciprocamente il potere pubblico, per la sua debolezza e per gli incerti rapporti con l'opposizione sociale rappresentata dal sindacato, è stato un interlocutore più incline ai patteggiamenti triangolari di quanto il *management*, specie privato, non fosse disposto ad ammettere influenze nelle proprie scelte strategiche.

2. L'evoluzione del contesto economico e sociale.

Nel tempo alcune condizioni di contesto economico e sociale sono andate modificandosi in una direzione più favorevole a tendenze partecipative sia nell'impresa sia nel mercato del lavoro. In tal senso spingono i caratteri dei moderni sistemi produttivi con le accresciute esigenze di qualità e di contenimento di costi, compresi quelli di transazione. La competizione internazionale, con le conseguenti incertezze nella gestione dell'impresa, spinge le imprese a ricercare un più vasto coinvolgimento dei lavoratori. D'altra parte il crescente grado di istruzione, di consapevolezza e di professionalità dei lavoratori contribuisce ad accrescere il loro bisogno e le potenzialità di partecipazione. Tutti questi fattori produttivi e soggettivi spingono in generale a ricercare strumenti di regolazione delle relazioni industriali di impresa più sofisticati della contrattazione collettiva tradizionale e fondati su aspetti meno antagonisti e più collaborativi. Gli elementi di incertezza del contesto richiedono di essere controbilanciati da fattori di stabilità che possano offrire una maggiore coesione fra gli attori, basata su obiettivi comuni proiettati nel lungo termine. Non a caso, i sindacati che hanno meglio reagito alle turbolenze dell'ultimo decennio sono quelli che hanno ampliato gli strumenti delle relazioni industriali, oltre la tradizionale contrattazione collettiva, tramite un utilizzo di varie forme di partecipazione, comprese quelle cogestionali forti.

Riflettendo bene, l'articolo 46 della Costituzione lascia aperte molte strade circa le modalità e i limiti della partecipazione dei lavoratori. Se questa riguarda i consigli di vigilanza, la partecipazione trova largo consenso in Europa, ma se entriamo nella prospettiva della cogestione il tema è più controverso. In un dibattito recente, un professore tedesco, richiamando la decisione della Corte costituzionale di quel Paese, ribadiva che siamo in un'economia di mercato, seppure sociale, e che quindi nelle scelte aziendali l'ultima parola spetta all'imprenditore. Per questo motivo neppure la cogestione forte tedesca è paritaria. Del resto anche le valutazioni sul sistema tedesco sono oscillanti. La versione ufficiale sostiene che la cogestione è stata nel complesso utile, ha favorito la pace sociale e ha stabilizzato l'economia e le imprese; anche se adesso le sfide sono più complesse.

Alcune valutazioni accademiche tendono invece ad evidenziarne i limiti. In particolare segnalano il rischio che una cogestione rallenti le decisioni e freni le possibilità di cambiamento. In ogni caso nel nostro sistema gli ambiti possibili della partecipazione sono diversi.

Per esempio in Banca Popolare di Milano esiste una cogestione forte; anzi, si dovrebbe parlare di autoregolazione perché i lavoratori sono anche soci e azionisti e influiscono in modo decisivo sulle scelte aziendali. In questo caso il limite non è configurabile come nelle imprese a struttura proprietaria tradizionale, perché l'impresa cooperativa è un tipo di impresa diversa, basata sulla partecipazione paritaria dei lavoratori-soci.

L'obiezione che si fa alla cogestione tedesca è che si tratta di un modello monolitico che non ammette alternative. Anche in Europa la direttiva sulla Società Europea (SE) per lungo tempo è rimasta bloccata perché i tedeschi continuavano a sostenere il loro modello mentre altri Paesi rifiutavano di accettarlo come forma unica.

In Italia come in altri Paesi c'è un pluralismo sia di forme societarie che partecipative. L'articolo 46 della Costituzione, unito all'articolo 43, legittima varie forme di partecipazione che vanno da un livello debole di semplice informazione/consultazione fino all'autogestione completa. Non è irrilevante sottolinearlo. Voglio far notare che tutte le proposte legislative in esame al Senato seguono la impostazione comunitaria di ammettere una pluralità di forme partecipative, informazione, consultazione, partecipazione in forma negoziale (comitati bilaterali e simili), presenza negli organi di governo dell'impresa. E riconoscono alle parti la responsabilità di operare le scelte più rispondenti alle loro convenienze in sede di contrattazione aziendale. Anzi, nel corso del dibattito, si è evitato ogni riferimento alla possibile obbligatorietà dell'opzione partecipativa che era presente, secondo alcune proposte iniziali, nelle aziende medio-grandi organizzate secondo un modello di *governance* duale (Consiglio di amministrazione e Consiglio di vigilanza).

3. La posizione assunta dalle parti sociali.

Su questo ultimo punto il dibattito ha indicato una preferenza per la partecipazione di rappresentanti eletti dai lavoratori all'interno non dei Consigli di amministrazione ma dei Consigli di vigilanza. Tale scelta sta a segnalare la volontà del sindacato di non coinvolgersi nella gestione aziendale ma di limitarsi a un ruolo di controllo ritenuto più coerente con la funzione sindacale. Ed è anche intesa a superare le obiezioni da sempre espresse da parte aziendale a un'ingerenza indebita del sindacato nelle prerogative gestionali dell'imprenditore e del *management*.

Questa indicazione non esclude la possibilità di altre scelte da parte dei soggetti negoziali, sia di tipo esterno all'impresa, come i diritti di informazione e consultazione, sia di tipo cogestionale. Mentre le prime si prestano a una presenza diffusa, come sta già avvenendo, anche in imprese non societarie e di dimensioni medio-piccole, la partecipazione organica per il tramite dei CIV (Consigli di indirizzo e vigilanza) è propria di quelle imprese che hanno volontariamente adottato lo schema della società a governo duale. Tale carattere riserva la praticabilità di questa forma partecipativa a un ambito relativamente ristretto di grandi imprese private.

Peraltro la stessa possibilità può essere estesa, e in tal senso si sta orientando il dibattito parlamentare, ad aziende di carattere pubblico o semi-pubblico presenti nell'area dei servizi locali. Altrettanto discussa è la possibilità di prevedere la presenza di rappresentanti dei lavoratori nei consigli di aziende e di enti pubblici a struttura aziendale, come le ASL. La strada qui è aperta, perché una simile formula partecipativa è operativa da tempo nei grandi enti previdenziali. È vero che l'esperienza di governo duale in tali enti non è stata del tutto positiva, ma ciò dipende soprattutto dal fatto che si sono verificate sovrapposizioni e invadenze reciproche fra Consigli di amministrazione e CIV, nonché con la dirigenza degli enti. Per rendere più funzionale la partecipazione entro questi enti occorre superare queste controindicazioni, semplificandone la struttura di governo e chiarendo le responsabilità dei vari organismi. In tal senso si è espressa, con largo consenso bipartisan, la Commissione bicamerale di controllo sugli enti previdenziali nella scorsa legislatura.

Il peso delle indicazioni presenti nei disegni di legge parlamentari dipenderà non solo dal perfezionamento dell'iter legislativo ma anche dal consenso delle parti sociali ⁽¹⁾. Questo non si è finora realizzato per la resistenza soprattutto delle associazioni imprenditoriali manifestata anche negli incontri promossi dal governo per acquisire un avviso comune sul tema che favorisca l'iter parlamentare. Al momento attuale le parti hanno convenuto (solo) di rinviare di un anno una presa di posizione definitiva, dedicando questo periodo al monitoraggio delle pratiche esistenti e alla indicazione di buone pratiche in materia.

La resistenza delle associazioni imprenditoriali diverge dall'atteggiamento adottato dalle stesse parti confindustriali di adesione

⁽¹⁾ È significativo che un disegno di legge (n. 293 a firma Bonfanti e altri) orientato sulle stesse direzioni qui proposte è stato approvato di recente con largo consenso dal Consiglio regionale Veneto.

all'avviso comune del 2 marzo 2005, attuativo del regolamento della SE e poi recepito nel nostro ordinamento. È vero che l'avviso comune del 2005 si riferisce solo alle società che adottano lo statuto europeo, ma il diverso atteggiamento espresso ora dalle associazioni imprenditoriali esprime una resistenza di fondo al messaggio partecipativo, anche nelle forme aperte presentate nelle proposte in esame. Per altro verso sembra indicare una sottovalutazione delle indicazioni europee, purtroppo rilevabile in Italia anche per altri argomenti comunitari. L'assenso a tali indicazioni sembra essere espresso scontando la loro distanza dalla realtà nazionale e dalla loro praticabilità; quasi con la riserva mentale che ciò che vale nell'orizzonte comunitario è estraneo e non è accettabile nell'ordinamento italiano.

È significativo che la resistenza a trasferire le indicazioni comunitarie sia mantenuta nonostante in questo caso esse non siano cogenti né restrittive, come in altre ipotesi spesso avanzate dall'Unione europea, ma abbiano carattere opzionale e propongano una promozione affidata a forme di incentivo.

La scelta degli incentivi è anch'essa riservata, dall'Unione europea, alle decisioni dei singoli Stati membri. Essa è giustificata dal fatto che la partecipazione è ritenuta utile a promuovere obiettivi di interesse pubblico, quale lo stimolo a relazioni industriali più collaborative, al miglioramento del clima aziendale e a una competitività orientata alla qualità e all'innovazione.

Nei progetti parlamentari in esame tale promozione è affidata a incentivi fiscali di dimensioni ancora ridotte, ma suscettibili di essere incrementati in corso d'opera sulla base delle esperienze.

4. La partecipazione agli utili.

Sulla partecipazione agli utili c'è maggiore diffidenza. In argomento la Comunità europea non è intervenuta con direttive ma con molte prese di posizione ufficiali: da una comunicazione del Consiglio del 1992, alla più recente del 2006, a una risoluzione del parlamento del 5 giugno 2003 fino all'impegno dell'Unione di allargare la partecipazione finanziaria dei lavoratori come parte della strategia di Lisbona.

Anche le forme di partecipazione finanziaria dei lavoratori sono molteplici ed esprimono una diversa intensità di legame fra compenso del lavoro e vicende aziendali: retribuzioni variabili in funzione di indicatori, più o meno complessi di performance, partecipazione agli utili, acquisto di azioni della società.

In Europa queste forme hanno avuto uno sviluppo crescente. Fra il 1999 e il 2005 i piani di azionariato dei lavoratori sono passati dal 10% al 18% e i regimi di partecipazione agli utili dal 19% al 26%. All'interno di questa dinamica positiva gli andamenti sono diversi nei vari Paesi, con uno sviluppo maggiore in Francia, Regno Unito, Olanda. Nel nostro Paese la partecipazione azionaria e le varie forme retributive incentivanti, hanno incontrato resistenze analoghe a quelle che hanno frenato in generale le pratiche di relazioni industriali partecipative.

Nel sistema sindacale è la contrattazione aziendale che ha contribuito a diffonderle, negli anni recenti con una maggiore intensità, a seguito del decentramento contrattuale. L'opportunità di decentrare la contrattazione soprattutto per stimolare la dinamica retributiva in relazione ai risultati aziendali ha trovato esplicito riconoscimento sia in molti contratti di categoria sia al vertice confederale con gli accordi del luglio 1993 e più recentemente con quello del 22 gennaio 2009.

Nonostante tali riconoscimenti le forme di retribuzione variabile hanno trovato i limiti della stessa contrattazione che si è affermata solo in una minoranza di aziende (medio-grandi), dal 20 al 30% a seconda delle categorie e delle zone geografiche. E hanno influito su quote modeste del compenso totale dei lavoratori: non più del 3-5%.

Le forme incentivanti decise per iniziativa unilaterale delle aziende sono per lo più riservate ai dipendenti a livello medio alto e hanno dimensioni di difficile apprezzamento per la mancanza di dati precisi.

Una diffusione maggiore si riscontra nelle imprese cooperative dove la partecipazione finanziaria è connessa alla qualità del lavoratore in quanto socio.

Il sostegno del nostro legislatore si è diretto, fin dalla fine degli anni Novanta, a incentivare con misure di detassazione e decontribuzione le retribuzioni variabili erogate a livello aziendale (da ultimo con la legge n. 191/2009) senza che si sia distinto fra erogazioni unilaterali e negoziate.

I disegni di legge sopra ricordati allargano il sostegno oltre che alla partecipazione agli utili, all'azionariato, anche qui affidando alla contrattazione aziendale la scelta delle modalità da adottare. Al singolo è lasciata la libertà di aderire agli schemi previsti dal contratto collettivo, con le modalità ed entro i limiti di impiego finanziario contrattualmente previsti. L'azionariato è incentivato fiscalmente, come avviene nelle altre esperienze europee, anche se in misura modesta, fino alla soglia di 5.200 euro.

5. La partecipazione azionaria.

La scelta di promuovere lo strumento della partecipazione azionaria ha motivazioni che sono state oggetto di ampio dibattito in anni passati ma che vanno riprese tenendo conto del contesto economico ove va collocato il tema più ampio della partecipazione.

La partecipazione azionaria presenta profili di utilità specifica per le parti del rapporto di lavoro. Da una parte l'incentivo proprietario può rendere appetibile la partecipazione anche ai lavoratori "affluenti" e individualisti della società terzariata. Le basi proprietarie della partecipazione possono renderla più accettabile all'azienda: dipendenti azionisti sono più affidabili entro i meccanismi partecipativi, oltre che più fedeli, rispetto a lavoratori "estranei".

D'altra parte il coinvolgimento dei lavoratori sul piano patrimoniale presenta elementi di novità e di rischio che ne aumentano le possibili ambiguità e gli ostacoli applicativi anche in contesti meno diffidenti di quello italiano.

Questi aspetti di criticità sono accresciuti quando l'azionariato provenga da un'iniziativa unilaterale delle imprese, che possono metterlo in alternativa con i normali istituti retributivi decisi dalla contrattazione collettiva al fine di pervenire a una gestione del lavoro se non contro, almeno senza, la presenza del sindacato.

La scelta di regolare in modo specifico l'azionariato dei dipendenti merita una motivazione anche per rispondere alle obiezioni avanzate da più parti, che l'azionariato è già possibile secondo la normativa civilistica, rivisitata dalla c.d. Legge Draghi.

L'utilità di una regolazione dedicata è generalmente riconosciuta nelle legislazioni nazionali e nelle indicazioni europee, sia per precisare le misure di incentivazione sia per fornire un quadro normativo adatto allo strumento e possibilmente armonizzato fra i vari Paesi.

L'esigenza di un intervento specifico distinto dalle generali regole di diritto societario è accentuata ove si preveda, come è in molti Paesi, il carattere non solo individuale ma anche collettivo dell'azionariato e si voglia privilegiare il secondo anche al fine di promuovere la presenza dei dipendenti azionisti negli organi societari (anche qui i disegni di legge parlamentari segnalano la preferenza per il CIV).

Le nostre esperienze contrattuali hanno confermato le difficoltà attuative dell'azionariato collettivo e la inadeguatezza degli strumenti civilistici disponibili (associazione di azionisti, intestazione fiduciaria, patto

di sindacato, costituzione di una società o di una cooperativa *ad hoc*, applicazione delle regole della comproprietà)⁽²⁾.

In particolare le associazioni di dipendenti azionisti sono soggette a una normativa rigida in materia di raccolta delle deleghe di voto, vincoli comprensibili nell'ottica di un azionariato generico ma non per i dipendenti che hanno comunità di destini e strumenti specifici di controllo.

I progetti parlamentari, in particolare quello a mia firma, prevedono che, una volta stabiliti per via contrattuale piani di azionariato dei dipendenti, si istituisca tramite una apposita SICAV (articolo 20) un fondo comune aziendale e si affidi ad esso il compito di gestire le azioni di proprietà collettiva. Per questa via i lavoratori azionisti possono partecipare al Consiglio di vigilanza. È garantita una *governance* del fondo ispirata a quella delle cooperative (voto capitaro *in primis*) e la possibilità che esso solleciti deleghe di voto anche per azioni non apportate al fondo; e ciò in deroga alle regole generali, ma garantendo i principi di trasparenza e correttezza sanciti dalla Consob (articolo 23).

I piani hanno natura volontaria e non speculativa ma sono orientati a una partecipazione di medio-lungo periodo al capitale (non meno di tre anni). Possono essere finanziati, secondo le disposizioni di contratto collettivo con anticipazioni sul tfr e con la destinazione di una quota della retribuzione integrativa (non superiore al 15%).

Una ulteriore precisazione va fatta per chiarire la utilità specifica del sostegno a queste forme di partecipazione finanziaria in risposta alle obiezioni che denunciano una sovrapposizione e un effetto spiazzante rispetto ad altri strumenti come le varie retribuzioni a incentivo. In realtà la pluralità delle forme di partecipazione finanziaria è una scelta consapevole, adottata e promossa nelle esperienze europee. Essa risponde a finalità diverse (e complementari) rispetto alle forme di retribuzioni incentivanti diffuse nella nostra contrattazione e nelle prassi aziendali, perché realizza un legame più stretto fra compenso del lavoro e andamento aziendale.

D'altra parte gli insegnamenti comparati confermano che gli effetti virtuosi per il sistema produttivo e per i lavoratori dipendono non dal ricorso a uno specifico strumento partecipativo a preferenza di un altro, ma da interventi fra loro coordinati, protratti nel tempo e coerenti di informazione, innovazione dell'organizzazione dell'impresa e del lavoro e gestione collaborativa dei rapporti di lavoro.

⁽²⁾ Si veda T. TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, in *GComm*, 1988, 785 ss.

6. Forme di connessione tra partecipazione azionaria e fondi pensione: il modello ESOP.

Nei disegni di legge non si fa riferimento a forme di connessione fra azionariato e fondi pensione, ampiamente utilizzate negli Stati Uniti e in altri Paesi. Si tratta degli ESOP che, in questo momento di crisi finanziaria, costituiscono uno strumento interessante, anche se molto discutibile.

Uno strumento di partecipazione finanziaria di grande rilevanza sono diventati i fondi di previdenza complementare finanziati da contributi dei lavoratori e delle imprese, che si sono sviluppati in tutti i Paesi compreso il nostro, diventando tra i maggiori operatori istituzionali sui mercati finanziari. La loro funzione previdenziale impone che essi adottino regole di prudenza nella gestione finanziaria, sancite anche dalla nostra legislazione, e privilegino logiche di lungo periodo nella scelta degli investimenti. Ma tale funzione non toglie che i fondi possano esercitare e stiano esercitando una funzione rilevante, sui mercati finanziari e, indirettamente tramite l'esercizio dei diritti di voto nelle assemblee societarie, sulle sorti delle imprese in cui intervengono e su interi settori dell'economia. Essi sono in grado di svolgere una azione di stabilizzazione sui mercati, contrastando le logiche speculative che hanno contribuito alla presente crisi finanziaria.

Quale che sia la plausibilità di queste indicazioni, il fatto è che le pratiche dei fondi di previdenza e la loro incidenza non sono ancora oggetto di valutazioni adeguate e solo di recente sono venute all'attenzione degli studiosi di relazioni industriali a seguito degli shock provocati dalla crisi finanziaria.

Alcune ricerche svolte negli Stati Uniti, dove i fondi pensione gestiti dalle parti sociali hanno raggiunto da tempo grande consistenza finanziaria, indicano che questi fondi non sono stati utilizzati, e forse in quel Paese neppure concepiti, per orientare l'impiego delle risorse in direzioni socialmente rilevanti.

Una proposta recente avanzata in sede europea riguarda la possibilità che l'azionariato dei lavoratori, nella forma degli ESOP, sia utilizzato per facilitare il trasferimento di proprietà e di gestione di piccole e medie imprese non quotate. Questi trasferimenti sono destinati ad aumentare perché si prevede che, in conseguenza dell'invecchiamento della popolazione europea, un terzo degli imprenditori della UE, in particolare nelle aziende a conduzione familiare, dovrà ritirarsi nell'arco dei prossimi dieci anni aprendo l'esigenza di un cambio di attività per circa 690.000 imprese. L'Unione europea ha sottolineato l'importanza del

trasferimento di proprietà ai dipendenti come misura specifica per facilitare la successione di attività nelle piccole e medie imprese.

Non c'è dubbio che l'obiettivo sia di grande attualità in Italia, ove la struttura familiare delle imprese è particolarmente diffusa e il problema dell'adeguamento e del trasferimento delle relative attività presenta tutta l'urgenza richiamata dalla Commissione europea. La discussione parlamentare potrebbe aprire la strada a un approfondimento anche di questo aspetto.

7. Le prospettive dei disegni di legge sulla partecipazione.

Come si vede gli aspetti del tema sono complessi. È bene non aggiungere ulteriori elementi, come invece è apparso nello schema unificato predisposto dal senatore Ichino, che inserisce una proposta riguardante le regole della rappresentanza sindacale necessaria per i contratti aziendali, e nella proposta Castro, che prevede le deroghe possibili della contrattazione aziendale rispetto a quella nazionale. Entrambi sono temi controversi che rischiano di pregiudicare un'intesa bipartisan.

Sarebbe bene lasciarli fuori, tanto più che non sono necessariamente connessi alla questione della partecipazione.

Le prospettive di questi disegni di legge sono ancora contrastate, nonostante le cautele indicate e la lunga incubazione. Siamo molto in ritardo rispetto all'Europa e questo è un handicap. È importante che gli strumenti partecipativi abbiano almeno una dimensione europea. Se restano operativi solo a livello nazionale, possono assumere inclinazioni protezionistiche: di fronte alle pressioni della crisi se ne vedono non pochi esempi (vedi il caso Opel in Germania).

Altrettanto importante è che le formule partecipative si diffondano nel sistema e non si limitino alle grandi imprese tradizionali e ai lavoratori "stabili". Occorre prevedere la loro estensione anche ai lavoratori atipici e alle piccole imprese. Per queste la partecipazione organica può non essere adatta, mentre possono essere praticabili la distribuzione degli utili e forme di partecipazione informali.

Questi sono punti critici da affrontare. Non ritengo invece pertinente l'obiezione secondo cui la partecipazione agli utili dei lavoratori sarebbe squilibrata, perché non troverebbe riscontro in una partecipazione alle perdite. In realtà i lavoratori sono comunque esposti al rischio delle crisi per le loro prospettive di reddito e di occupazione, tanto più in periodi di alta instabilità come questi.

Per concludere vorrei sottolineare il messaggio generale che queste proposte trasmettono. Esse intendono influenzare in senso partecipativo l'intero sistema di relazioni industriali, e in particolare i rapporti di lavoro in azienda, che nel nostro Paese hanno tradizionalmente sofferto di un eccesso di conflittualità o di litigiosità ideologica. Introdurre orientamenti collaborativi nel sistema può favorire la qualità dell'impresa e del lavoro, la condivisione di obiettivi, di pratiche e di interessi fra aziende e dipendenti.

Tali orientamenti non si pongono in alternativa alle dinamiche delle relazioni industriali, basate sul binomio conflitto/contrattazione, ma le integrano con forme di azione comune e di corresponsabilità fra impresa e lavoro utili a fronteggiare le sfide dell'innovazione e della concorrenza globale. Lo sviluppo di simili orientamenti partecipativi nell'impresa è in grado di integrare la struttura tradizionale di scambio del rapporto di lavoro. Lo scambio originario fra retribuzione fissa e posto stabile è già alterato dalla crescente incertezza dei lavori e dalla variabilità della retribuzione, con un aumento del rischio a carico del lavoratore. Questo rischio può essere compensato con l'attribuzione ai lavoratori di un ruolo partecipativo.

L'integrazione di valori e di pratiche partecipative nei rapporti di lavoro è utile sia per controbilanciare le incertezze cui sono esposti i lavoratori, subordinati e non, a causa della variabilità dei mercati e della flessibilità dei lavori, sia per dare stabilità alle imprese contrastando gli eccessi di competizione e la visione corta che si sono rivelati distruttivi per l'economia mondiale. Non a caso la combinazione "più flessibilità, più partecipazione" è presente nei sistemi di relazioni industriali centro-nord europei a più alta coesione sociale e a più stabile crescita economica.

Le implicazioni della partecipazione relative agli orientamenti del sistema produttivo propongono un cambiamento nello stesso modello di capitalismo. Intendono intervenire nei suoi obiettivi e strumenti senza compromettere né il fisiologico confronto fra capitale e lavoro né i fondamenti dell'economia liberale, come era prefigurato da alcune proposte accarezzate in passato dalle correnti più radicali della socialdemocrazia e del sindacalismo europeo.

Riprendere questi temi con le diverse implicazioni accennate, nell'attuale momento di crisi economica può sembrare intempestivo o una vera e propria "fuga in avanti". Questa è la tesi, alquanto diffusa, secondo cui i momenti di crisi non sono adatti per le riforme. Nonostante le dichiarazioni ufficiali in senso contrario ripetute nei vertici nazionali e internazionali, è forte la tendenza a ritenere che passato il pun-

to massimo della perturbazione (e non è detto che lo sia) si possa tornare al *business as usual*, cioè riprendere il corso economico e sociale precedente alla crisi. Questo orientamento attendista è rischioso se si ritiene che le origini della crisi siano profonde e riguardino tutti i fondamenti del sistema: la distribuzione del reddito e delle opportunità, il cui attuale squilibrio sottrae risorse alla iniziativa di larghi strati di popolazione, provocando la progressiva erosione del ceto medio; gli assetti produttivi e dell'organizzazione del lavoro, ove i rapporti fordisti si sono alterati senza essere sostituiti da nuovi equilibri; le modalità e obiettivi dello sviluppo, di cui sono sempre più evidenti i limiti di sostenibilità, fino ai parametri e ai valori su cui si sono costruite le identità personali e collettive e le forme di convivenza civile e politica del secolo scorso. Non è possibile in questa sede per approfondire tali aspetti. Ma è urgente affrontarli, se si vogliono individuare vie di uscita non illusorie alle difficoltà attuali, e se si vuole utilizzare la crisi per risolvere i problemi strutturali irrisolti invece di subirla come una sciagura inevitabile, magari destinata a ripetersi.

Le proposte parlamentari sulla partecipazione – Riassunto. *L'A. si sofferma sull'attuale dibattito parlamentare in tema di partecipazione individuando gli orientamenti e le tendenze riscontrabili nei disegni di legge in discussione al Senato, che recano la firma dello stesso A. e del senatore Castro. L'indagine è collocata all'interno della cornice costituzionale per poi esaminare l'evoluzione del contesto economico e sociale, la posizione assunta dalle parti sociali, le tematiche specifiche affrontate dai disegni di legge esaminati inclusa la partecipazione agli utili, la partecipazione azionaria e le forme possibili di connessione tra partecipazione azionaria e fondi pensione (modelli ESOP) attuali in Italia ove possibili strumenti per favorire la successione di attività nelle piccole e medie imprese. Dall'analisi svolta e dalla complessità dei temi individuati l'A. deriva l'opportunità di non integrare nel dibattito altri profili relativi alla rappresentanza sindacale e alle deroghe della contrattazione aziendale a quella nazionale, a fronte di tale constatazione l'A., segnalato il ritardo rispetto al contesto europeo, indica alcune linee guida fondamentali (la dimensione europea per evitare che gli strumenti partecipativi diventino misure protezionistiche, il coinvolgimento anche dei lavoratori atipici, da un lato, e delle piccole imprese, dall'altro) per sottolineare, in conclusione, che gli orientamenti partecipativi non si pongono in alternativa alle dinamiche delle relazioni industriali, basate sul binomio conflitto/contrattazione, ma le integrano con forme di azione comune e di corresponsabilità fra impresa e lavoro utili a fronteggiare le sfide dell'innovazione e della concorrenza globale.*

Parliamentary proposals over worker's participation (Article in Italian) – Summary. *The paper focuses on the ongoing debate in Parliament over participation, pointing out general considerations dealing with the draft measures presented by Ti-*

ziano Treu and Maurizio Castro, that are currently under consideration in the Italian Senate. In addition to considering the compliance of employee participation with the Constitution, the paper also investigates the evolution of the economic and the social context, the position taken by the social partners, a number of specific issues dealt with, such as profit sharing and shareholding, and the possible role of stock options and Employee Stock Ownership Programmes (ESOPs), as a means to enhance business succession in small and medium-sized enterprises. Due to the implications of the analysis and because of the complexity of the issues, the author chooses not to investigate union representation and derogations from national bargaining for company bargaining. In this connection, the paper points out that workers' participation in Italy is taking longer to fully implement, especially if compared to other European countries. In conclusion, the author examines some basic guidelines (e.g. the European dimension as an instrument to avoid participation having a protectionist effect, and the involvement of atypical workers and small businesses), in order to demonstrate that participatory models are not intended as an alternative to the dynamics of industrial relations, which are based on conflict and bargaining. On the contrary, common initiatives and shared responsibility between employers and employees constitute a supplementary measure to face challenges posed by innovation and global competition.

Teoria e prassi della partecipazione finanziaria in Europa

Mirella Damiani, Milica Uvalic

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Tipologie della partecipazione. – **3.** Le ragioni delle forme di partecipazione finanziaria tra incentivi fiscali, remunerazioni più flessibili, effetti macroeconomici e competitività per l'impresa. – **3.1.** Critiche agli schemi partecipativi. – **3.2.** Nuove linee di ricerca. – **4.** La diffusione della partecipazione finanziaria in Europa. – **4.1.** Atteggiamento generale. – **4.2.** Cornice legislativa. – **4.3.** La diffusione della partecipazione finanziaria dei lavoratori. – **4.4.** Effetti degli schemi PEPPER. – **4.5.** Le recenti tendenze nell'esperienza dei Paesi europei. – **5.** L'esperienza italiana. – **6.** Riflessioni conclusive.

1. Introduzione.

Il presente contributo ripercorre l'esperienza dei Paesi dell'Unione europea nel campo della partecipazione finanziaria dei lavoratori ed esamina le iniziative intraprese dalla Commissione europea a partire dalla fine degli anni Ottanta, in particolare a seguito di alcune disposizioni della Carta sociale europea del 1989 sui diritti dei lavoratori. L'interesse della Commissione al tema ha portato all'elaborazione nel 1991 del primo rapporto PEPPER (*Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results – Promozione della partecipazione dei lavoratori ai profitti e ai risultati di impresa*) ⁽¹⁾ sulla base del quale, successivamente, nel 1992, il Consiglio europeo ha adottato una raccomandazione sulla materia ⁽²⁾. Tutti gli Stati membri sono stati in-

* *Professore associato di Economia politica, Università degli Studi di Perugia.*

** *Professore ordinario di Politica economica, Università degli Studi di Perugia.*

⁽¹⁾ M. UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community* (in inglese, francese e tedesco), in *Social Europe*, 1991, Supplement No. 3

⁽²⁾ Si veda COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Proposal for a Council Recommendation concerning the promotion of employee participation in profits and enterprise results (including equity participation)*, COM(1991)259 final, Bruxelles, settembre 1991, e COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Council Recommenda-*

vitati a prendere in considerazione l'adozione di misure governative al fine di incentivare forme partecipative. Da allora sono stati elaborati altri tre rapporti PEPPER – nel 1997, nel 2006 e nel 2009 – tutti dedicati alla partecipazione finanziaria dei lavoratori nei Paesi UE.

Prima di presentare la ricca esperienza europea esaminata nei quattro rapporti PEPPER, si passeranno in rassegna le varie forme di partecipazione finanziaria dei lavoratori e i principali vantaggi e svantaggi evidenziati dalla letteratura teorica. Successivamente l'attenzione sarà focalizzata sulle principali conclusioni dei quattro rapporti PEPPER, in particolare l'atteggiamento generale verso gli schemi di partecipazione finanziaria nei singoli Paesi UE, il quadro legislativo, le forme partecipative introdotte con maggiore frequenza e l'evidenza empirica sui principali effetti raggiunti. Un caso di studio interessante è quello relativo al contesto italiano, per il quale un bilancio sull'esperienza partecipativa può costituire un utile contributo al dibattito in corso sulle riforme delle relazioni industriali.

2. Tipologie della partecipazione.

Nella ampia letteratura sul modello partecipativo sviluppatasi negli ultimi trent'anni le varie forme di partecipazione dei lavoratori sono classificate in due ampie categorie ⁽³⁾. La prima è la partecipazione dei lavoratori nel processo decisionale, nota anche come “democrazia industriale”, presente nei consigli di fabbrica e nelle cooperative del lavoro e conosciuta come sistema di codeterminazione (il c.d. *Mitbestimmung* tedesco). Praticata da diversi decenni in Germania, la codeterminazione prevede la rappresentanza paritaria dei dipendenti nei consigli di sorveglianza (lo stesso numero di azionisti e dipendenti) in tutte le imprese con oltre 2.000 lavoratori, oppure con un terzo dei membri di dimensioni minori (da 500 a 2.000 dipendenti). Dopo la svolta politica del 1989, alcuni Paesi dell'Europa centro-orientale, come la Slovenia, hanno adottato nuove norme per l'introduzione della codeterminazione, del tutto simili a quelle tedesche.

tion 92/443/EEC of 27 July on the promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results (including equity participation) in Member States, Bruxelles, 1992.

⁽³⁾ M. UVALIC, *Il modello partecipativo*, in P. GRASSELLI (a cura di), *Economia e concezioni dell'uomo*, Franco Angeli, Milano, 2007, 191-199.

La seconda categoria è la partecipazione dei lavoratori ai risultati d'impresa ⁽⁴⁾, nota anche come “partecipazione finanziaria” oppure con il termine di “democrazia economica”. La partecipazione finanziaria, secondo la definizione fornita dal primo rapporto PEPPER ⁽⁵⁾, include due forme principali: la partecipazione dei lavoratori ai risultati economici d'impresa, conosciuta anche con il termine inglese di “*profit sharing*” e la partecipazione dei lavoratori alla proprietà dell'impresa.

Nella prima forma di partecipazione dei lavoratori ai risultati economici ovvero agli utili, come anticipato, rientrano i *profit sharing*; schemi partecipativi in base ai quali il lavoratore percepisce una remunerazione variabile (sotto forma di premio) in aggiunta ad una remunerazione fissa. La parte variabile del salario è direttamente legata ai risultati d'impresa quali i profitti, il fatturato, il valore aggiunto o altri indicatori del risultato complessivo realizzato dall'azienda. La parte variabile del salario normalmente viene pagata in contanti, immediatamente dopo la rilevazione del risultato conseguito. Tuttavia ci sono schemi di *profit sharing* che prevedono pagamenti differiti; questi sono i casi in cui si può procedere al collocamento di una percentuale dei profitti in fondi che sono investiti a beneficio dei lavoratori, oppure l'altra possibilità consiste nel congelamento dei premi in conti i quali, però, non sono disponibili ai lavoratori nell'immediato ma solo dopo un determinato periodo di tempo. In alternativa, vengono distribuite ai lavoratori quote di azioni dell'impresa commisurate ai profitti o ad altre misure di performance; tali quote sono congelate, anch'esse come per i premi su citati, per un determinato periodo di tempo in un fondo fiduciario e sono da considerarsi tra le forme di *profit sharing* a pagamento differito.

Altra modalità di partecipazione finanziaria è quella che prevede schemi retributivi i quali consentono la partecipazione alla proprietà, tramite l'acquisto, da parte dei lavoratori, delle azioni dell'impresa in cui essi lavorano; da qui il termine azionariato dei lavoratori. Si tratta di schemi non direttamente collegati ai profitti, ma alla profittabilità com-

⁽⁴⁾ Per una rassegna della letteratura teorica ed empirica sulla partecipazione, si vedano W. BARTLETT, M. UVALIC, *Labour-managed firms, employee participation and profit-sharing – Theoretical perspectives and European experience*, in *Management Bibliographies & Reviews*, 1986, vol. 12, n. 4, e J.P. BONIN, D.C. JONES, L. PUTTERMAN, *Theoretical and empirical studies of producer cooperatives: Will ever the twain meet?*, in *Journal of Economic Literature*, September 1993, vol. XXXI, 1290-1320. Per un'ottima rassegna della letteratura empirica, si veda A.S. BLINDER (ed.), *Paying for Productivity – A Look at the Evidence*, The Brookings Institute, Washington, DC, 1990.

⁽⁵⁾ M. UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, cit.

plessiva dell'impresa e che permettono la partecipazione dei lavoratori ai risultati economici dell'impresa in modo indiretto tramite quote proprietarie.

Abitualmente, una parte di azioni è riservata ai lavoratori e offerta a condizioni privilegiate o in alternativa, viene loro concessa la possibilità di acquistare azioni a condizioni preferenziali, di solito con trattamenti fiscali privilegiati. Ulteriore forma di partecipazione sono i piani di azionariato dei lavoratori, i cosiddetti ESOP (*Employee share ownership plans*), che prevedono prestiti da parte di una banca (o altro finanziatore) ad un fondo fiduciario, il quale a sua volta acquista azioni allocate con versamenti periodici sui conti dei lavoratori ⁽⁶⁾.

Come chiarito nel primo rapporto PEPPER, affinché gli strumenti di partecipazione finanziaria dei lavoratori siano efficaci e consentano il conseguimento di effetti positivi, così come previsti dalla teoria economica, essi devono essere: collettivi, cioè offerti a tutti oppure alla maggior parte dei lavoratori e non essere erogati come premi individuali; distribuiti ai lavoratori regolarmente, non occasionalmente come *bonus una tantum*; devono rappresentare un supplemento al salario, e non essere quindi un compenso sostitutivo di una parte della retribuzione.

3. Le ragioni delle forme di partecipazione finanziaria tra incentivi fiscali, remunerazioni più flessibili, effetti macroeconomici e competitività per l'impresa.

Sulla partecipazione dei lavoratori esiste un'ampia letteratura teorica sviluppata a partire degli anni Settanta da studiosi come Jaroslav Vanek, James Meade, Martin Weitzman ⁽⁷⁾, i quali sostengono che le for-

⁽⁶⁾ Per approfondimenti sulla struttura degli schemi ESOP si rinvia, in *q. Fascicolo*, a: J. LOWITZSCH, *Problemi e prospettive della partecipazione finanziaria: incentivi fiscali e opportunità degli schemi ESOP*, che segue in *q. Sezione*; sulle caratteristiche e finalità di tali schemi, R. CARAGNANO, G. CARUSO, *ESOP: origine, struttura e potenzialità dello strumento partecipativo*, nell'Osservatorio internazionale e comparato; infine, sulla possibilità di creare un modello di ESOP italiano A. BORRONI, *Problemi e prospettive dell'inquadramento giuridico degli schemi ESOP di partecipazione azionaria nell'ordinamento italiano*, nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva.

⁽⁷⁾ J. VANEK, *The General Theory of Labor-Managed Market Economies*, Cornell University Press, Ithaca (NY), 1970; J.E. MEADE, *The theory of labour-managed firms and of profit sharing*, in *Economic Journal*, 1972, vol. 82, Supplement, 402-428, e J.E. MEADE, *Agathotopia: The Economics of Partnership*, Aberdeen University

me partecipative possono avere diversi effetti positivi sia sul comportamento dei lavoratori sia dell'impresa stessa, contribuendo in definitiva ad una maggiore produttività ed efficienza ⁽⁸⁾. Tali effetti positivi, soprattutto in termini di incentivazione, possono essere rafforzati se introdotti in combinazione con forme di partecipazione decisionale dei lavoratori.

Inoltre per quel che riguarda i vantaggi e gli incentivi per le singole forme di partecipazione, nel caso dei *profit sharing*, ad esempio, la sostituzione di un salario fisso, indipendente dallo sforzo dei lavoratori, con un sistema di pagamento che collega la retribuzione alla performance dell'impresa dovrebbe incentivare i lavoratori a lavorare meglio, innalzandone la produttività ⁽⁹⁾. Non solo. La creazione di un sistema aziendale più partecipativo, non può che agevolare e consentire un miglioramento dei rapporti industriali all'interno dell'impresa fra i lavoratori e la dirigenza, e favorire allo stesso tempo un miglioramento del clima lavorativo. Meade ⁽¹⁰⁾ ha illustrato ampiamente i vantaggi dei partenariati capitale-lavoro (*capital-labour partnerships*), argomentando che capitale e lavoro vengono a condividere benefici e rischi sia del successo, che del fallimento dell'impresa.

La partecipazione finanziaria, inoltre, introduce un elemento di flessibilità salariale, poiché al pagamento di una parte fissa si aggiunge una componente variabile. Tale maggiore flessibilità dovrebbe consentire all'impresa di applicare una diversa strategia occupazionale; infatti, introducendo remunerazioni variabili e aggiustamenti dei salari più frequenti, potrebbero essere possibili politiche occupazionali meno variabili, e tali da consentire di realizzare minori tassi di disoccupazione.

Per quel che riguarda gli effetti macroeconomici, invece, secondo Martin Weitzman ⁽¹¹⁾, l'introduzione del *profit sharing* a livello nazionale potrebbe essere una soluzione ai problemi della disoccupazione e della stagflazione. Considerato che per l'impresa è il salario base che rappresenta il costo marginale del lavoro, è evidente che con un sistema di

Press, Aberdeen, 1989; M. WEITZMAN, *The Share Economy*, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

⁽⁸⁾ Per una verifica empirica del comportamento delle cooperative di lavoro nelle economie occidentali, si veda S. ESTRIN, D.C. JONES, J. SVEJNAR, *The productivity effects of worker participation: producer cooperatives in Western economies*, in *Journal of Comparative Economics*, 1987, vol. 11, 40-61.

⁽⁹⁾ Si veda S. ESTRIN, P. GROUT, S. WADHWANI, *Profit-sharing and employee share ownership*, in *Economic Policy, A European Forum*, April 1987, no. 4.

⁽¹⁰⁾ J.E. MEADE, *Agathotopia: The Economics of Partnership*, cit.

⁽¹¹⁾ M. WEITZMAN, *op. cit.*

partecipazione ai profitti si può realizzare una diminuzione di tale costo così da consentire di aumentare l'occupazione, con evidenti benefici per un'economia che intende perseguire l'obiettivo del pieno impiego delle proprie forze lavorative. La mancata percezione da parte della singola impresa dei vantaggi macroeconomici del nuovo sistema retributivo renderebbe peraltro auspicabile un intervento legislativo, volto a promuovere, tramite sgravi fiscali, l'erogazione degli schemi di *profit sharing*, avvicinando così l'intera economia all'obiettivo di espansione occupazionale.

Il vantaggio complessivo degli schemi PEPPER (schemi che prevedono forme di partecipazione agli utili e/o al capitale dell'impresa), sottolineato dalla Commissione europea e legato ai su citati effetti positivi, consente di ottenere un generale effetto positivo di maggiore competitività dell'intera UE. Questo è un risultato importante dal momento che altri Paesi molto competitivi come Stati Uniti e Giappone hanno da tempo fatto un ricorso a tali forme partecipative. Un recupero in tale direzione da parte dei Paesi dell'UE consentirebbe di ridurre il deficit di competitività. In vista dell'intensificazione della concorrenza internazionale, la principale convinzione dell'UE è quindi che schemi PEPPER possano contribuire ad una maggiore efficienza e competitività delle imprese europee nell'economia globale.

3.1. Critiche agli schemi partecipativi.

Sebbene l'adozione di strumenti partecipativi sia da più parti auspicato, però, non sono mancate delle critiche anche da parte della dottrina. In primo luogo, si è sostenuto che forme di democrazia economica, come il *profit sharing*, rappresentino l'erosione dei diritti di proprietà e quindi possano danneggiare l'efficienza dell'impresa tradizionale. Inoltre, alcuni studiosi ritengono che gli incentivi collettivi siano poco efficienti, poiché rendono difficile il monitoraggio del singolo occupato e generano il problema del *free-rider*. Il singolo lavoratore che sopporta *per intero* l'onere del proprio impegno lavorativo ma *condivide* con gli altri occupati il premio per i risultati ottenuti è indotto a comportamenti sleali, attendendo che siano gli altri lavoratori ad impegnarsi, con possibili esiti finali di sotto-utilizzazione delle risorse umane.

Infine, la partecipazione dei lavoratori ai profitti espone i lavoratori ad un grado di rischio troppo elevato poiché gli occupati non hanno la possibilità di diversificare l'uso del proprio lavoro in diverse imprese/settori (come fa il capitalista). Insomma i lavoratori sono doppia-

mente esposti in quanto devono subire non solo il rischio della disoccupazione, ma anche quello di percepire un reddito che diviene “variabile”⁽¹²⁾.

3.2. Nuove linee di ricerca.

L'erogazione dei premi collettivi, come meccanismo distributivo che regola la ripartizione degli incrementi di produttività, può essere ripensata alla luce di alcuni contributi di ricerca che consentono di valutarne criticamente la reale efficacia. Un tema ampiamente dibattuto è, come si è detto, quello sollevato da Weitzman⁽¹³⁾, relativo alle ricadute macroeconomiche in termini di stimolo alla crescita occupazionale.

Della stessa opinione è anche quel filone della letteratura che fa capo a Blanchard e Giavazzi⁽¹⁴⁾ e che ha posto al centro dell'analisi il tema del potere di mercato delle imprese. La presenza di protezioni ed ostacoli alla concorrenzialità di varia natura, prima fra tutte le barriere all'entrata, fa dei *bonus* salariali più che un elemento di reale incentivazione, uno strumento di semplice distribuzione di rendite. Le imprese protette dalla concorrenza, per porsi al riparo dall'eventuale conflittualità interna, condividono con i propri lavoratori la spartizione delle rendite, compromettendo l'allargamento della base occupazionale.

Da un punto di vista empirico, la sfida alla verifica della teoria della distribuzione delle rendite è stata esaminata anche da alcune ricerche che hanno mostrato il ruolo della non concorrenzialità dei mercati nell'erogazione dei premi salariali; tanto è chiarito nello studio di Jean e Nicoletti⁽¹⁵⁾ che prende in esame dodici Paesi europei e le economie del Nord America. Tali contributi, ai quali se ne sono aggiunti altri volti a confermare gli esiti occupazionali di netto segno negativo⁽¹⁶⁾, finiscono per gettare ombre sullo stesso disegno partecipativo. Gli studi,

⁽¹²⁾ J.E. MEADE, *The theory of labour-managed firms and of profit sharing*, cit.

⁽¹³⁾ M. WEITZMAN, *op. cit.*

⁽¹⁴⁾ O. BLANCHARD, F. GIAVAZZI, *Macroeconomic effects of regulations and deregulation in goods and labor markets*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, vol. 118, 879-907.

⁽¹⁵⁾ S. JEAN, G. NICOLETTI, *Product market regulation and wage premia in Europe and North America: An empirical investigation*, OECD Economics Department Working Papers, 2002, no. 318.

⁽¹⁶⁾ G. NICOLETTI, S. SCARPETTA, *Do regulatory reforms in product and labor market promote employment? Evidence from OECD countries*, Paper presented at the ECB/CEPR Conference on *What Helps or Hinders Labor Market Adjustments in Europe*, Frankfurt, 2004.

tuttavia, non considerano in modo specifico l'aspetto collettivo dei *bonus* salariali che è invece il tratto distintivo degli schemi di *profit sharing*. Ma proprio in merito alla natura collettiva dei premi salariali non mancano altri elementi di problematicità.

È un dato comunemente riconosciuto che molte tecnologie produttive non consentano di isolare il contributo individuale alla produzione, che ormai sempre più frequentemente è l'esito di un lavoro di squadra. In assenza di misure della performance individuale, l'impresa offre al singolo uno schema remunerativo legato alla performance del gruppo, come nel caso del *profit sharing*. Ciò genera, come accennato in precedenza, problemi di *free-riding*.

Tuttavia, una soluzione che si intravede, secondo Kandel e Lazear⁽¹⁷⁾, è che i premi collettivi siano esenti dai problemi di opportunismo qualora si accompagnino ad altre pratiche, come lo sviluppo e l'adesione ad una *norma* che preveda un livello di prescrizione implicita per l'impegno del lavoratore, al di sotto del quale possano scattare atteggiamenti di sanzione e di ostracismo da parte degli altri appartenenti alla squadra. La *peer pressure* favorirebbe così uno spirito collaborativo, restituendo agli schemi partecipativi una chiara funzione di compensazione e stimolo al lavoro di gruppo.

Questo tema si colloca oggi nel filone di ricerca più ricco e promettente per gli sviluppi futuri, quello della complementarità delle diverse forme partecipative, presupposto per il potenziamento dell'efficacia di ciascuna singola misura. Il tema non nuovo nella letteratura sulla partecipazione è stato già oggetto di indagine all'inizio degli anni Novanta con gli studi di Conte e Svejnar, Levine e Tyson e la rassegna di Kruse⁽¹⁸⁾. In tali studi la ricerca economica, in modo meno frammentario e con tecniche di analisi e di verifica empirica sempre più sofisticate, ha ripreso questa prospettiva di analisi, mostrando la valenza della complementarità delle diverse strategie partecipative. Due dei più autorevoli studiosi in questo ambito, Milgrom e Roberts⁽¹⁹⁾, hanno mostrato,

⁽¹⁷⁾ E. KANDEL, E.P. LAZEAR, *Peer pressure and partnership*, in *Journal of Political Economy*, 1992, vol. 100, 801-817.

⁽¹⁸⁾ M. CONTE, J. SVEJNAR, *The performance effects of employee ownership plans*, in A.S. BLINDER (ed.), *op. cit.*; D.I. LEVINE, L.D'A. TYSON, *Participation, productivity, and the firm's environment*, in A.S. BLINDER (ed.), *Paying for Productivity – A Look at the Evidence*, The Brookings Institute, Washington, DC, 1990; D.L. KRUSE, *Profit-Sharing, Does it Make a Difference?*, Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo (MI), 1993.

⁽¹⁹⁾ P. MILGROM, J. ROBERTS, *Complementarities and fit: Strategy, structure and organizational change in manufacturing*, in *Journal of Accounting and Economics*, 1995, vol. 19, 79-208.

guardando ad un caso prototipo come la Lincoln Electric, che l'impresa moderna è «largamente di proprietà di occupati e manager, apre le porte per canali istituzionali di diretta comunicazione tra i due gruppi. Costituisce un target anche in termini di dividendi che restituisce ai suoi dipendenti sotto forma di *bonus* salariali. Fa dei *bonus* una parte importante dei compensi» e pone le condizioni affinché tali premi si accompagnino «a valutazioni su qualità, cooperazione ed idee»⁽²⁰⁾.

Quindi, un potenziamento dei canali di informazione e rappresentanza della “voce” dei lavoratori alle decisioni di impresa può generare effetti di incentivazione amplificati. Questo è il tema centrale di quel filone di ricerca che fa capo a Kruse e Freeman⁽²¹⁾, i quali hanno cercato di dimostrare che tale strategia tra informazione e rappresentanza, oltre a potenziare le interazioni partecipative, “paga” anche in termini di risultati aziendali; ne è una conferma la relazione positiva spesso osservata tra qualità delle relazioni tra manager ed occupati e performance media dei lavoratori.

Da ultimo, ma certo di non minore importanza, è il tema dell'innovazione. Le forme partecipative possono favorire l'instaurarsi di relazioni contrattuali di lungo periodo, capaci di dare stabilità ai livelli occupazionali. Si parla così di un *Relational Investing*⁽²²⁾, che rende più convenienti per le imprese i processi di formazione e miglioramento delle risorse umane. Un assetto delle relazioni industriali di tipo partecipativo dovrebbe essere ciò che motiva e rende più cooperativi i lavoratori ai cambiamenti nei modi di produzione, assicura più stabilità ai livelli occupazionali e rende quindi più convenienti per le imprese sia gli investimenti volti all'innovazione tecnologica che al miglioramento delle risorse umane. Ma è compito degli studi empirici verificare l'attendibilità di tali aspettative.

⁽²⁰⁾ Ivi, 201, trad. nostra.

⁽²¹⁾ Si vedano in particolare D.L. KRUSE ET AL., *Motivating employee-owners in E-SOP firms: Human resource policies and company performance*, National Bureau of Economic Research Working Paper, 2003, no. 10177, e R.B. FREEMAN, D. KRUSE, J. BLASI, *The same yet different: Worker reports on labour practices and outcomes in a single firm across countries*, in *Labour Economics*, 2008, vol. 15, 334-355.

⁽²²⁾ E.P. LAZEAR, R.B. FREEMAN, *Relational investing: the worker's perspective*, National Bureau of Economic Research (NBER) Working Paper, 1996, no. 5436.

4. La diffusione della partecipazione finanziaria in Europa.

Rimane da esaminare come negli ultimi anni il disegno partecipativo abbia avuto concreta applicazione nel contesto europeo. Il primo rapporto PEPPER⁽²³⁾ ha esaminato alcune caratteristiche principali degli schemi di partecipazione finanziaria dei lavoratori nei dodici Paesi UE. Per ciascuno Stato membro, sono indagati quattro aspetti principali: l'atteggiamento generale nei confronti degli schemi PEPPER da parte dei governi, dei sindacati e delle associazioni industriali; la cornice legislativa; la diffusione degli schemi nella prassi corrente e le forme più frequentemente introdotte; l'evidenza empirica sui principali effetti della partecipazione finanziaria.

Tanto è stato oggetto di studio anche nei successivi tre rapporti PEPPER. In particolare il secondo rapporto PEPPER⁽²⁴⁾ riporta un quadro più aggiornato della partecipazione finanziaria dei lavoratori, nei quindici Stati membri UE – in seguito all'ingresso nella UE di Austria, Finlandia e Svezia, mentre il terzo rapporto PEPPER⁽²⁵⁾ è dedicato alla partecipazione finanziaria dei nuovi Stati membri UE, entrati nel 2004 (Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia e Ungheria) e nel 2007 (Bulgaria e Romania), oltre ad esaminare anche la situazione di due Paesi candidati quali Croazia e Turchia. Infine, il quarto rapporto⁽²⁶⁾ prende in esame gli schemi di partecipazione finanziaria sia negli attuali 27 Stati membri UE, che nei citati due Stati candidati all'ingresso.

Nonostante il quadro europeo sulla partecipazione finanziaria dei lavoratori sia molto eterogeneo e le esperienze dei singoli Paesi europei siano assai diverse, non mancano caratteristiche comuni.

⁽²³⁾ M. UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, cit.

⁽²⁴⁾ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report from the Commission: PEPPER II – Promotion of participation by employed persons in profits and enterprise results (including equity participation) in Member States – 1996*, COM(1996)697 final, Brussels, 8 January 1997.

⁽²⁵⁾ Si veda J. LOWITZSCH (a cura di), *PEPPER III Report*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions and Institute for Eastern European Studies, Dublin, Free University of Berlin, 2006.

⁽²⁶⁾ Si veda J. LOWITZSCH, I. HASHI, R. WOODWARD (a cura di), *PEPPER IV Report*, Inter-University Centre Split/Berlin, Institute for Eastern European Studies, Free University of Berlin, 2009.

4.1. Atteggiamento generale.

Per quel che riguarda l'analisi dell'atteggiamento generale dei governi, dei sindacati e delle associazioni industriali verso gli schemi di partecipazione finanziaria, è utile distinguere fra vecchi e nuovi Stati membri UE, in quanto la situazione nei due gruppi di Paesi è assai diversa.

In alcuni dei vecchi Paesi membri UE, come Francia o Regno Unito, la partecipazione finanziaria dei lavoratori ha una lunga tradizione e differenti tipologie di schemi sono state attivamente sostenute dai governi, da diversi decenni, anche tramite importanti sgravi fiscali. Differente è la situazione della maggior parte degli altri vecchi Stati membri UE, dove, invece, il sostegno governativo verso schemi partecipativi è più recente: è questo il caso dell'Irlanda (Paese che solo nel 1982 ha introdotto il primo piano per la partecipazione, *Approved Profit Sharing Scheme* – APPS, mentre per i primi incentivi fiscali si è atteso il 1986), e dell'Austria, dove schemi di partecipazione sono sostenuti solo a partire dal 2001. In molti altri Paesi, i governi non hanno dimostrato un interesse particolare a promuovere la partecipazione finanziaria e quindi manca una presa di posizione ufficiale (per esempio in Grecia, Lussemburgo o Portogallo). L'opposizione a schemi di partecipazione finanziaria presente in alcuni Paesi UE è dovuta a diverse ragioni: da un lato l'incomprensione dei benefici potenziali della partecipazione finanziaria e dall'altro l'opposizione dei sindacati e delle associazioni degli industriali.

Numerose organizzazioni sindacali si sono tradizionalmente opposte all'applicazione di schemi PEPPER a livello di impresa. Tra le argomentazioni più frequenti vi è quella che tali schemi possano aumentare le disuguaglianze nel reddito percepito. Inoltre, sempre secondo tali organizzazioni, molti schemi, per come sono costruiti, non prevedono alcun intervento negoziale delle organizzazioni sindacali. È stato spesso anche sottolineato il problema del doppio rischio per i lavoratori inclusi negli schemi di partecipazione finanziaria: nel caso del fallimento dell'impresa, il lavoratore perde sia il lavoro che i propri risparmi.

La partecipazione finanziaria è anche stata avversata per motivi politici, in quanto spesso identificata, a partire dal caso del Regno Unito e della Francia, come iniziativa promossa dai partiti di destra. Nel caso di atteggiamenti meno critici, è stato sottolineato che gli schemi PEPPER dovrebbero rimanere al di fuori dei negoziati sui contratti collettivi. I sindacati, si sono spesso spinti in altra direzione, avanzando proposte volte alla realizzazione di forme collettive di partecipazione ai profitti maggiormente centralizzate, ad esempio tramite l'istituzione di fondi

salariali nazionali, visti come strumento per migliorare la distribuzione dei redditi e della ricchezza.

Negli anni Ottanta e Novanta la posizione della maggior parte dei sindacati si è fatta più pragmatica e si è modificata anche in ragione della ampiezza assunta dalla diffusione di tali schemi. Attualmente, molte organizzazioni sindacali di Paesi UE sostengono, anche ufficialmente, gli schemi di partecipazione finanziaria e ritengono che essi possano produrre effetti socialmente positivi. Lo schema PEPPER è così visto come un mezzo per aumentare l'imprenditorialità da parte dei lavoratori e per rafforzare gli incentivi. Molti inoltre riconoscono che sebbene l'applicazione degli accordi PEPPER possa portare ad una maggiore disuguaglianza di reddito tra i lavoratori delle varie imprese, tuttavia ha il merito di poter ridurre significativamente le disuguaglianze tra i lavoratori della stessa impresa. Un punto su cui si è esplicitamente insistito è quello di non considerare gli schemi PEPPER come una alternativa alla periodica negoziazione salariale, e quindi di mantenere l'adozione di tali schemi al di fuori della normale negoziazione sui salari.

Nei nuovi membri UE dell'Europa centro-orientale e negli attuali candidati, gli schemi PEPPER generalmente non sono stati sostenuti attivamente dai governi, seppure per ragioni molto diverse. È anche vero, però, che forme specifiche di partecipazione finanziaria, come l'azionariato dei lavoratori, sono state applicate praticamente in tutti i Paesi dell'Est Europa ad eccezione della Cecoslovacchia, ma ciò solo all'interno degli ampi programmi di privatizzazione. La partecipazione finanziaria viene infatti rifiutata anche per motivi ideologici, in quanto confusa con l'autogestione; questo è quanto si è verificato in Jugoslavia prima del 1989 ed è, comunque, espressione di una "terza via" ormai superata. I sindacati, inoltre, hanno mostrato scarso interesse e si sono invece maggiormente orientati verso la soluzione di altri problemi – come quello di mantenimento dei livelli occupazionali, di accrescimento dei salari e di miglioramento delle condizioni lavorative. Dopo la svolta del 1989, i Paesi dell'Europa centro-orientale, caratterizzati da sistemi deboli di negoziazione collettiva, hanno inoltre adottato riforme del mercato del lavoro volte alla liberalizzazione e ad una maggiore flessibilità nell'uso della forza lavoro.

Il modello partecipativo ha quindi avuto, durante gli ultimi trent'anni, una evoluzione piuttosto interessante. Mentre per lungo tempo è stato sostenuto come un'opzione della sinistra e visto come uno strumento di democrazia e di realizzazione per una maggiore equità fra capitale e lavoro, oggi viene considerato parte di una nuova cultura di relazioni industriali, intesa a promuovere l'efficienza tramite un maggiore coinvol-

gimento dei lavoratori nelle politiche dell'impresa. Strategie manageriali innovative che includono premi legati ai risultati d'impresa e politiche remunerative più flessibili dovrebbero in ultima istanza portare ad una maggiore efficienza produttiva.

Come sottolineato da Hansmann⁽²⁷⁾, si è assistito ad una rara convergenza del pensiero economico di studiosi appartenenti a due estremi politici. Per gli studiosi della sinistra, dopo il crollo del socialismo nei Paesi dell'Est come ideale economico, la democrazia economica è emersa come la riforma istituzionale principale che oggi dirige il sostegno diffuso fra i critici del capitalismo. Si spera che il controllo delle imprese da parte dei lavoratori possa aver successo lì dove il controllo dello stato socialista è fallito e ci si augura inoltre che tale controllo possa garantire una distribuzione più equa del potere e della ricchezza e diminuire l'alienazione e lo sfruttamento dei lavoratori. Gli studiosi della destra, delusi in merito all'efficienza delle forme tradizionali di rapporti fra i dipendenti e il *management*, hanno individuato proprio nelle forme partecipative una possibile alternativa per cercare un migliore equilibrio nei rapporti tra capitale e lavoro⁽²⁸⁾. L'azionariato dei lavoratori nelle imprese tradizionali, purché realizzato con quote minoritarie, è stato accettato anche da organizzazioni internazionali come il Fondo monetario europeo o la Banca mondiale. I suoi vantaggi, in un contesto di un capitalismo "popolare", dovrebbero essere quelli di assicurare una distribuzione della proprietà più equa rispetto a quella conseguibile con le regole del capitalismo "tradizionale".

4.2. Cornice legislativa.

I rapporti PEPPER documentano come la presenza di un atteggiamento complessivamente favorevole, all'interno di un determinato Paese, abbia portato anche ad una legislazione di supporto della partecipazione finanziaria. Nei vecchi Stati membri, ci sono diversi Paesi che hanno adottato leggi specifiche sugli schemi di partecipazione finanziaria, anche se i casi più noti sono quelli di Francia, Regno Unito e Irlanda. L'esperienza di questi Paesi conferma che, in presenza di leggi specifiche favorevoli all'implementazione di schemi PEPPER, le imprese so-

⁽²⁷⁾ H. HANSMANN, *When does worker ownership work? ESOPs, law firms, codetermination, and economic democracy*, in *The Yale Law Journal*, 1990, vol. 99, n. 8, 1749-1816.

⁽²⁸⁾ Ivi, 1751.

no più propense ad adottarli e questo concorre ad una maggiore diffusione degli stessi.

Similmente nei nuovi Stati membri si registra una maggiore presenza di forme di partecipazione finanziaria soprattutto in quei Paesi dove, appunto, forme partecipative sono state promosse da una legislazione specifica. In particolare, l'azionariato dei lavoratori è stato introdotto come metodo diffuso di privatizzazione negli anni Novanta. In tali programmi di privatizzazione spesso era prevista la vendita delle azioni ai dipendenti a condizioni privilegiate, in quanto non era possibile privatizzare, in un breve arco di tempo, un elevato numero di imprese con il solo ricorso alla vendita ad investitori esterni.

4.3. La diffusione della partecipazione finanziaria dei lavoratori.

I dati diffusi dai rapporti PEPPER evidenziano che la partecipazione dei lavoratori ai risultati d'impresa ha avuto una discreta diffusione negli ultimi vent'anni in quasi tutti i Paesi dell'UE, anche se per alcuni di essi, fra i quali l'Italia, non esistono statistiche precise. Nei quattro Paesi più grandi dell'UE è stato stimato che circa il 19% dei dipendenti nel settore privato è coperto da una qualche forma di partecipazione finanziaria ⁽²⁹⁾.

La Francia è il Paese dove la partecipazione finanziaria è più diffusa. Già nel 1959 è stato introdotto uno schema volontario di partecipazione dei lavoratori ai profitti, che consiste nella distribuzione periodica di un premio in contanti a tutti i lavoratori, legato ai profitti, ai guadagni di produttività o ad altri indicatori. Inoltre, nel 1967 è stata introdotta la "partecipazione ai frutti d'espansione", obbligatoria per tutte le imprese con più di 100 lavoratori, che prevede l'allocazione di una parte consistente dei profitti, calcolata secondo una formula precisa, in un fondo speciale, che viene investito e di cui beneficiano tutti i lavoratori. Sgravi fiscali sono previsti in entrambi i casi. Durante la privatizzazione di grandi imprese pubbliche avutasi negli anni Ottanta, è stata inoltre incoraggiata la vendita prioritaria delle azioni ai dipendenti.

In Germania, la forma dominante di partecipazione finanziaria è la partecipazione dei lavoratori alla proprietà delle imprese in cui essi lavo-

⁽²⁹⁾ Si veda V. PÉROTIN, A. ROBINSON, *Employee Participation in Profit and Ownership: A Review of the Issues and Evidence*, European Parliament, Luxembourg, Working paper, Social Affairs Series, SOCI 109 EN, 2003.

rano e sono previste modalità partecipative molto diverse. Circa l'80% dei lavoratori occupati in imprese che applicano gli schemi di partecipazione finanziaria dei lavoratori possiedono quote di capitale azionario della loro impresa.

Nel Regno Unito e in Irlanda, la partecipazione dei lavoratori ai profitti viene incentivata tramite importanti sgravi fiscali. In Irlanda, sono stati applicati benefici fiscali solamente agli schemi di partecipazione agli utili e alle opzioni di acquisto di azioni che hanno, pertanto, trovato la più ampia diffusione. Nel Regno Unito, più dell'80% degli schemi riguarda forme di partecipazione al capitale azionario e solamente il 16% interessa schemi di *profit sharing*, nella forma di distribuzione di premi in contanti. Va detto, inoltre, che in occasione delle privatizzazioni degli anni Ottanta, il governo Thatcher, favorevole all'idea del "capitalismo diffuso", ha offerto ai lavoratori condizioni privilegiate di acquisto.

Per quanto riguarda i nuovi Stati membri UE, il terzo rapporto PEPPER mostra che attualmente la forma più diffusa di partecipazione è la partecipazione dei lavoratori alla proprietà. Durante la transizione verso economie di mercato, fenomeno diffuso negli anni Novanta, uno degli elementi principali delle radicali riforme economiche è stata la privatizzazione delle imprese, che in passato erano quasi interamente di proprietà statale. La privatizzazione ha quindi portato alla diffusione dell'azionariato dei lavoratori in quasi tutti i Paesi dell'Europa centro-orientale (ad eccezione della Repubblica Ceca e della Slovacchia), anche per l'assenza di reali alternative. Le esperienze di *profit sharing* (che non sono forme di azionariato ma rappresentano invece forme di partecipazione agli utili) sono state meno frequenti, seppure spesso le stesse imprese, nei loro statuti, prevedono la possibilità di erogare premi collettivi legati ai risultati d'impresa.

4.4. Effetti degli schemi PEPPER.

Per quel che attiene agli effetti derivanti dall'adozione di schemi PEPPER nei contesti nazionali dei Paesi membri dell'UE, negli anni sono state elaborate diverse ricerche empiriche. Un primo bilancio effettuato sulla base di un'ampia mole di ricerche, seppure eterogenee per le metodologie adottate, dà conferma di un esito generalmente positivo sulla produttività in molti Paesi e, nei casi meno favorevoli, di semplice neutralità delle forme partecipative, come emerge dalla rassegna di Pérotin

e Robinson ⁽³⁰⁾. Mentre per quel che riguarda gli impatti sull'occupazione i dati forniti sono meno chiari poiché la ricerca non ha prodotto risultati univoci. È emerso comunque in numerosi studi che la partecipazione finanziaria ha effetti maggiori se accompagnata dalla partecipazione decisionale.

Per quanto riguarda l'esperienza di imprese vendute ai lavoratori nei nuovi membri – per esempio nei Paesi baltici, Polonia, Ungheria, o Slovenia – è stato documentato dalle ricerche empiriche che la performance di queste imprese si è rivelata simile a quella di altri tipi di imprese ⁽³¹⁾. Tale risultato contraddice le ipotesi avanzate all'inizio degli anni Novanta in merito alla minore efficienza dell'impresa venduta ai lavoratori. I risultati empirici, comunque, rimangono non conclusivi.

4.5. Le recenti tendenze nell'esperienza dei Paesi europei.

Le tendenze della partecipazione finanziaria nei Paesi già membri o candidati all'ingresso nell'UE sono state oggetto di valutazione nel recente PEPPER IV ⁽³²⁾, elaborato in risposta al deficit di dati e di statistiche precise sulla diffusione degli schemi PEPPER in molti Paesi europei. Il rapporto, oltre a raccogliere informazioni sul profilo dei singoli Paesi desumibili da indagini nazionali, utilizza i risultati di tre diverse fonti, che consentono una comparazione tra Stati. Due di esse esaminano il fenomeno partecipativo a livello di impresa: per aziende di grandi dimensioni, nell'indagine CRANET ⁽³³⁾, o quotate in borsa nella banca dati EFES ⁽³⁴⁾. La terza fonte documenta il fenomeno partecipativo rilevando numerosità e tipologia dei lavoratori coinvolti (EWCS) ⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ V. PÉROTIN, A. ROBINSON, *op. cit.*

⁽³¹⁾ Si veda M. UVALIC, D. VAUGHAN-WHITEHEAD, *Privatization Surprises in Transition Economies – Employee Share-ownership in Central and Eastern Europe*, International Labour Office & Cheltenham, Edward Elgar, Budapest, 1997 (ristampa: Cheltenham, Edward Elgar, 1999).

⁽³²⁾ J. LOWITZSCH, I. HASHI, R. WOODWARD (a cura di), *op. cit.*

⁽³³⁾ *Cranfield Survey on International HRM*, condotta dalla Cranfield School of Management, sulle imprese con almeno 200 dipendenti ogni 4-5 anni.

⁽³⁴⁾ I dati EFES sono raccolti per molti anni dalla European Federation of Employed Shareholders (EFES) per le imprese quotate (2.200) e per le maggiori imprese (200) in 29 Paesi europei.

⁽³⁵⁾ *European Working Conditions Survey*, condotta sulle famiglie di ventinove Paesi europei, ogni 4-5 anni, dalla European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions di Dublino.

Secondo le conclusioni di PEPPER IV, durante l'ultimo decennio la partecipazione finanziaria è decisamente cresciuta sia nei vecchi che nei nuovi Paesi membri. Inoltre, le differenze fra le due parti dell'Europa (ovest-est) sono meno marcate di quanto si pensava prima. I risultati più importanti che accomunano le tre ricerche sono quelle di una tendenza generalizzata, negli anni 1999-2005, all'aumento delle forme partecipative. Fanno eccezione solo pochi Paesi, come l'Italia, che sono peraltro anche quelli collocati nella fascia dei Paesi a minore incidenza degli schemi di partecipazione ⁽³⁶⁾.

In merito alla composizione delle diverse forme partecipative, si rileva a tutt'oggi la maggiore diffusione del *profit sharing*, soprattutto in Francia, dove il 92% delle imprese è coinvolto in tali schemi. Per gli ESOP, invece, il dato di maggiore diffusione è quello registrato in Polonia dove si tocca la soglia del 40% (dati CRANET).

È interessante peraltro rilevare l'ampia eterogeneità tra Paesi; basti pensare che il *range* di applicazione per gli ESOP va dal 4% al 40%, mentre per il *profit sharing* si arriva addirittura ad un ventaglio 4-92%. L'Irlanda è il Paese che in entrambi i casi ha la collocazione inferiore nell'indagine CRANET. Ancora in merito alle eterogeneità tra Paesi colpisce che nell'ambito delle stesse economie che hanno conosciuto un passato socialista (i Paesi in transizione) non manchino differenze di rilievo. Gli ESOP ad esempio, legati ai programmi di privatizzazione, seppure ampiamente diffusi in alcuni Paesi come Polonia, Bulgaria e Croazia, sono molto meno diffusi in altri contesti come Romania, Slovacchia e Repubblica ceca. L'esito della comparazione peraltro si modifica se si restringe il campione alle sole imprese quotate ed in questo caso la Polonia passa all'ultima posizione in termini di incidenza degli ESOP (indagine EFES).

Del resto non mancano differenze di rilievo tra gli stessi Paesi accomunati da caratteristiche istituzionali omogenee come nel nord Europa. La Danimarca ha una netta posizione di leadership in termini di ESOP rispetto a Svezia e Finlandia, un risultato confermato da entrambe le fonti CRANET ed EFES.

Altro dato interessante è quello fornito dall'indagine EWCS che rileva come sia sempre maggiore il numero dei lavoratori coinvolti. Si segnala a tale proposito che gli occupati che hanno schemi partecipativi sono,

⁽³⁶⁾ Un altro Paese che vede una tendenza alla flessione è inoltre il Regno Unito, che vanta comunque una solida tradizione in termini di partecipazione finanziaria dei lavoratori.

nel confronto 2000-2005, in progressiva crescita, con una posizione di leader della Slovacchia.

Il dato generale EWCS è senz'altro da utilizzare con cautela per i non pochi problemi di metodo che pone. Tuttavia, porta a constatare che ancora minoritaria nell'esperienza europea è la fascia di occupati che non è co-protagonista nel processo produttivo, ma semplice forza lavoro. Dunque "molto rimane da fare", come si suggerisce nel PEPPER IV⁽³⁷⁾ e questo rappresenta un elemento di riflessione anche per l'agenda politica italiana.

5. L'esperienza italiana.

E proprio l'esperienza italiana rappresenta un caso di studio interessante per riflettere sul ruolo della partecipazione finanziaria dei lavoratori ai risultati di impresa. L'Italia all'inizio degli anni Novanta ha attuato una riforma del sistema contrattuale, conosciuta come Protocollo Giugno del luglio 1993, volta ad allineare maggiormente gli incrementi retributivi alle performance aziendali. Ma, paradossalmente, è proprio in quegli anni che in l'Italia è registrato un rallentamento nella crescita della produttività. Si è trattato di un vero e proprio "tracollo", come ha rilevato Tronti⁽³⁸⁾, che ha condotto il Paese, nel giro di un decennio (1995-2005), ad avere un reddito per abitante di otto punti sotto la media europea.

Un breve riesame del caso italiano può aiutare a riflettere sull'evidente paradosso. Una delle cause della mancata crescita può infatti essere rintracciata nella scarsa diffusione degli schemi partecipativi, che nonostante la riforma contrattuale, non hanno conosciuto un reale rafforzamento in Italia ad opera della contrattazione integrativa.

Va detto che prima della metà degli anni Ottanta poche esperienze di partecipazione finanziaria dei lavoratori ai risultati di impresa erano state registrate nel contesto italiano, con la sola eccezione rappresentata dalle cooperative, particolarmente numerose ed attive nell'economia del Paese. La Costituzione italiana, con l'articolo 46, «riconosce il dirit-

⁽³⁷⁾ I. HASHI, R. WOODWARD, *Availability of financial participation schemes in EU companies*, in J. LOWITZSCH (a cura di), *Financial participation of employees in the EU-27*, Studies in economy transition, Palgrave Macmillan, New York, 2009, 31-36, qui 35.

⁽³⁸⁾ L. TRONTI, *The July Protocol and Economic Growth: The Chance Missed*, in N. ACOCELLA, R. LEONI (eds.), *Social Pacts, Employment and Growth*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2007, 217-267.

to dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi alla gestione delle aziende»⁽³⁹⁾, tuttavia, la legislazione sul punto è rimasta assente e si è dovuto attendere il 1997 per avere provvedimenti volti a promuovere, tramite incentivi fiscali, una maggiore diffusione delle forme partecipative⁽⁴⁰⁾.

Alla fine degli anni Ottanta, inoltre, ha trovato ampia diffusione l'erogazione di premi variabili, specie nella tipologia del *profit sharing*. Le ragioni, come è emerso dagli studi, erano legate alla favorevole fase ciclica di espansione dei profitti ed erano correlate ai processi innovativi messi in atto dalle imprese italiane⁽⁴¹⁾.

Si trattava di innovazioni soprattutto di processo, volte a conquistare margini di competitività, e richiedevano, comunque, un clima di collaborazione nelle relazioni industriali tale da favorire il buon esito dei mutamenti in atto. La necessità di una maggiore cooperazione e di una riduzione della conflittualità nei luoghi di lavoro, da un lato, ed il parziale allentamento del meccanismo di indicizzazione salariale, dall'altro, erano quindi tra i fattori principali che motivavano e favorivano l'erogazione di premi salariali variabili. Tuttavia, il fenomeno era ancora circoscritto e dati più certi erano di difficile reperimento per l'assenza di rilevazioni ufficiali per l'intera economia; tuttavia, sulla base di studi come quelli di Biagioli, Broglia e Cardinaleschi⁽⁴²⁾, si

⁽³⁹⁾ È opportuno ricordare che la possibilità di introdurre forme partecipative era prevista dal codice civile, ma, come si richiama in M. UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, cit., 103, sia l'art. 2103 c.c., che l'art. 13 Stat. lav. precisavano che tutti i compensi dei lavoratori dovevano essere considerati componenti del salario.

⁽⁴⁰⁾ Si fa riferimento agli incentivi fiscali introdotti con il d.l. n. 67/1997, cui seguiranno altri provvedimenti che innalzeranno progressivamente la parte del salario variabile esente dal pagamento dei contributi sociali, fino a portarla al 5%. Per un'analisi più dettagliata della normativa italiana si rimanda al PEPPER IV, 2009, 133-136. Per una proposta relativa agli interventi da adottare in merito alla partecipazione dei lavoratori agli utili dell'impresa, preceduta da una breve discussione del dibattito in atto, si veda tra gli altri P. ICHINO, *Il disegno di legge sulla partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, in www.pietroichino.it/?p=2981, 2009.

⁽⁴¹⁾ Si veda la parte del PEPPER I dedicata all'Italia (M. UVALIC, *The PEPPER Report: Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member States of the European Community*, cit., 101-118) e quella del PEPPER II (1995, 151-152).

⁽⁴²⁾ M. BIAGIOLI, B. BROGLIA, S. CARDINALESCHI, *La diffusione di voci retributive legate ai risultati di azienda e di altre voci incentivanti non tradizionali nella recente contrattazione aziendale*, IRES, Roma, 1992.

stimava che all'inizio degli anni Novanta circa il 6% di lavoratori fossero coinvolti dalle nuove forme partecipative.

Uno spazio nuovo alla partecipazione finanziaria dei lavoratori ai risultati di impresa si è aperto in Italia con l'Accordo del 1993. L'intesa strutturava in modo nuovo la struttura della contrattazione articolata su due livelli, distinti per competenze e durata; inoltre promuoveva un potenziamento del secondo livello contrattuale e diverse modalità di distribuzione del prodotto. I *bonus* aziendali si aggiungevano agli incrementi stabiliti dal contratto nazionale di categoria (ancorati alla inflazione prevista) e venivano concordati tramite contrattazione collettiva. Tali erogazioni si affiancavano così (e progressivamente potevano sostituirsi) ai premi individuali, i cosiddetti *superminimi* contrattuali, definiti *ad personam* ed ereditati dal precedente sistema di determinazione dei salari. Amplificare gli effetti di incentivazione e realizzare una maggiore diversificazione retributiva tra imprese costituivano insomma due delle principali priorità del nuovo disegno contrattuale. Ma un bilancio realistico, a quindici anni circa dall'accordo, mostra che tali aspettative sono state in larga parte disattese, innanzitutto perché si è contrattato poco.

Questo dato emerge fin dalla prima indagine Istat del 1999, relativa agli anni 1995-1996 su un campione di imprese con almeno 10 addetti. L'incidenza del decentramento contrattuale aveva un qualche peso solo nelle grandi imprese e la contrattazione aziendale poco utilizzava la flessibilità salariale per incentivare la produttività; la diffusione dei premi collettivi legati ai risultati di impresa era senz'altro modesta, coinvolgendo appena il 25% dei lavoratori, mentre più del 77% beneficiava di *bonus* individuali ⁽⁴³⁾.

Un'altra importante fonte per l'economia nazionale, Banca d'Italia, sulla base dell'indagine annuale (l'Indagine sugli investimenti nel settore manifatturiero) stimava altri fattori di debolezza: nel 1999 solo il 44,9% delle imprese manifatturiere con più di 50 addetti adottavano premi ancorati ai risultati di impresa e ben il 18% continuava ad erogare i tradizionali premi fissi.

L'altro dato poco incoraggiante fornito da Banca d'Italia, utile a misurare l'effettiva realizzazione in Italia di schemi di *profit sharing*, riguardava l'entità dei premi che rimaneva modesta, pesando per circa lo

⁽⁴³⁾ L'Istat stimava che solo il 9,9% del totale delle imprese che operavano nella industria e nei servizi vendibili aveva siglato contratti aziendali, mentre gli occupati coinvolti erano circa il 38%. Inoltre, circa due terzi delle grandi aziende industriali con più di 500 addetti e circa la metà delle imprese medie dello stesso settore erano impegnate nelle negoziazioni aziendali.

0,6-0,8% sulle retribuzioni industriali dell'anno precedente ⁽⁴⁴⁾. Per gli anni successivi, come rileva ancora Casadio ⁽⁴⁵⁾, la stessa qualità delle informazioni disponibili si è ridotta: l'Istat non ha più fornito informazioni con ampia copertura settoriale e dimensionale e l'indagine condotta dalla Banca d'Italia non ha riproposto domande tali da consentire di conoscere la copertura della contrattazione aziendale e le tipologie dei premi accordati. Confindustria, infine, ha sospeso nel 1997 l'indagine annuale sull'industria.

Uno scenario di ampio respiro temporale, seppure ancora una volta ristretto alle medie e grandi imprese, è quello fornito dal CNEL, che dispone di un ricco archivio di contratti di secondo livello. Il dato più importante che emerge da questa raccolta conferma la tendenza alla riduzione della partecipazione finanziaria dei lavoratori ai risultati di impresa. Dall'archivio CNEL emerge inoltre che, perfino in un settore leader in termini di pratiche partecipative, come quello metalmeccanico, l'incidenza dei premi collettivi variabili scende negli ultimi anni, passando dal 51% nel 2000 nelle grandi imprese al 37% del 2004, e negli stessi anni un calo ancora più forte (dal 50% al 22%) si registra nelle imprese di dimensioni inferiori.

Il dato più recente è comunque quello reso disponibile dall'indagine I-sfol per il 2005 ⁽⁴⁶⁾ che per la prima volta ha offerto un quadro complessivo della realtà italiana, comprendendo tutte le fasce dimensionali di impresa e tutti i settori non agricoli della *market economy*. Tale partecipazione, anche negli ultimi anni, rimane realmente diffusa solo nelle grandi imprese, nel centro-nord e nel settore industriale. Sono escluse invece micro e piccole aziende anche nelle macroaree settentrionali più dinamiche. Ma il dato nuovo messo a fuoco per la prima volta dall'indagine fa anche luce sulla tipologia dei lavoratori coinvolti, in prevalenza maschi e operanti in stabilimenti in cui è presente il sindacato. Si evidenzia, inoltre, la scarsa adozione degli schemi di partecipazione nel comparto dei servizi, il settore a più alta intensità di lavoro.

⁽⁴⁴⁾ P. CASADIO, *Contrattazione aziendale integrativa e differenziali salariali territoriali: informazioni dall'Indagine della Banca d'Italia*, lavoro preparatorio per la Commissione Interistituzionale di Indagine sul Lavoro istituita nel 2007 dai Presidenti del Senato della Repubblica, della Camera dei Deputati e del CNEL, 2008. Altre fonti, ma con una copertura parziale, come Federmeccanica per il metalmeccanico, hanno peraltro segnalato che il picco di adozione dei premi collettivi si sia realizzato alla metà degli anni Novanta, per poi conoscere una tendenziale flessione.

⁽⁴⁵⁾ P. CASADIO, *op. cit.*

⁽⁴⁶⁾ M. DAMIANI, A. RICCI, *La retribuzione integrativa aziendale in Italia: una nuova evidenza empirica*, in *Economia & Lavoro*, 2010, vol. 3.

Un dato importante e che certo contribuisce a spiegare quel deficit di “capitale organizzativo” che, nel decennio 1995-2005, ha visto l’Italia registrare, nel confronto europeo, l’arretramento più vistoso in termini di dinamica della produttività del lavoro.

6. Riflessioni conclusive.

Per molti anni la partecipazione finanziaria dei lavoratori è stata vista come un’idea della sinistra, sostenuta per motivi di democrazia economica e di maggiore equità fra lavoro e capitale. Oggi essa viene invece considerata parte di una nuova cultura manageriale, intesa a promuovere l’efficienza economica, tramite un maggiore coinvolgimento dei lavoratori nelle politiche dell’impresa.

Tuttavia, permangono ragioni che spiegano l’insufficiente sostegno degli schemi PEPPER. Una di queste è legata alla stessa mancanza di informazioni: si sa poco sulle esperienze positive della partecipazione nei vari Paesi europei. Inoltre, permane un rifiuto pregiudiziale e di tipo ideologico e spesso le esperienze partecipative sono percepite come in contrasto con le nuove pratiche manageriali. Per quanto riguarda i Paesi dell’Europa dell’est, oggi membri UE, l’adozione degli schemi PEPPER non è stata promossa durante i negoziati sull’adesione, poiché la partecipazione finanziaria dei lavoratori non fa parte dell’*acquis communautaire*.

La strategia UE per la crescita e occupazione prevede un legame più forte fra salario e performance, come è stato sottolineato dal vicepresidente della Commissione europea Gunter Verheugen nella Prefazione al PEPPER III. L’Unione europea ha così oggi un ruolo importante nel promuovere la partecipazione in contesto allargato tramite l’uso di molti canali: maggiori informazioni ai governi; valutazione e analisi aggiornata delle esperienze accumulate nei vari Paesi; maggiore diffusione dei risultati delle ricerche che hanno dimostrato effetti positivi.

Infine, la sfida posta dalla crisi economica globale del 2008-2009 è quella di riconsiderare la partecipazione finanziaria dei lavoratori come una valida alternativa alla diminuzione dei posti lavoro o alla chiusura delle imprese, una alternativa di sicuro interesse comune.

Teoria e prassi della partecipazione finanziaria in Europa – Riassunto. *Gli AA. ripercorrono l’esperienza dei Paesi dell’Unione europea nel campo della partecipa-*

zione finanziaria, sia nella forma di partecipazione agli utili (profit sharing) sia in quella di partecipazione al capitale, alla luce degli atti della Commissione europea e delle indicazioni fornite dai rapporti PEPPER. Gli AA. indagano i vantaggi e gli svantaggi derivanti dall'adozione di tali sistemi partecipativi nonché gli effetti positivi sui lavoratori e sull'impresa in termini di maggiore produttività ed efficienza. Se con i profit sharing il lavoratore percepisce una remunerazione variabile (sotto forma di premio) collegata ai profitti e al fatturato in aggiunta ad una remunerazione fissa, con le forme di partecipazione alla proprietà si realizza, invece, l'acquisto da parte dei lavoratori delle azioni dell'impresa in cui essi lavorano. Entrambe le tipologie sono diffuse nel contesto europeo con una prevalenza delle prime rispetto alle seconde, seppure non mancano, in dottrina, critiche, agli schemi partecipativi. In Paesi come Regno Unito e Francia gli schemi partecipativi, sono diffusi e sono stati attivamente sostenuti dai governi nazionali anche con incentivi fiscali; nei Paesi neocomunitari (ovvero nei Paesi che si candidano ad entrare in Europa), secondo i dati PEPPER, negli ultimi anni, si è verificata una crescita tale da ridurre al minimo le differenze tra est e ovest Europa e con una maggiore diffusione di profit sharing. A fronte dell'analisi svolta del quadro europeo, gli AA. esaminano l'esperienza italiana dove sono poco sviluppati sistemi partecipativi nonostante con l'Accordo del 1993 si sia intervenuti con una legislazione di potenziamento degli incrementi retributivi legati alle performance. Ad oggi in Italia la partecipazione è diffusa solo nelle grandi aziende del centro-nord e del settore industriale con l'esclusione delle piccole e medie imprese.

Theoretical and practical aspects of financial participation in Europe (Article in Italian) – Summary. *The paper retraces the experience of the EU Countries with reference to financial participation, either in terms of profit sharing and shareholding, on the basis of the documentation provided by the European Commission and information contained in the PEPPER Reports. The paper also investigates the advantages and the disadvantages in the implementation of these participatory models, also examining the positive effects that they have on workers and businesses in terms of productivity and efficiency. By resorting to profit sharing, workers are entitled to fixed salary, and to a variable amount of money (in the form of bonuses) depending on company profits and turnover. On the other hand, shareholding provides that employees buy shares in the company they work for. Despite widely implemented in Europe, with shareholding being prevalent, these models have attracted criticism from the scholars. In some Countries, such as England and France, these forms of participation have been enforced and actively supported by the Government by means of tax incentives. According to data provided by PEPPER Reports, the Countries that recently entered the European Union, and those which are willing to do so, have experienced an increase in the implementation of them, especially of profit sharing, to the extent that nowadays there is little difference between Eastern and Western Countries in this connection. In addition, the paper analyses the Italian case, pointing out that participative models have not a widespread implementation even though the enforcement of the 1993 Agreement increased bonuses linked to productivity. Nowadays, workers' participation only applies in big-sized manufacturing companies based in the North and in the Center of Italy.*

Problemi e prospettive della partecipazione finanziaria: incentivi fiscali e opportunità degli schemi ESOP

Jens Lowitzsch

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Contesto: l'Agenda europea. – **3.** Panoramica degli incentivi fiscali per la partecipazione finanziaria. – **3.1.** Piani su base azionaria. – **3.2.** *Stock options*. – **3.3.** Partecipazione agli utili con ripartizione del premio in denaro. – **3.4.** Principi generali per gli incentivi fiscali nella UE. – **4.** Il piano di azionariato dei lavoratori. – **4.1.** I piani di azionariato dei lavoratori e la partecipazione agli utili su base azionaria. – **4.2.** Caratteristiche specifiche dei piani di azionariato dei lavoratori. – **4.3.** Rischi potenziali e costi dell'introduzione di un piano di azionariato dei lavoratori. – **5.** ESOP, un veicolo per garantire la successione nelle aziende.

1. Introduzione.

«[...] La partecipazione finanziaria dei dipendenti, come conferma [il rapporto PEPPER IV], si è sviluppata considerevolmente nell'ultimo decennio. Questa occasione è benvenuta. Nonostante ciò, bisogna tenere presente che questa non è una tendenza generale. I dipendenti che occupano posizioni dirigenziali beneficiano di questa opportunità molto più dei dipendenti semplici. Le piccole aziende adottano raramente schemi retributivi complessi. Coloro che lavorano in aziende quotate in borsa hanno più possibilità di partecipazione a forme di azionariato dei dipendenti.

[...] I principi base della prudenza richiedono che i regimi di partecipazione finanziaria vengano proposti come componenti aggiuntive del salario. Questi dovrebbero anche far sì che i lavoratori non incorrano in gravi debiti per investire in azioni, essendo quelle del proprio datore di lavoro. Le acquisizioni di capitale da parte dei dipendenti, come per esempio nel caso dei piani di azionariato dei lavoratori (*Employee Stock*

* *Assistant Director, Inter-Universitäres Rechtszentrum, Berlin/Split, Freie Universität Berlin.*

Ownership Plans, ESOP) possono rappresentare, ovviamente, una modalità di trasferimento della proprietà aziendale molto attraente. [...]»⁽¹⁾.

Con queste parole Jean-Claude Juncker, presidente del cosiddetto Eurogruppo dei ministri dell'Economia e della Finanza della zona euro e Premier del Lussemburgo, nella sua introduzione alla relazione che accompagna il PEPPER IV del 2009 rievoca il bisogno di uno sviluppo sostenibile e il più possibile ampio della partecipazione finanziaria che legittima l'attuale dibattito su nuove forme partecipative alla luce del fenomeno sempre più diffuso dell'invecchiamento della popolazione europea. In particolare il problema riguarda la successione, alla seconda e soprattutto alla terza generazione, nelle imprese familiari.

Con l'adozione di nuove forme di finanza aziendale, si assisterà ad una diminuzione dei trasferimenti in seno alle famiglie e ad un corrispondente aumento di vendite a compratori esterni. L'entrata di investitori esteri in mercati che generalmente erano nazionali determinerà, a sua volta, un ampliamento della gamma di potenziali compratori di piccole e medie imprese, favorendo così la successione all'interno delle imprese.

Una comunicazione della Commissione del 2006⁽²⁾ già segnalava che con l'invecchiamento della popolazione europea un terzo degli imprenditori della UE, in particolar modo le aziende a conduzione familiare, si sarebbero ritirate nell'arco di dieci anni. Questa situazione potrebbe determinare ogni anno un consistente aumento di trasferimenti di attività tale da colpire circa 690.000 piccole e medie imprese, che rappresentano la spina dorsale delle economie, delle culture e delle tradizioni nazionali europee, e mettere a rischio 2,8 milioni di posti di lavoro. La vendita di queste aziende ad esempio a fondi di *Private Equity*⁽³⁾ e a investitori strategici potrà avere ripercussioni non solo sulla vita lavora-

⁽¹⁾ INTER-UNIVERSITY CENTRE AT THE INSTITUTE FOR EASTERN EUROPEAN STUDIES, FREE UNIVERSITY BERLIN (a cura di), *The PEPPER IV Report: Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*, novembre 2009, sintesi in italiano, in anche in www.adapt.it, Osservatorio Partecipazione dei lavoratori.

⁽²⁾ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Implementing the Lisbon Community Programme for Growth and Jobs. Transfer of Businesses – Continuity through a new beginning*, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 14 marzo 2006, COM(2006) 117 def.

⁽³⁾ Il volume di queste transazioni in Europa è aumentato negli ultimi anni, passando da 126 miliardi di euro nel 2005 a un nuovo picco di 178 miliardi di euro nel 2007 (fonte: Incisive Financial Publishing, 2007).

tiva di molti lavoratori europei, ma anche sul loro benessere materiale e sulla qualità delle rispettive comunità. Non è escluso che questo processo possa mettere in pericolo la struttura regionale di successo delle attività economiche europee a gestione familiare ⁽⁴⁾ con effetti importanti sulla stessa Comunità europea, i suoi valori, la sua visione e la sua efficacia.

2. Contesto: l'Agenda europea.

A livello europeo la Commissione e il Parlamento hanno lanciato una nuova iniziativa, contenuta nel parere sulla comunicazione della Commissione relativa al quadro per la promozione della partecipazione finanziaria ⁽⁵⁾ del Comitato economico e sociale europeo del 26 febbraio 2003 ⁽⁶⁾ per indagare gli effetti sulle questioni sollevate dalla risoluzione del 5 giugno 2003 ⁽⁷⁾, incluso uno studio sulla messa a punto di un Ente di monitoraggio europeo. Nel 2006, nella premessa alla terza relazione PEPPER, il vicepresidente della Commissione Günther Verheugen postulava un legame più forte tra stipendio e performance come uno dei possibili modi per riformare i mercati del lavoro. Inoltre, nel settembre 2007 Christine Lagarde, Ministro dell'economia, delle finanze e del lavoro francese, annunciava che in occasione dell'imminente presidenza dell'Unione europea, che sarebbe avvenuta nel luglio 2008, la Francia avrebbe desiderato lanciare un modello europeo di partecipazione finanziaria supportato dai Paesi membri.

Il libro *La Partecipazione finanziaria per una nuova Europa sociale*, presentato al Parlamento europeo ⁽⁸⁾ nel 2008, introduce una politica ed una proposta per un concetto europeo di azionariato dei lavoratori e di partecipazione agli utili, con un ampio sistema di incentivi composto da alternative flessibili che corrispondano alle diverse soluzioni già esistenti nei sistemi nazionali. L'obiettivo è definire un modello generale e

⁽⁴⁾ DEUTSCHE BANK RESEARCH, Deutscher Mittelstand vom Aussterben bedroht? Unternehmensnachfolge im Fokus [Il "Mittelstand" tedesco – una specie in pericolo? Obiettivo: la successione nelle aziende], temi d'attualità 387, 29 maggio 2007, 1, in www.dbresearch.de.

⁽⁵⁾ COM (2002) 364 def.

⁽⁶⁾ COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti*, 26 febbraio 2003, SOC/115 - CESE 284/2003.

⁽⁷⁾ P5-TA (2003) 0253.

⁽⁸⁾ Con una premessa del suo già Presidente, Hans-Gert Pöttering, pubblicato in francese, inglese e tedesco nel 2009, è uscito in Italia con una premessa di Mario Sepi, Presidente del Comitato economico e sociale europeo.

sovranaZIONALE di riferimento, appoggiandosi sul c.d. approccio modulare, che possa essere utilizzato in tutta l'Unione europea e che sia il risultato delle buone prassi, delle tradizioni e delle legislazioni nazionali. Attualmente il Comitato economico e sociale europeo sta elaborando un parere in materia.

Nel 2009 la quarta relazione PEPPER ⁽⁹⁾ fornisce non solo una panoramica completa sulla partecipazione dei lavoratori in tutti gli Stati membri e in Croazia e Turchia, Paesi candidati all'ingresso nell'Unione europea, ma anche una serie di dati empirici complessivi sulla partecipazione, sul suo significato nella prassi economica, sugli ostacoli giuridici e sulle prospettive future.

Il rapporto è costituito da tre elementi complementari essenziali che si sovrappongono l'uno all'altro: descrizione dell'ambito legislativo, degli incentivi fiscali e di altro tipo, dell'atteggiamento delle parti sociali, divisi per schede-Paese; *benchmarking* della partecipazione finanziaria, cioè portata e natura dei regimi di partecipazione finanziaria nell'ambito delle varie scheda-Paese; analisi comparata delle politiche e delle caratteristiche nazionali che influenzano l'applicazione della partecipazione finanziaria fornendo un contestuale quadro di riferimento per ogni singolo profilo.

I risultati e i dati forniti dal rapporto sono consistenti e, al di là delle loro fonti, confermano che negli ultimi dieci anni vi è stato uno sviluppo significativo della partecipazione finanziaria dei lavoratori in Europa. Questa affermazione vale sia per la partecipazione agli utili sia per l'azionariato dei lavoratori, anche se il primo strumento è molto più diffuso del secondo. In tutta Europa la percentuale di aziende che offrono i vari regimi PEPPER ⁽¹⁰⁾ è in crescita. I dati mostrano che tra il 1999 ed il 2005 i piani di azionariato offerti a tutti i dipendenti sono passati dal 13% al 18% e i regimi di partecipazione agli utili dal 29% al 35% (entrambe, medie nazionali ponderate). Tuttavia, nonostante nel complesso si sia registrata questa dinamica positiva, sembra che la partecipazione

⁽⁹⁾ Il progetto finanziato dalla Commissione, realizzato dall'autore di questo articolo, colma il vuoto esistente tra le relazioni PEPPER I/II (1991, EU-12, e 1997, EU-15) e PEPPER III (2006, 10 nuovi Paesi membri e 4 Paesi candidati) che attualmente impedisce di delineare un profilo preciso delle politiche e delle prassi relative alla partecipazione finanziaria e che analizza gli indicatori di *benchmarking* sviluppati dalla Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro.

⁽¹⁰⁾ Ossia i regimi di promozione della partecipazione dei lavoratori agli utili e ai risultati dell'impresa e che sono così definiti dal nome di rapporti internazionali che esaminano la diffusione dei sistemi di partecipazione finanziaria in Europa, *n.d.r.*

finanziaria sia stata estesa a una proporzione significativa della popolazione attiva dei lavoratori soltanto in pochi Paesi.

A riguardo appare centrale la particolare enfasi che nel rapporto è stata posta sullo sviluppo dei piani di azionariato dei dipendenti, i c.d. ESOP (dall'espressione inglese *Employee Stock Ownership Plan*), e sui relativi schemi.

Gli ESOP, nati negli Stati Uniti e ancora poco conosciuti e implementati in Europa, ad eccezione dell'Irlanda e del Regno Unito, ma anche dell'Ungheria, sono strumenti finanziari e in particolare schemi previdenziali integrativi nei quali la società promotrice versa i contributi dei dipendenti, sotto forma di azioni, a una società fiduciaria denominata *trust* (o società ESOP) che amministra le azioni in nome e per conto dei lavoratori. Il sistema così strutturato consente ai lavoratori di diventare proprietari della società presso cui lavorano evitando che le azioni possano essere vendute ad investitori esterni. In tal modo si interviene su due aspetti: i lavoratori sono più motivati e produttivi e l'azienda diventa più competitiva.

3. Panoramica degli incentivi fiscali per la partecipazione finanziaria.

L'analisi dei dati della relazione PEPPER IV induce a concludere che nel quadro europeo sia i requisiti sia le forme che assumono gli incentivi fiscali sono in generale simili, anche se si differenziano sostanzialmente nella portata. Al fine di analizzare i sistemi fiscali viene impiegata la classificazione seguente: i piani di azionariato dei dipendenti e di partecipazione agli utili su base azionaria appartengono alla prima categoria (con alcune caratteristiche specifiche dei regimi indiretti), quelli che prevedono diritti di opzione alla seconda categoria e i regimi di partecipazione agli utili, con ripartizione del premio in denaro, alla terza.

3.1. Piani su base azionaria.

Nella maggior parte dei Paesi, gli incentivi fiscali si applicano ai piani diretti su base azionaria, all'azionariato dei lavoratori e alla partecipazione agli utili. Il prerequisito più comune è l'esistenza di un periodo di blocco compreso fra 1 e 7 anni: il più frequente è di 5 anni (questo è il caso dell'Austria, del Belgio, della Danimarca, della Francia e

dell'Italia per alcuni piani). Inoltre, il periodo di blocco può essere combinato con l'obbligo di depositare le azioni in una banca.

Un'altra ipotesi è quella dei piani indiretti su base azionaria; in tal caso le azioni devono essere depositate in un ente intermediario (impresa intermedia, fondo o fondo fiduciario) e non possono essere ritirate prima di un determinato periodo di tempo (fino a 10 anni), che praticamente corrisponde al periodo di blocco "volontario" nei piani diretti come avviene in Austria, Finlandia, Francia, Irlanda, Gran Bretagna. In alcune ipotesi, gli incentivi fiscali si applicano soltanto se il piano primario è legato ad un piano o contratto di risparmio (Francia, Olanda), mentre in altre ipotesi gli incentivi fiscali si applicano solo se il piano è su larga scala come avviene ad esempio in Paesi come Austria, Danimarca, Finlandia, Ungheria, Olanda, Irlanda, Gran Bretagna, Francia. In ogni caso, mentre alcuni Paesi hanno introdotto piani su larga scala e piani individuali con precondizioni e incentivi fiscali in parte differenti (Danimarca), in altri dove i piani sono predefiniti per legge, è necessaria l'approvazione da parte delle autorità fiscali (Ungheria, Irlanda e Gran Bretagna).

La forma più comune di incentivi fiscali per i piani su base azionaria riguarda l'applicazione (fatta eccezione per i piani che prevedono diritti di opzione) di una deduzione delle tasse e dei contributi previdenziali; tuttavia l'ammontare assoluto varia significativamente, da un minimo di 360 euro per dipendente all'anno in Germania, fino ad un massimo di 12.700 euro in Irlanda. In Finlandia e Danimarca, dove l'ammontare è dato da una percentuale del salario annuale, la deduzione può essere anche più elevata (10% in Danimarca e in Finlandia per i piani diretti di azionariato e il 20% in Finlandia per i piani indiretti di partecipazione agli utili su base azionaria). L'ammontare di esenzione fiscale nei piani indiretti è spesso più ampio rispetto a quello previsto per i piani diretti. Un'altra possibilità è la previsione di un'imposta ad aliquota fissa speciale, relativamente bassa, al posto dell'Irpef e i contributi sociali (ad esempio, 15 in Belgio, 7,6 in Francia): in Francia, ad esempio, l'imposta speciale è applicata sia ai dipendenti che all'azienda datrice di lavoro. Relativamente rari, come incentivi fiscali per i dipendenti, sono invece la deduzione dalla base fiscale dell'IRPEF (casi del genere si registrano in Irlanda per i regimi di azioni vincolate e in Slovenia per un periodo di blocco breve) e il premio sui risparmi (in Germania questa fattispecie è prevista per i redditi molto bassi). Anche gli incentivi fiscali sui dividendi sono applicati raramente (solo in Finlandia, Francia), sul presupposto che la tassazione dei dividendi è sempre più bassa e i contributi previdenziali non vengono tassati. Altra motivazione di

tale politica risiede nel fatto che, nei sistemi tributari, è previsto, in generale, che le imprese datrici di lavoro possano dedurre il valore delle azioni distribuite come costi di personale senza assoggettarle a contributi e senza ulteriori incentivi speciali. Tuttavia, in Francia è stato necessario esentare espressamente le imprese datrici di lavoro dal versamento dei contributi previdenziali obbligatori e introdurre un'imposta ad aliquota fissa speciale del 7,6% sul beneficio e del 10% sui dividendi, applicata anche ai dipendenti. Esistono anche incentivi fiscali specifici per gli enti intermediari nei piani indiretti: in tali fattispecie tutti i guadagni (come avviene in Finlandia) o almeno una determinata somma dei contributi e dei dividendi (questi sono i casi di Austria, Irlanda, Francia, Gran Bretagna) sono esenti da tasse o tassati con un'imposta speciale bassa.

3.2. *Stock options.*

In relazione ai piani che prevedono diritti di opzione si manifesta la più ampia varietà di incentivi fiscali. È difficile comparare le precondizioni e gli incentivi offerti nei diversi Paesi dal momento che spesso vi sono differenti piani di diritto di opzione all'interno dello stesso Paese. In generale i requisiti più comuni sono la presenza di periodi di blocco e di esercizio (Belgio, Gran Bretagna e Irlanda); le restrizioni sulla differenza esistente fra il prezzo di mercato che sta alla base delle azioni e il prezzo di esercizio (Belgio, Danimarca, Irlanda, Gran Bretagna, Austria); l'esistenza di un piano su larga scala (Austria, Danimarca, Irlanda, Gran Bretagna) e l'approvazione da parte delle autorità fiscali (Ungheria, Irlanda, Gran Bretagna). Nei cosiddetti piani SAYE (*Save As You Earn*), particolarmente diffusi in Irlanda e in Gran Bretagna, è richiesta la combinazione con un contratto di risparmio. In particolare si tratta di piani di risparmio, con opzione di acquisto su azioni della società datrice di lavoro, stipulati a fronte del versamento periodico di una quota del proprio salario che garantiscono al lavoratore un tasso di interesse annuo e, al termine del periodo di contribuzione, offrono anche un ulteriore *bonus* di entità commisurato alla durata del contratto. Per quanto riguarda, invece, gli incentivi per le imprese datrici di lavoro, l'idoneità spesso dipende dal fatto che le azioni devono essere acquistate sul mercato o dal fatto che vengono emesse nel corso di un incremento di capitale (Austria, Grecia).

L'incentivo fiscale più comune per i dipendenti è la deduzione dall'Irpef sui contributi previdenziali di modo che l'ammontare è uguale

a quello relativo alle azioni (come in Danimarca e in Ungheria) oppure molto più alto, come ad esempio in Gran Bretagna il CSOP (*Company Share Option Plans*) (GBP 30,000) o l'EMI (*Enterprise Management Incentives Plans*) (GBP 100,000). Forme come la tassazione differita o la tassazione al momento dell'emissione sono specifiche e presenti rispettivamente in Austria e Belgio. Nel complesso emerge che gli incentivi fiscali per le imprese datrici di lavoro sono la deducibilità dei costi di acquisto delle azioni o i costi delle opzioni dalla base fiscale Irpeg.

3.3. Partecipazione agli utili con ripartizione del premio in denaro.

Soltanto due Paesi quali Grecia e Portogallo hanno incentivi fiscali per la partecipazione agli utili con ripartizione del premio in denaro; in entrambi i casi gli incentivi sono stati introdotti alcuni decenni fa anche se sono stati inefficienti, con il risultato che l'incidenza della partecipazione finanziaria dei lavoratori in questi Stati è ancora la più bassa fra i Paesi europei occidentali. Una possibile spiegazione di quest'inefficienza è la limitata applicabilità degli incentivi fiscali: ad esempio in Portogallo, sono applicabili solo sulla base di un contratto individuale limitato nel tempo, mentre in Grecia operano solo per le società per azioni.

3.4. Principi generali per gli incentivi fiscali nella UE.

Dall'analisi dei dati combinati sul ricorso agli incentivi e sull'incidenza della partecipazione finanziaria nei vari Paesi si possono trarre due conclusioni.

In primo luogo gli incentivi fiscali non sono un prerequisito della partecipazione finanziaria.

I regimi di partecipazione finanziaria senza incentivi fiscali (come ad esempio i piani di partecipazione agli utili in Austria e Germania) hanno, a volte, un'incidenza maggiore di quelli che li prevedono (anche in tal caso si vedano esempi i piani di partecipazione azionaria previsti in Austria e Germania). Nel 2005, in Austria, solo l'8% delle imprese e il 6% della forza lavoro ha preso parte a piani di azionariato per i dipendenti per i quali erano stati introdotti incentivi fiscali nel 2001; mentre il 25% delle imprese ha partecipato a piani di partecipazione agli utili

che non prevedevano incentivi fiscali ⁽¹¹⁾. In Germania nel 2001, il 2,4% delle imprese ha avuto un piano di azionariato dei lavoratori sostenuto da (marginali) incentivi fiscali; mentre nello stesso periodo l'8,7% delle imprese ha avviato piani di partecipazione agli utili senza incentivi fiscali. ⁽¹²⁾. Gli incentivi fiscali, quindi, non devono essere considerati un prerequisito per lo sviluppo della partecipazione finanziaria.

Inoltre, nei Paesi con una bassa pressione fiscale, ad esempio in Irlanda, gli incentivi fiscali sono meno importanti e, in ogni caso, non sono così sostanziosi come nei Paesi che hanno una maggiore pressione fiscale. Non solo, un altro fattore da considerare è che nei Paesi considerati a bassa tassazione non tutte le tasse, però, sono basse; ne discende che la dichiarazione si riferisce solamente a basse soglie di tassazione legale. Per esempio in Irlanda, l'imposta sul reddito delle persone giuridiche è eccezionalmente bassa (12,5%), mentre l'imposta sul reddito delle persone fisiche è vicino alla media europea (20-42%). Quindi, la maggior parte degli incentivi fiscali per la partecipazione finanziaria dei lavoratori in Irlanda riguarda i dipendenti e non i datori di lavoro ⁽¹³⁾.

Tuttavia un secondo aspetto da considerare è che, comunque, gli incentivi fiscali sono uno strumento efficace per la diffusione della partecipazione finanziaria e i Paesi con una lunga tradizione in materia di partecipazione finanziaria, come ad esempio Regno Unito e Francia, confermano universalmente questa esperienza. In Francia ⁽¹⁴⁾, sia la legislazione del 1959 sulla partecipazione finanziaria volontaria dei lavoratori dipendenti senza incentivi fiscali, sia quella del 1967 sulla partecipazione finanziaria obbligatoria dei lavoratori dipendenti senza incentivi fiscali non hanno portato a un significativo numero di piani operativi. Solo nel 1986 vi è stata una crescita dei piani in conseguenza dell'introduzione dei primi incentivi fiscali; tendenza sostenuta con l'introduzione di altri incentivi. Nel Regno Unito ⁽¹⁵⁾, sebbene schemi

⁽¹¹⁾ Vedi R. KRONBERGER, H. LEITSMÜLLER, A. RAUNER (a cura di), *Mitarbeiterbeteiligung in Österreich*, Linde Verlag, Vienna, 2007, 11, 17 e 162.

⁽¹²⁾ Vedi S. WÜRZ (a cura di), *European Stock-Taking on Models of Employee Financial Participation, Results of ten European Case Studies*, Wiesbaden, 2003, 59.

⁽¹³⁾ Il governo irlandese ha dichiarato che non può essere introdotta nessuna agevolazione fiscale che riduca le entrate provenienti dall'imposta sul reddito delle persone giuridiche poiché la bassa aliquota fiscale lascia poco margine d'azione (Irish Department of Finance, TSG 98/12).

⁽¹⁴⁾ Vedi S. WÜRZ (ed.), *op. cit.*, 39.

⁽¹⁵⁾ Vedi S. WÜRZ (ed.), *op. cit.*, 130; www.ifsproshare.org, collegamento del 20 luglio 2007.

di partecipazione agli utili esistano dal diciannovesimo secolo e i piani di partecipazione azionaria dall'inizio degli anni Cinquanta, il numero dei piani è rimasto esiguo fino al 1978, quando sono stati introdotti i primi incentivi fiscali. Da allora, il sistema di incentivi fiscali, e quindi l'efficacia economica degli stessi e dei piani, viene rivisto regolarmente dal governo, e il numero di tali piani è in continua crescita (specialmente il numero dei *Revenue Approved Plans*).

Inoltre, anche i Paesi dove gli incentivi fiscali sono stati introdotti solo di recente confermano questa tesi: ad esempio in Austria si è osservata una sostanziale crescita anche se i numeri totali rimangono ancora relativamente bassi. In particolare sempre in Austria, solo l'8% dei piani di partecipazione finanziaria dei lavoratori dipendenti è stato attuato prima dell'introduzione degli incentivi fiscali del 1993, mentre il 45% dei piani è stato introdotto nel giro di quattro anni dopo che l'introduzione di sostanziali incentivi fiscali è divenuta effettiva nel 2001 ⁽¹⁶⁾.

4. Il piano di azionariato dei lavoratori.

Un'altra forma di azionariato dei dipendenti, come in precedenza citato, è rappresentato dagli ESOP, che dovrebbero inserirsi tra gli strumenti finanziari rientranti nell'ambito di un concetto europeo sovranazionale, che, articolato su uno schema adattabile, può fornire una soluzione appropriata da applicare in tutta l'Unione europea, comprensiva di buone prassi legislative e applicazioni nazionali. La prospettiva è quella di giungere ad elaborare un concetto europeo unico suscettibile di essere applicato in maniera uniforme all'interno dell'UE. Un soluzione è l'approccio modulare, il cosiddetto *Building Block Approach*, basato su moduli reciprocamente complementari costituiti da tre elementi base: partecipazione agli utili (forme di ripartizione degli utili basati su forme di remunerazione in denaro, forme di ripartizione differita e basata sulla distribuzione delle azioni); partecipazione azionaria individuale (diritto d'opzione e azioni); piani di partecipazione azionaria (ESOP), sotto forma di regimi collettivi.

Mentre i regimi di partecipazione agli utili, i diritti d'opzione e l'azionariato dei dipendenti sono relativamente diffusi nell'Unione europea, gli ESOP sono prevalentemente utilizzati nei Paesi di tradizione

⁽¹⁶⁾ Vedi R. KRONBERGER, H. LEITSMÜLLER, A. RAUNER (a cura di), *op. cit.*, 32.

anglo-americana, come ad esempio nel Regno Unito e in Irlanda ⁽¹⁷⁾, ma anche in Ungheria e in Croazia.

Gli ESOP, nati negli Stati Uniti come tecnica di *corporate finance*, attraverso l'utilizzo di fondi presi in prestito in base all'indebitamento (operazione di *Leveraged Buy Out*) ⁽¹⁸⁾, hanno la capacità di creare un sistema di azionariato dei dipendenti e possono essere utilizzati per finanziare i piani di successione aziendale, soprattutto nelle piccole e medie imprese europee che hanno il problema del passaggio alla seconda o alla terza generazione ⁽¹⁹⁾.

Inoltre l'esperienza americana, che vede l'istituzionalizzazione di tecniche per ampliare la partecipazione azionaria in tutti i suoi cinquanta Stati, fornisce un modello di riferimento per lo sviluppo di un quadro trans-giurisdizionale. Nella comunicazione, la Commissione cita la positiva esperienza americana, sottolineando come «la partecipazione finanziaria possa avere importanti ripercussioni sulla crescita economica, sull'accelerazione dei cambiamenti industriali e sulla garanzia che tutti i lavoratori beneficino di questa prosperità in costante aumento».

Mentre la partecipazione azionaria generalmente implica rischi aggiuntivi per i lavoratori, l'ESOP evita tali complicazioni. I lavoratori, come in altri regimi di partecipazione, sono incoraggiati a destinare parte del reddito in azioni dell'azienda per la quale lavorano piuttosto che in azioni di altre aziende, con un rischio concentrato piuttosto che diversificato, l'ESOP presenta una differenza fondamentale: il debito ESOP è finanziato con contributi adeguati e puntuali versati dall'azienda all'ESOP. Questo sistema fornisce un beneficio aggiuntivo alla retribu-

⁽¹⁷⁾ Per l'Irlanda, vedi J. SHANAHAN, L. HENNESSY, *Underpinning Partnership at the Workplace – An MSF Guide to Profit Sharing, ESOPs and Equity Participation*, Dublino, 1998, 9.

⁽¹⁸⁾ L'operazione di Leveraged Buy Out (LBO) designa una particolare tecnica di acquisto da parte di una società della totalità o della maggioranza del pacchetto azionario di un'altra società, a mezzo di finanziamenti concessi da uno o più soggetti terzi e garantiti dai beni della società acquistata: l'acquisto del pacchetto azionario (*buyout*) è *leveraged*, cioè è reso possibile per l'acquirente mediante indebitamento, grazie all'intervento di terzi finanziatori. Una possibilità operativa prevede la costituzione da parte dell'acquirente di una società veicolo appositamente creata per la conclusione dell'operazione. Per approfondimenti sull'operazione di Leveraged Buy Out si rinvia al contributo di A. BORRONI, *Problemi e prospettive dell'inquadramento giuridico degli schemi ESOP di partecipazione azionaria nell'ordinamento italiano*, in *q. Fascicolo*, nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva.

⁽¹⁹⁾ Una delle aree chiave definite nel rapporto finale del progetto MAP 2002, Direzione Generale Imprese e industria della Commissione europea, *Transfer of Businesses – Continuity Through a New Beginning*, 2003.

zione di base, poiché si interviene solo sulla parte variabile della retribuzione, senza alterare o mettere a rischio in alcun modo i salari base. Di seguito si analizzerà sia la struttura dell'ESOP quale strumento innovativo ma ancora poco conosciuto in Europa, sia la sua funzione e i potenziali vantaggi, in quanto può rappresentare, come già accennato in precedenza, una modalità per risolvere la questione della successione nelle pmi.

4.1. I piani di azionariato dei lavoratori e la partecipazione agli utili su base azionaria.

La prospettiva dell'approccio modulare, pensata come strumento in grado di condurre alla elaborazione di un concetto europeo di partecipazione finanziaria, include nella sua struttura tre moduli che rappresentano gli elementi basi presenti nelle diverse realtà europee così come individuati dal rapporto PEPPER IV.

I moduli sono la partecipazione agli utili, la partecipazione azionaria individuale e i piani di partecipazione azionaria sotto forma di regimi collettivi (gli ESOP).

In particolare, le tipologie di partecipazione agli utili nella forma dei *profit sharing* si differenziano anche in base al momento della erogazione, pertanto vi sono i *Share-based Profit Sharing*, basati sulla distribuzione delle azioni, e i *Deferred Profit Sharing*, che rappresentano forme di ripartizione degli utili differiti, dove tale ripartizione viene pagata con azioni dell'azienda, generalmente congelate in un fondo per un certo periodo di tempo e solo successivamente rese disponibili per i lavoratori. In egual modo, gli ESOP, che rappresentano piani azionari collettivi, sono istituiti dall'azienda (solitamente non quotata). Questa contribuisce al piano con azioni o con denaro, successivamente utilizzate per acquistare altre azioni, oppure concede in prestito il denaro al piano per comprare azioni nuove o già esistenti. L'approccio modulare consente anche che i regimi possano essere combinati, configurando la seguente struttura fondamentale ⁽²⁰⁾:

⁽²⁰⁾ Come definito da J. SHANNAHAN, L. HENNESSY, *op. cit.*, 9.



L'azienda istituisce un fondo fiduciario (*Employee Share Ownership Trust*) in favore dei propri dipendenti (in Europa continentale si utilizza una società a capitale, una associazione o una fondazione, nei Paesi anglo-sassoni invece di regola si procede alla costituzione di un *trust*) generalmente finanziato da una combinazione di contributi e prestiti aziendali. Tali contributi spesso fanno parte dell'accordo di partecipazione agli utili con i lavoratori (in Italia il sistema è quello previsto e regolato dall'articolo 2349 del codice civile che riconosce alla società la possibilità di assegnare utili ai dipendenti della società medesima o di società controllate, attraverso l'emissione di speciali categorie di azioni, a titolo gratuito, da attribuire individualmente ai dipendenti stessi) ⁽²¹⁾.

Il fondo può prendere in prestito denaro direttamente da una banca o dall'azienda, che a sua volta può chiedere un prestito alla banca o ad altri finanziatori (*leveraged ESOP*; per l'Italia si veda l'articolo 2358, comma 3, del codice civile) ⁽²²⁾. Le azioni esistenti sono acquistate di-

⁽²¹⁾ L'art. 2349 c.c. riconosce alla Società la possibilità di assegnare utili ai dipendenti della Società medesima o di Società controllate, attraverso l'emissione di speciali categorie di azioni, a titolo gratuito, da attribuire individualmente ai dipendenti stessi.

⁽²²⁾ L'art. 2358, comma 3, c.c. autorizza l'emissione di fondi per fornire prestiti e garanzie (assistenza finanziaria) in vista di acquisizioni di azioni dell'azienda stessa per destinarle ai dipendenti. In questi casi tuttavia le somme impiegate e le garanzie pre-

rettamente dagli azionisti che già detengono altre azioni dell'azienda oppure si ricorre all'emissione di nuove azioni (nell'ordinamento italiano l'articolo di riferimento è il 2441 del codice civile) ⁽²³⁾. Il prestito fiduciario viene normalmente garantito dall'azienda, ma in alcuni casi non si fa ricorso a quest'ultima. Non solo.

Le azioni sono detenute collettivamente nel fondo e assegnate o distribuite ai lavoratori, solo dopo un determinato periodo di conservazione (il c.d. *holding period*), la cui durata può essere determinata dal gestore del fondo, dettata dalla necessità di ripagare il prestito prima della distribuzione delle azioni o da ragioni di tipo fiscale. Prima di un determinato periodo, infatti, la distribuzione delle azioni è spesso esente dall'imposta sul reddito (in Italia comunque *de lege ferenda*) ⁽²⁴⁾. La maggior parte delle volte si tratta di una combinazione delle tre possibilità.

Quando si utilizza un regime di partecipazione agli utili su base azionaria per distribuire azioni, le stesse vengono generalmente trasferite dal fondo (*trust*) al regime di partecipazione senza che questo debba pagarle. Oppure, l'azienda può effettuare un pagamento in favore del regime per permettergli di acquistare le azioni dal fondo. In entrambi i casi le azioni sono assegnate come diritto ai singoli lavoratori solo dopo essere state trasferite al regime di partecipazione agli utili.

Infine il prestito può essere ripagato al fondo tramite contributi diretti dall'azienda, denaro ricavato dalla vendita delle azioni al regime di partecipazione agli utili basato sulle azioni, o tramite i dividendi sulle azioni mantenute nel fondo.

state debbono essere contenute nei limiti degli utili distribuibili regolarmente accertati e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato.

⁽²³⁾ Per incoraggiare la partecipazione finanziaria in caso di aumento del capitale, l'art. 2441, comma 8, c.c. permette, in caso di aumento di capitale effettuato da una Società per azioni, di escludere dal diritto di opzione, riconosciuto di norma agli azionisti già presenti, fino a un quarto delle azioni di nuova emissione, qualora queste siano offerte ai dipendenti della Società emittente con delibera approvata dall'assemblea straordinaria.

⁽²⁴⁾ Il Testo Unico delle Imposte sui Redditi, infine, prevede agevolazioni fiscali per le azioni distribuite alla generalità dei dipendenti in attuazione di piani di azionariato diffuso e per le *stock options*.

4.2. Caratteristiche specifiche dei piani di azionariato dei lavoratori.

Diversamente da un piano pensionistico, che per regola deve essere diversificato, l'ESOP è stato pensato per tenere i titoli del datore di lavoro. La caratteristica è che rispetto ad altri schemi previdenziali gli ESOP investono principalmente il loro capitale nell'impresa dove operano i dipendenti interessati, inoltre può essere utilizzato da un'azienda che non ha azioni quotate in borsa per creare un mercato interno per i propri dipendenti, nonché per comprare e vendere le azioni dell'azienda stessa. Ciò può essere fatto se il piano distribuisce le azioni ai lavoratori e crea allo stesso tempo un mercato nel quale i lavoratori possono vendere le loro azioni e comprarne altre. Generalmente viene utilizzato il sistema della partecipazione semestrale all'asta. L'ESOP può fornire liquidità a tale mercato interno se è anche compratore di azioni del mercato stesso; la creazione di esso per le azioni di un'azienda, che altrimenti sarebbe priva di liquidità, rende questo tipo di piano uno strumento finanziario vantaggioso sia per l'azienda sia per i lavoratori ai quali saranno distribuite le azioni comprate dall'ESOP.

In questo contesto una caratteristica molto importante dello strumento ESOP è rappresentato dalla possibilità per il fondo *trust*, appositamente costituito e che gestisce le azioni, di indebitarsi sottoscrivendo un prestito esterno per acquistare azioni dell'azienda. Tale potenziale indebitamento è molto importante poiché può favorire grandi transazioni per l'azienda e per i suoi azionisti creando allo stesso tempo una quota considerevole di capitale nei conti dei lavoratori. Il debito ESOP viene finanziato da contributi puntuali dell'azienda al fondo. Ovviamente qualsiasi dividendo guadagnato dalle azioni può contribuire a ripagare il prestito, ma questo è un elemento complementare. Come nel caso di qualsiasi altro prestito aziendale, i prestiti ESOP devono essere rimborsati al di là del fatto che i dividendi dei titoli siano sufficienti per ripagarlo. Rendendo i pagamenti del prestito deducibili fiscalmente per la società, come avviene negli Stati Uniti, il prestito viene ripagato attraverso l'esenzione dell'imposta sul reddito, al contrario del prestito convenzionale di ricapitalizzazione, che deve essere rimborsato dopo il pagamento dell'imposta sul reddito ⁽²⁵⁾.

L'utilizzo del credito societario per garantire il prestito che finanzia l'acquisizione delle azioni dei dipendenti da parte del fondo ESOP e la

⁽²⁵⁾ Per gli Stati Uniti, si veda C. BACHMAN, K. BUTCHER, *ESOP Financing*, National Center for Employee Ownership Conference Paper, San Francisco, 2002.

cancellazione dei prestiti rimborsati quali spese deducibili dal reddito societario imponibile, riducono sostanzialmente i costi di finanziamento ⁽²⁶⁾. Un vantaggio aggiuntivo sta nel fatto che le azioni non vengono vendute ad esterni e si elimina così il rischio di perdita del controllo. Anche per ragione la soluzione ESOP, nella maggior parte dei casi, è da preferire ad un convenzionale prestito bancario. Ovviamente gli obiettivi di un ESOP, che puntino ad un azionariato compreso tra l'1% e il 100%, possono essere raggiunti nel tempo senza indebitamento.

L'ESOP, considerato solamente un termine "generico" per indicare un fondo istituito da un'azienda per mettere le azioni nelle mani dei propri dipendenti, è per molti aspetti simile a un regime di partecipazione agli utili basato sulle azioni, ma non è così limitato. Mentre quest'ultimo ha solo una fonte di finanziamento (per esempio i contributi diretti dell'azienda) l'ESOP può avere diverse fonti di finanziamento quali: il prestito dell'azienda, da parte di un azionista che vende o da un'istituzione finanziaria quale una banca; i dividendi degli utili; la vendita di azioni al loro relativo regime di partecipazione agli utili, basato sulle azioni; i contributi da parte dell'azienda.

Il regime di partecipazione agli utili basato sulle azioni, fornisce all'azienda un mezzo per la distribuzione delle azioni, ma il mercato rimane molto limitato. L'ESOP, non solo fornisce una nuova fonte di azioni, che possono essere vendute ad un regime di partecipazione agli utili, ma ha anche il vantaggio di fornire ai lavoratori un mercato interno nel quale possono vendere le loro azioni e nel quale, al tempo stesso, l'ESOP può riciclare azioni sui conti dei futuri lavoratori. Questo mercato interno riveste una grandissima importanza nell'ambito delle pmi non quotate in borsa, per le quali non esiste nessun'altra forma di liquidità.

⁽²⁶⁾ In una variazione della struttura del prestito qui descritta, il finanziatore spesso preferisce concedere il prestito direttamente all'azienda, seguito poi da un secondo "prestito specchio" dell'azienda al fondo. I risultati da un punto di vista fiscale saranno gli stessi, come nel caso del prestito diretto al fondo. Il rimborso principale del prestito sarà ancora deducibile poiché l'azienda è obbligata ad eseguire dei pagamenti annuali deducibili al fondo in quantità sufficiente da poter ammortizzare il prestito interno dell'azienda al fondo. La quota pagata dal fiduciario dell'ESOP all'azienda per ammortizzare il prestito interno costituisce, solitamente, un rimborso esentasse e può essere utilizzato per ammortizzare il prestito esterno contratto con la banca. La struttura del "prestito specchio" fornisce al finanziatore maggiori interessi per quanto riguarda i beni impegnati come garanzia. In caso di inadempienza il finanziatore si troverà in una posizione migliore per difendersi dall'accusa di trasferimento fraudolento se ha ottenuto una garanzia collaterale direttamente dal mutuario piuttosto che da un garante del prestito.

4.3. Rischi potenziali e costi dell'introduzione di un piano di azionariato dei lavoratori.

Dall'altra parte, l'azionariato dei lavoratori basato sul capitale di prestito (*leveraged employee share ownership*), come nel caso degli ESOP, implica un elemento di rischio aggiuntivo. Contrariamente ai piani di partecipazione agli utili, il cui peso finanziario è variabile, i regimi che si basano sull'indebitamento (*leveraged schemes*) richiedono l'ammortamento del prestito tramite pagamenti fissi che non tengono in considerazione l'andamento aziendale, una condizione equivalente alla contrazione di un debito. Tali prestiti, infatti, sono trattati come una passività se l'azienda garantisce il prestito o si impegna a versare in futuro somme per coprirlo. Quindi, se l'azienda non cresce o perde di redditività, l'obbligo di ripagare il prestito può mettere in pericolo la capacità di sopravvivenza della stessa. Inoltre, le aziende non-quotate possono trovarsi nella situazione di dover comprare le azioni dei partecipanti che lasciano il piano a causa della mancanza di un mercato quotato per i propri titoli⁽²⁷⁾. In questo caso il ripianamento delle passività di un'azienda di successo generalmente aumenta nel lungo periodo, man mano che il valore stimato del capitale dell'azienda aumenta, anche se generalmente non cresce in proporzione percentuale all'abbondante flusso di cassa⁽²⁸⁾. Se un'azienda non fa un'attenta pianificazione per far fronte agli impegni, può essere costretta a fare un'offerta pubblica del suo capitale per eliminare l'obbligo di riacquisto, un espediente che non solo è altamente costoso, ma che comporta anche una perdita di controllo, d'indipendenza e d'opportunità per i futuri dipendenti⁽²⁹⁾. Un'alternativa migliore potrebbe essere la creazio-

⁽²⁷⁾ Se il diritto d'impresa nazionale, come negli Stati Uniti, o i regolamenti aziendali lo richiedono. In Irlanda, per esempio, per i lavoratori che lasciano l'azienda, non vi è alcun obbligo che le loro quote vengano rilevate a prezzo di mercato.

⁽²⁸⁾ La percentuale del flusso di cassa di un'impresa, necessario per assicurarsi il riacquisto delle passività durante un periodo di alcuni anni, è piuttosto costante a meno che non si alteri drammaticamente il coefficiente di capitalizzazione dei risultati dell'azienda (rapporto prezzi/guadagni). Una società media avrà bisogno di una liquidità pari al 7,5% del valore delle azioni detenute dal fondo per soddisfare gli obblighi di riacquisto ogni anno. Questo è equivalente ad un dividendo del 7,5% sulle azioni, ma solo su quelle già destinate ai conti dei lavoratori nel fondo. Si veda L. LYON, *The Repurchase Liability or The Phantom of the ESOP*, Menke & Associates, Inc., San Francisco, 1989, 4.

⁽²⁹⁾ Conviene quindi strutturare anticipatamente la transazione ESOP per accertarsi che l'azienda possa sostenere l'ammontare di questo "dividendo". In caso contrario, bisogna stabilire un limite alla percentuale del capitale totale in azioni dell'azienda

ne di un “fondo ammortamento” (*sinking fund*) anche se nelle piccole aziende potrebbe essere improponibile creare una riserva su base attuariale che sopperisca a tale esigenza ⁽³⁰⁾. Quando una parte relativamente ampia del riscatto delle passività (generato a causa dell’obbligo di riacquisto) è addebitata solo ad alcuni partecipanti al piano, il ricorso all’assicurazione sulla vita può essere utile ⁽³¹⁾.

Infine, il costo dello sviluppo e dell’implementazione di un piano di partecipazione finanziaria può essere notevole. A questi costi vanno aggiunti quelli per i servizi amministrativi, legali e d’informazione ai lavoratori. Una spesa aggiuntiva per le aziende non-quotate deriva dalla necessità di far valutare annualmente il valore dell’azienda da un esperto esterno. Per un piano di azionariato di un’azienda media statunitense i costi dell’istituzione sono circa 40.000 dollari statunitensi con costi amministrativi annuali, inclusa la valutazione, di circa 15.000 dollari ⁽³²⁾. Generalmente parlando, a meno che un’azienda non sia di medie dimensioni questi costi potrebbero superare i possibili vantaggi fiscali ⁽³³⁾.

5. ESOP, un veicolo per garantire la successione nelle aziende.

Per quel che riguarda i vantaggi, gli ESOP possono facilmente rilevare il capitale di uno o più azionisti e permettere al tempo stesso agli stessi di mantenere la propria posizione azionaria. Allo stesso tempo, l’adozione di tali piani fornisce ai proprietari d’attività economiche,

che può essere acquistato dall’ESOP. Un’azienda in espansione potrebbe necessitare della quasi totalità del proprio flusso di cassa per finanziare la sua crescita, ma un’impresa con una crescita così rapida potrebbe certamente ambire ad essere quotata in borsa.

⁽³⁰⁾ Per gli ESOP statunitensi, si veda D. ACKERMANN, *How to Cash Out Tax-Free, Yet Keep Your Business ... ESOPs – A Practical Guide for Business Owners and Their Advisors*, National Center for Employee Ownership Conference Paper, San Francisco, California, 2002.

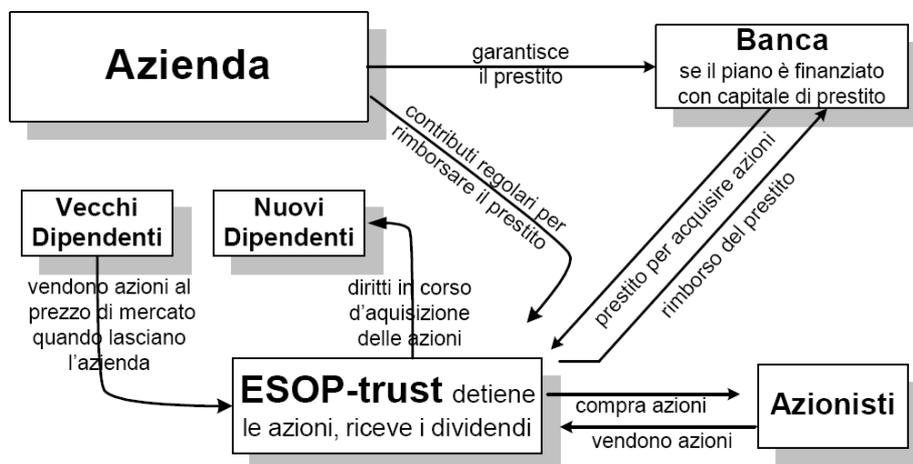
⁽³¹⁾ Si veda R.C. BYE, *The Case for COLI (Corporate Owned Life Insurance) – Funding the Repurchase Obligation*, National Center for Employee Ownership Conference Paper, San Francisco, California, 2002.

⁽³²⁾ Informazioni fornite da Menke & Associates, Inc., San Francisco, California. I costi sono generalmente inferiori per le piccole imprese dove le valutazioni annuali in corso si aggirano attorno ai 5.000 dollari statunitensi.

⁽³³⁾ Si veda E. POUTSMA, H. VAN DEN TILLAART, *Financiele werknemersparticipatie in Nederland: tijd voor beleid*, Nederlands Participatie Instituut, The Hague, 1996; le spese di avvio sono tuttavia, generalmente, fiscalmente deducibili come, ad es., in Irlanda. Si veda J. SHANNAHAN, L. HENNESSY, *op. cit.*, 33.

l'opportunità di diversificare il portafoglio degli investimenti senza dover affrontare il costoso processo di procedere a sottoscrizione pubblica del proprio capitale. Inoltre, per coloro che già sono azionisti, non vi è diminuzione del valore per azione, poiché non vengono emesse nuove azioni e tutte le azioni vengono vendute ad un equo valore di mercato (*fair market value*).

Come menzionato in precedenza, se il fondo ESOP prende in prestito denaro per acquistare azioni, l'azienda rimborsa il prestito unendo all'eventuale reddito da dividendi del fondo fiduciario i propri contributi al piano deducibili dalle tasse. Una volta che il prestito è stato rimborsato, un numero di azioni corrispondenti alla percentuale del prestito rimborsato quell'anno, viene assegnato al conto titoli dei lavoratori, generalmente proporzionale alla retribuzione del lavoratore. In questo modo l'ESOP crea un mercato per le azioni degli azionisti che vanno in pensione ad un prezzo accettabile per il proprietario, un mercato che altrimenti non potrebbe esistere. Allo stesso tempo, quando arriva il momento di procedere con un cambio di controllo, la proprietà viene trasferita ai lavoratori, che sono più motivati poiché hanno un interesse primario nel successo a lungo termine dell'azienda.



L'ESOP può quindi rappresentare un'attraente alternativa alla vendita dell'azienda ad attori esterni, specialmente quando si desidera che il controllo dell'attività rimanga all'interno della famiglia o di un gruppo specifico di dipendenti ma può anche essere utilizzato per rilevare quote degli azionisti dissidenti. Tramite l'utilizzo della forma di fondo fiduciario (*trust*) l'ESOP permette di delegare il controllo delle azioni

che detiene. Il soggetto fiduciario esercita il diritto di voto, mentre i lavoratori sono i beneficiari finanziari del fondo. Il fiduciario, infatti, può essere proprio la persona che ha appena venduto alcune o tutte le proprie azioni al fondo. In particolare, per le piccole aziende è molto più semplice avere la possibilità di un trasferimento graduale di proprietà, attraverso la creazione di un mercato per azioni per coloro che desiderano vendere, e permettere allo stesso tempo, a coloro che lo desiderano, di mantenere la propria posizione azionaria permanentemente o comunque fino a data successiva. Il risultato è l'opportunità di vendere gradualmente l'azienda senza perderne subito il controllo ⁽³⁴⁾.

Altro aspetto positivo dell'ESOP è quello di permettere, tramite il fondo fiduciario, di rilevare con facilità, nel tempo, il 100% del capitale senza che, in nessun momento, l'azienda debba ricorrere ad un indebitamento del 100% ⁽³⁵⁾.

Negli Stati Uniti nel 2007 vi erano circa 11.000 piani ESOP che coinvolgevano circa 10 milioni di lavoratori, la maggior parte sponsorizzati da aziende private; di queste 3.500 sono detenute in maggioranza dall'ESOP, mentre circa 2.000 sono al 100% di sua proprietà. Ma anche indipendentemente dalla questione della successione, il sistema ESOP è diventato ormai parte del tessuto sociale ed economico dell'America imprenditoriale. Oggi, oltre la metà delle 500 aziende elencate da *Fortune* hanno un piano ESOP e più del 40% delle 100 aziende private con la crescita più rapida, elencate nella rivista *Inc.*, lo sponsorizzano.

Problemi e prospettive della partecipazione finanziaria: incentivi fiscali e opportunità degli schemi ESOP – Riassunto. *L'A. muove dai risultati del IV rapporto PEPPER, che dimostrano il significativo sviluppo, negli ultimi decenni, della partecipazione finanziaria in Europa, con una rilevante crescita della percentuale di aziende che offrono regimi PEPPER, e in particolare lo sviluppo dei Piani di partecipazione azionaria dei lavoratori (ESOP) come strumenti finanziari che forniscono l'accesso al capitale di credito. In particolare, l'A. concentra la propria analisi sugli schemi possibili di incentivazione fiscale della partecipazione finanziaria individuando tre*

⁽³⁴⁾ Una volta che il prestito è stato rimborsato, naturalmente, la maggior parte delle aziende si organizza per avere rappresentanti dei lavoratori all'interno del comitato del piano.

⁽³⁵⁾ Per la maggior parte delle aziende è molto difficile rilevare il 100% del capitale senza che una parte significativa del capitale provenga da un finanziatore che richiede un altissimo tasso di rendimento (35-40%). I costi per organizzare il finanziamento possono ammontare a vari milioni di euro, certamente al di sopra delle possibilità delle piccole e medie imprese.

macrocategorie di riferimento: piani di azionariato dei dipendenti e di partecipazione agli utili su base azionaria, piani che consentono diritti di opzione, regimi di partecipazione agli utili con ripartizione del premio in denaro. A fronte dell'analisi svolta l'A. individua due principi fondamentali: gli incentivi fiscali non sono un prerequisito della partecipazione finanziaria, ma rappresentano uno strumento efficace per la diffusione di schemi partecipativi. All'analisi generale, segue, un approfondimento sui piani di azionariato dei dipendenti (ESOP) che possono rappresentare anche uno strumento per risolvere il problema della successione nelle aziende a conduzione familiare, la spina dorsale delle economie, delle culture e delle tradizioni nazionali europee. Tali strumenti sono schemi previdenziali integrativi nei quali la società promotrice versa i contributi dei dipendenti, sotto forma di azioni della società, in una società fiduciaria trust, dotata di entità giuridica indipendente e distinta dalla società promotrice. Il trust, per nome e per conto dei dipendenti, amministra e gestisce quote azionarie della società promotrice, sia essa o meno quotata in borsa. L'indagine apre la prospettiva volta ad individuare un modello di ESOP europeo, comprensivo di buone prassi legislative e applicazioni nazionali.

Issue and prospects for financial participation: Tax incentives schemes and benefits provided ESOPs (Article in Italian) – Summary. *The paper examines the results of the PEPPER IV Report, according to which financial participation in Europe has undergone a significant development in recent decades. In this connection, the percentage of companies implementing the PEPPER scheme has increased considerably, especially those resorting to Employee Share Ownership Programmes (ESOPs), allowing workers to access to capital stock. More specifically, the paper focuses on tax-incentive schemes encouraging financial participation, considering three main categories: employees' shareholding and profit sharing, participatory models enhancing stock options, and cash-based profit sharing. Two main principles are identified, according to which tax incentives are not regarded as a prerequisite for financial participation, but as an instrument to disseminate participatory models. A more detailed analysis involves ESOPs as a means to solve the issue of succession in family businesses, seen as the backbone of the European economy, culture and tradition. They are supplementary welfare schemes consisting of contributions paid to employees by a sponsoring company in the form of shares. Such contributions are paid to a trust fund that is an autonomous entity other than the sponsoring company. The trust fund acts on the behalf of the employees, holding shares in the sponsoring company whether it is listed on the Stock Exchange or not. The paper examines the prospects for setting up a new European ESOP model, considering good practices and provisions at a national level.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Buone prassi contrattuali nel settore della sanificazione del tessile

Patrizia Ferri

Sommario: **1.** Presentazione del settore e contesto delle relazioni industriali. – **2.** Il nuovo sistema di classificazione unica e per aree professionali. – **3.** Altri profili innovativi nel rinnovo contrattuale.

1. Presentazione del settore e contesto delle relazioni industriali.

Il 15 dicembre 2009 Assosistema, Femca Cisl, Filtea Cgil e Uilta Uil hanno sottoscritto il verbale di accordo per il rinnovo del contratto collettivo nazionale per i lavoratori dipendenti delle imprese del sistema industriale integrato di servizi tessili e medici affini, scaduto il 30 giugno 2009.

Un settore, questo, dinamico e in forte evoluzione e le cui potenzialità di sviluppo sono fortemente legate al miglioramento del *background* socio-culturale e alle capacità tecnico-economiche delle imprese.

Il processo produttivo delle imprese del settore è di tipo industriale, con impianti altamente automatizzati e l'impiego di tecnologie informatiche avanzate che consentono in tempo reale la rintracciabilità dei prodotti.

I mercati di sbocco dei prodotti/servizi delle imprese sono il settore sanitario, il socio-assistenziale, l'industria (farmaceutica, chimica, tessile ecc.), il commercio, il turismo.

Inoltre, la competitività delle imprese è fortemente legata al *know-how* di processo, alla capacità di innovazione e al livello di fidelizzazione e qualificazione dei lavoratori, il 93% occupati a tempo indeterminato e il 63% di genere femminile.

* *Segretario Generale Assosistema.*

Sulla base delle caratteristiche tipiche del settore e in virtù del *Protocollo di lineamenti programmatici ed obiettivi condivisi*, siglato dalle parti sociali il 30 ottobre 2006, il contratto collettivo nazionale di settore, oltre a disciplinare i rapporti di lavoro, persegue l'obiettivo di migliorare il reddito delle imprese e il benessere dei lavoratori, attraverso la definizione di linee guida e riferimenti per incrementare la competitività, la flessibilità produttiva e le conoscenze dei lavoratori ai vari livelli di competenza, autonomia e responsabilità.

2. Il nuovo sistema di classificazione unica e per aree professionali.

L'accordo di rinnovo del 15 dicembre 2009 si inserisce, quindi, in un contesto contrattuale già fortemente innovativo. Infatti, già nel dicembre 2007, dopo un lungo percorso di studio sulla fattibilità del progetto, realizzato grazie al supporto dell'ente bilaterale della categoria, le parti sociali nazionali hanno inteso implementare un nuovo sistema di classificazione unica e per aree professionali, con l'obiettivo di rafforzare il rapporto tra professionalità, competenze, sistema di inquadramento e organizzazione del lavoro, puntando molto ad accrescere le spinte motivazionali.

La struttura del sistema classificatorio si articola in aree professionali, moduli di aree e figure professionali. Dai cento profili originariamente previsti si è passati a quarantanove figure professionali descritte nei termini di ruoli e competenze necessarie per il loro svolgimento.

Dalla figura professionale n. 1, Responsabile Marketing e Vendite, alla n. 49, Operatore spedizione materiale sterile, è previsto che ogni ruolo possa essere svolto con un diverso grado di competenza, autonomia e responsabilità.

A supporto dell'implementazione e della realizzazione del nuovo sistema di classificazione, è stato istituito presso l'ente bilaterale di categoria lo Sportello unico per l'azione formativa, che attraverso una rete selezionata e stabile di agenzie, scuole ed università ha il compito di indirizzare le aziende in relazione agli obiettivi che intendono conseguire con la stessa azione formativa.

Oltre al profilo delle competenze di ciascuno dei quarantanove ruoli professionali individuati, le aziende potranno fare anche riferimento alle indicazioni fornite dalle parti nazionali in materia di comportamenti organizzativi in termini di accuratezza, analisi e soluzione dei problemi, gestione risorse, iniziativa, integrazione, orientamento al servizio e/o al

cliente, programmare e programmarsi, sviluppo delle persone, coordinamento delle persone, lavoro in gruppo e comunicazione.

In tal senso, contemporaneamente all'implementazione del nuovo sistema di qualificazione dei lavoratori è stato abolito il meccanismo di avanzamento automatico degli stessi.

3. Altri profili innovativi nel rinnovo contrattuale.

Relativamente agli altri contenuti dell'accordo del 15 dicembre 2009, di rinnovo del Ccnl 17 dicembre 2007, oltre alla durata triennale, le principali novità interessano l'aggiornamento sintetico, ma esaustivo, dell'istituto delle "pari opportunità", in cui le parti nazionali, al fine di consentire una effettiva parità di opportunità fra uomo e donna sul lavoro, sia nei termini di conciliazione dei tempi di lavoro e della vita sociale, sia nei termini di incarichi di responsabilità e progressione di carriera, invitano le aziende a promuovere azioni positive finalizzate alla concreta partecipazione della donna al mercato del lavoro.

In tal senso, le parti sociali hanno convenuto di rendere operativo il gruppo di lavoro sulle pari opportunità, già previsto nel precedente Ccnl, dato il significativo contributo che può apportare, per il tramite di specifici studi oltre che di aggiornamenti sullo stato dell'arte della legislazione in materia, in termini di migliore conoscenza delle modalità di incentivazione e promozione della partecipazione femminile al mercato del lavoro.

Il gruppo di lavoro potrà essere di riferimento per le imprese anche per la promozione di specifici progetti da presentare al Ministero del lavoro.

Considerata l'importanza che riveste il *volontariato civile* per il Paese e per i cittadini tutti, soprattutto in occasione di grandi emergenze come quelle verificatesi in Italia in tempi più o meno recenti, le parti hanno inteso dare un segnale di reciproca operatività introducendo la previsione per i lavoratori di poter disporre di ore da dedicare al volontariato civile fino anche ad usufruire di periodi non superiori a sei mesi di aspettativa non retribuita.

In linea con i principi meritocratici a cui si ispira il Ccnl di categoria, le parti, individuando nella formazione continua lo strumento idoneo a migliorare le competenze lavorative e le conoscenze individuali, hanno convenuto di distribuire il monte ore previsto dall'ex art. 66 del Ccnl per il 60% alla *formazione continua* e per il restante 40% allo *studio*.

Al fine di favorire il più possibile l'estensione della *contrattazione di secondo livello*, sono state predisposte delle linee guida finalizzate a favorire la semplificazione, l'armonizzazione e la regolamentare evoluzione della contrattazione aziendale o, in alternativa, territoriale.

Anche in questo caso, in seno all'ente bilaterale nazionale di categoria (EBLI), sarà istituito un Osservatorio il cui compito sarà di fornire modelli di premio variabile che potranno essere adottati e/o riadattati in funzione delle concrete esigenze delle aziende interessate. L'Osservatorio dovrà consentire di avere il quadro aggiornato degli andamenti caratteristici del settore e di fornire alle parti indicazioni utili per orientare le iniziative, autonome e/o comuni, di natura industriale e/o contrattuale sia a livello nazionale che aziendale.

Conformemente alla riforma sugli assetti contrattuali intervenuta il 15 aprile 2009, si è introdotto un *elemento di perequazione* per le aziende prive di contrattazione di secondo livello pari a 120 euro, che sarà erogato con la retribuzione del mese di gennaio 2012.

Al fine di agevolare l'accesso al mondo del lavoro e di consentire alle aziende di introdurre lavoratori da formare sulla base di opportuni percorsi di qualificazione, si è convenuto inoltre di integrare il nuovo testo contrattuale con le ulteriori tipologie di contratto di apprendistato previste dal decreto legislativo n. 276/2003.

Infine, si è convenuto di procedere ad una generale risistemazione e migliore definizione del lavoro a turni e a squadre.

Sul versante economico è stata prevista l'erogazione di complessivi 109 euro, di cui 100 euro sottoforma di retribuzione contrattuale conglobata e 9 euro quale incentivo di modulo (assorbibile da superminimi o incentivi non derivanti da contrattazione collettiva). I 109 euro saranno parametrati prendendo come riferimento il modulo consolidato dell'area operativa e saranno distribuiti in quattro *tranches*.

Buone prassi contrattuali nel settore della sanificazione del tessile – Riassunto.

L'A. esamina il recente rinnovo contrattuale del settore industriale integrato di servizi tessili e medici affini a partire dalle caratteristiche economiche, di produzione e di mercato e dalla collocazione in un quadro innovativo di regolazione collettiva già con il Protocollo di lineamenti programmatici ed obiettivi condivisi del 2006. Il rinnovo conferma tale orientamento con particolare riferimento ad alcuni istituti passati in rassegna dall'A.: il nuovo sistema di classificazione unica e per aree professionali per rafforzare il rapporto tra professionalità, competenze, sistema di inquadramento e organizzazione del lavoro e accrescere le spinte motivazionali, l'operatività del gruppo pari opportunità per migliorare la conoscenza delle modalità di incentivazione e promozione della partecipazione femminile al mercato del lavoro, la previsione di ore di permesso da dedicare ad attività di volontariato, gli incentivi alla formazione continua, le linee guida per la contrattazione

aziendale, la costituzione di un osservatorio presso l'ente bilaterale per progettare modelli di premi variabili e l'integrazione nel regolamento contrattuale di tutte le tipologie di apprendistato regolate dall'ordinamento.

Good practices in collective agreements in the textile industry (Article in Italian)

– Summary. *The paper examines the recent renewal of the collective agreement in textile industry and related medical services, primarily from an economic, productive and market perspective. The paper also assesses its compliance with the existing framework regulating collective bargaining, and more specifically with the 2006 Protocol dealing with shared programs and objectives. As a confirmation of the general approach, the new agreement makes special reference to a number of matters examined by the author. The new classification system is based on a unified scheme and considers the employment grade as a means to strengthen the relationship between vocational skill, competencies, working arrangements and organization. It also aims at improving motivational factors, and the effectiveness of the working group dealing with equal opportunities. In this connection, the focus is on policies to be implemented to promote and encourage female participation in the labour market, the provision of leave to allow employees to spend time on voluntary work, incentives for lifelong learning, and guidelines for company bargaining. In addition, the setting up of an observatory within the bilateral body is intended to design variable bonus schemes, and to supplement the agreement with all the forms of apprenticeship pursuant to legislation currently in force.*

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Lavoro pubblico

- università e ricerca: professori e ricercatori (1.1.)
- mansioni: diritto alle mansioni di assunzione (1.2.)

Lavoro subordinato

- qualificazione: prestazioni elementari, ripetitive, predeterminate (2.1.)

Licenziamento individuale

- giustificato motivo soggettivo: scarso rendimento (3.1.)

Poteri del datore di lavoro

- potere di vigilanza: controlli difensivi (4.1. – 4.2.)

Rinunce e transazioni

- transazione: apposizione di clausola condizionale (5.1.)

Sciopero

- attenuazione degli effetti dannosi: condizioni e limiti (6.1.)
- sciopero nei servizi pubblici essenziali: nozione di servizi pubblici essenziali (6.2.)
- sciopero nei servizi pubblici essenziali: settore autotrasporto conto terzi (6.3.)
- sciopero nei servizi pubblici essenziali: responsabilità e obblighi delle OO.SS. (6.4.)

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza italiana ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.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.

Nel n. 4/2009 si è omessa l'indicazione in epigrafe, per errore della redazione, di alcune sentenze citate nella nota di N. PAGNI, *La valutazione e liquidazione del danno non patrimoniale. Nomofilachia della Cassazione e orientamenti della giurisprudenza di merito*. Le segnaliamo di seguito, scusandoci con l'Autore: Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 38), Trib. Vicenza 14 maggio 2009 (in  indice A-Z, voce *Danni*), Trib. Salerno 12 gennaio 2009 (in  indice A-Z, voce *Danni*), Trib. Torino 28 novembre 2008 (in  indice A-Z, voce *Danni*).

* L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Lavoro pubblico

1.1. C. Cost. 24 luglio 2009, n. 236 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 8).

Lavoro pubblico - Università e ricerca - Professori e ricercatori - Collocamento fuori ruolo - Art. 2, comma 434, l. n. 244/2007 - Questione di costituzionalità - Violazione del principio di ragionevolezza e lesione legittimo affidamento - Fondatezza - Dichiarazione di parziale incostituzionalità - Precisioni.

L'art. 2, comma 434, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), che progressivamente riduce, per il 2008 e 2009, ed infine abolisce, a decorrere dal 1° gennaio 2010, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza, è costituzionalmente illegittimo nella parte in cui si applica ai professori universitari per i quali sia già stato disposto il collocamento fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che abbiano iniziato il corso del relativo periodo.

Aspettative, diritti e legittimo affidamento nella disciplina del collocamento fuori ruolo dei professori universitari

Sommario: **1.** L'istituto del "fuori ruolo". – **2.** Le eccezioni sollevate innanzi alla Corte costituzionale. – **3.** Modifiche alla disciplina dei rapporti di durata e tutela del legittimo affidamento: posizioni giuridiche soggettive e giudizio di bilanciamento tra valori.

1. La disciplina dello stato giuridico dei professori universitari è caratterizzata, come noto, da forti elementi di specialità, che non si esauriscono nel solo fatto della sottrazione del rapporto di lavoro, intercorrente con l'ateneo di appartenenza, alla c.d. privatizzazione del lavoro pubblico (cfr. l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, che ribadisce la natura pubblicistica del rapporto di impiego dei professori e ricercatori universitari, sia pure «in attesa della specifica disciplina che regoli in modo organico ed in conformità ai principi dell'autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168»; sui motivi della scelta legislativa compiuta sin dal d.lgs. n. 29/1993, cfr. M.T. CARINCI, *Docenti e ricercatori universitari*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d. lgs. n. 29/93 alla finanziaria 1995*, Giuffrè, Milano, 1995, I, 204 ss.; A. TROISI, *Il lavoro dei docenti universitari*, in *LD*, 1999, 79 ss.).

Invero, benché si tratti di rapporti d'impiego il cui regime normativo non può non tenere conto delle libertà, costituzionalmente garantite (art. 33, comma 1, Cost.), che ineriscono sia alla ricerca che alla didattica, la vigente disciplina di stampo pubblicistico non appare in alcun modo necessitata, giacché nulla o-

sterebbe alla contrattualizzazione di tali rapporti, non essendo ciò in contrasto, di per sé, con le garanzie di libertà ed indipendenza dei docenti appena richiamate.

In ogni caso, la spiccata specialità dello stato giuridico dei professori universitari investe, come detto, anche ulteriori profili, tra cui la disciplina del collocamento a riposo.

Basterebbe ricordare che in origine il legislatore aveva fissato l'età della pensione per i professori universitari a settantacinque anni (art. 110, r.d. n. 1592/1933, TU delle leggi sull'istruzione superiore), prevedendo, prima del collocamento a riposo, l'assunzione della qualifica di professore fuori ruolo per cinque anni (d.lgs. C.p.S. n. 1251/1947): ciò sul presupposto che i professori assolvano ad una funzione essenziale nella formazione della società, sicché la prolungata permanenza nell'università garantirebbe efficienza al sistema universitario.

A partire dagli anni ottanta (dapprima con il d.P.R. n. 382/1980, poi con la l. n. 239/1990), il legislatore è intervenuto frantumando la disciplina della quiescenza in una pluralità di regole e regimi diversi, in relazione, di volta in volta, alla fascia di appartenenza e/o alla data di presa di servizio (sul punto, seppur non espresse con specifico riferimento alla disciplina della quiescenza, ma più in generale alla legislazione universitaria, potremmo fare nostre le parole di M. RUSCIANO, *Università: le opportunità dell'autonomia*, in *il Mulino*, 1995, n. 4, 658, che definì tale legislazione «inutilmente complicata e sovrabbondante, per giunta frutto stratificato di contesti accademico-burocratici di diverse stagioni»). La finalità è stata quella della riduzione della spesa pubblica; ma per gli atenei, e in particolare per talune facoltà, s'è manifestata evidente la difficoltà di mantenere la qualità dell'offerta didattica: la privazione di docenti con esperienze e maturità raggiunte, in concomitanza con il meccanismo di finanziamento che impedisce di acquisire risorse sufficienti per rimpiazzare in modi e tempi adeguati i docenti pensionati, ha generato talvolta difficoltà nell'organizzazione didattica.

Resta comunque il fatto che il regime previdenziale (o, meglio, i regimi previdenziali, attesa la coesistenza di diverse discipline applicabili *ratione temporis* a diverse classi di soggetti) dei professori universitari è caratterizzato, anche nella sua evoluzione legislativa, da un vistoso dato di controtendenza. Se, infatti, si può ben dire che l'ordinamento giuridico, quanto meno a partire dalle riforme dei primi anni novanta (si veda il d.lgs. n. 503/1992, nonché la l. n. 724/1994 e la l. n. 335/1995), evidenzia una tendenza normativa chiaramente connotata dallo scopo di procrastinare, in via generale, il collocamento a riposo dei lavoratori, per le note ragioni di sostenibilità del sistema previdenziale, nel caso dei professori universitari l'ordinamento tende progressivamente ad incoraggiare, al contrario, un'anticipazione del collocamento a riposo, vuoi in funzione di esigenze di contenimento della spesa, vuoi allo scopo di favorire il c.d. ricambio generazionale.

Per tali ragioni, la previsione del c.d. periodo di “fuori ruolo” è stata via via oggetto di interventi legislativi – analiticamente descritti e ricostruiti nella sentenza annotata – per mezzo dei quali se ne è progressivamente eroso e circoscritto il campo di applicazione ovvero la durata (ridotta da cinque a tre anni con l. n. 549/1995; riduzione, questa, peraltro volta ad armonizzare il regime normativo del “fuori ruolo” con la previsione, introdotta dal d.lgs. n. 503/1992 per tutti i dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici, del c.d. trattenimento in servizio, a richiesta dell’interessato, per un ulteriore biennio «oltre i limiti di età per il collocamento a riposo»), sino a sopprimere l’istituto per i professori assunti dopo l’entrata in vigore della l. n. 230/2005 e, infine, ad abolirlo anche per i professori già assunti nella vigenza di precedenti regimi normativi.

Così, in effetti, dispone l’art. 2, comma 434, l. n. 244/2007, oggetto del giudizio di costituzionalità: «A decorrere dal 1° gennaio 2008, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è ridotto a due anni accademici e coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel terzo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell’anno accademico. A decorrere dal 1° gennaio 2009, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è ridotto a un anno accademico e coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel secondo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell’anno accademico. A decorrere dal 1° gennaio 2010, il periodo di fuori ruolo dei professori universitari precedente la quiescenza è definitivamente abolito e coloro che alla medesima data sono in servizio come professori nel primo anno accademico fuori ruolo sono posti in quiescenza al termine dell’anno accademico».

2. La norma si è esposta a diverse censure di incostituzionalità, sollevate nell’ambito di controversie promosse – è bene sin d’ora sottolinearlo – da docenti già collocati fuori ruolo, che stavano fruendo del relativo periodo.

Anzitutto è stata eccepita, davanti alla Corte costituzionale, la violazione del principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., poiché la norma denunciata, incidendo retroattivamente sulla posizione dei professori già collocati fuori ruolo, ne avrebbe in tal modo leso un legittimo affidamento. Il che avrebbe comportato anche una violazione del principio di eguaglianza, sempre riconducibile all’art. 3 Cost., per il fatto che il regime transitorio contemplato dalla norma scrutinata riserva lo stesso trattamento normativo a situazioni diverse: rispettivamente, quella dei docenti già fuori ruolo e quella dei docenti che ancora non hanno avuto accesso all’istituto.

Inoltre, benché si tratti di eccezione più debole, è stata rilevata l’incompatibilità della disciplina legale in esame con l’art. 97 Cost. ed il principio di buon andamento della PA in esso sancito: ciò a causa della subitanea interruzione delle attività di ricerca già programmate dai professori per l’intero periodo del fuori ruolo, bruscamente troncato dal sopravvenire della norma, con conseguente dispersione dell’attività scientifica in essere.

Tale ultima questione è tuttavia rimasta in ombra nella sentenza della Corte, poiché l'accoglimento, di cui si dirà, dell'eccezione riferita all'art. 3 Cost. ha fatto sì che quella riferita all'art. 97 Cost. non venisse affrontata. Qui si può solo dire che il provvedimento legislativo in esame, chiaramente connotato da una *ratio* di generale contenimento della spesa e di *favor* per il ricambio generazionale del corpo docente, non poteva, proprio per ciò, considerarsi contrario al principio di buon andamento, a meno di non mettere in discussione – nel merito, e dunque sul piano dell'opportunità e della discrezionalità politica, sul quale non può insistere il sindacato della Corte – se ed in quale misura tali obiettivi apparissero efficacemente perseguiti.

3. Il fulcro del problema era però un altro: ossia, come detto, la ritenuta incidenza retroattiva della norma (quanto meno nelle forme della c.d. retroattività impropria, capace di produrre effetti solo *ex nunc*, seppure in relazione a fatti del passato) sulle posizioni (non solo dei professori in attesa di accedere, in un tempo più o meno prossimo, al “fuori ruolo”, ma anche, soprattutto) dei professori già attualmente collocati fuori ruolo.

Fermo restando che solo per la legge penale risulta costituzionalizzato un generale principio di irretroattività *in malam partem*, ex art. 25, comma 2, Cost., il problema dei limiti alla retroattività della legge extrapenale e dell'incidenza di essa sulle situazioni giuridiche preesistenti è stato oggetto, come noto, di frequenti interventi della giurisprudenza costituzionale, per lo più in relazione alle leggi di interpretazione autentica (le quali, secondo una condivisibile dottrina, andrebbero pur sempre ritenute innovative, rappresentando un atto di esercizio del potere legislativo, al pari di ogni altra legge ordinaria: cfr. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*) ovvero alle c.d. leggi di incentivazione economica (su cui si veda F. RIGANO, *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *GI*, 1999, 2223 ss.).

Posto che l'art. 11 disp. prel. c.c. (ai sensi del quale «la legge non dispone che per l'avvenire», non avendo comunque «effetto retroattivo») è norma di rango ordinario – e perciò non preclude in alcun modo ad una qualsiasi legge ordinaria successiva di determinare la propria retroattività – la Corte costituzionale ammette l'efficacia retroattiva della legge, subordinandola alla condizione che non risulti violato il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. e che non ne derivi un'interferenza su specifici giudizi pendenti né siano intaccati gli effetti del giudicato (cfr. C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 24, in *GC*, 2009, I, 825; C. Cost. 20 maggio 2008, n. 162, in *GCost*, 2008, 1951; C. Cost. 28 marzo 2008, n. 74, in *FI*, 2008, I, 2411; C. Cost. 17 maggio 2001, n. 136, in *FI*, 2002, I, 1653; C. Cost. 12 luglio 2000, n. 374, in *FI*, 2000, I, 3410; C. Cost. 7 giugno 1999, n. 229, in *FI*, 1999, I, 2145).

Del resto, anche chi ritiene, in dottrina, di poter elevare l'irretroattività della legge a principio generale dell'ordinamento, privo però di rango costituzionale, ne esclude la capacità di impedire l'adozione di norme retroattive, che non violerebbero il principio ma vi derogherebbero legittimamente (cfr. R. GUA-

STINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1993, 282-283).

Per verità, la stessa nozione di retroattività è stata oggetto di una recente e densa ricostruzione dottrinale (M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *GI*, 2007, 1825 e 2089), che ne ha sottolineato una certa evanescenza. Attesa l'assenza, nel diritto positivo, di una qualunque definizione legale di retroattività, potendosi tutt'al più individuare l'affermazione di un principio di irretroattività (nell'art. 11 disp. prel. c.c., come nell'art. 25 Cost., senza che mai sia chiarito, tuttavia, quando una norma possa dirsi davvero retroattiva), si osserva che tale principio «altro non è che un precipitato dei (distinti, ma connessi) principi di certezza e affidamento, riguardati nella prospettiva del rapporto tra diritto e tempo. [...] E l'equivoco ruota tutto attorno all'idea che, parlando di (ir)retroattività, il diritto positivo evochi un *istituto*, mentre sarebbe ben possibile ch'esso invochi un *valore* (o un fascio di valori: affidamento, certezza, eguaglianza, libertà, ecc.)» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 1831-1832). In questa prospettiva, l'autore approda ad un esito sostanzialmente demolitorio della stessa nozione di retroattività delle norme, considerata inutile, a vantaggio di una più lata nozione di "retrovalutazione giuridica" del passato, che abbraccia una variegata pluralità di ipotesi e di combinazioni tra diritto e tempo. Non serve sentirsi, vanamente, «in dovere di trovare *il punto* in cui l'effetto retroattivo si produce» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 1831); occorre comprendere, piuttosto, che «la questione della retroattività è quella del corretto bilanciamento tra valori» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 1836). Svalutato così del tutto il problema della retroattività e della individuazione dei suoi confini, l'autore perviene alla conclusione che qualsiasi provvedimento legislativo idoneo ad incidere – per la parte che a noi qui interessa – su rapporti di durata, modificandone la disciplina nel corso del tempo, può e deve soggiacere ad un giudizio di costituzionalità che passa, come detto, attraverso il bilanciamento tra tutela dell'affidamento e certezza normativa, da un lato, e gli interessi generali che giustificano quel provvedimento, dall'altro.

Si è ritenuto di indugiare sulla ricostruzione dottrinale appena richiamata – in certo senso radicale, giacché giunge sino a ricavare l'esistenza di un principio generale consistente in un «imperativo [per il legislatore] di minimo impatto sul passato» (M. LUCIANI, *op. cit.*, 2097) –, poiché tra le righe della sentenza annotata paiono cogliersi alcuni segni di discontinuità nella giurisprudenza della Corte, almeno in parte consonanti con detta dottrina.

La Corte, nell'impossibilità di procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata – posto che il tenore testuale della norma scrutinata non consente, obiettivamente, di escludere dal proprio campo di applicazione i professori che nel frattempo avessero già avuto accesso al regime del fuori ruolo –, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 434, con limitato riferimento ai soli docenti «per i quali sia già stato disposto il collocamento

fuori ruolo con formale provvedimento amministrativo e che abbiano iniziato il corso del relativo periodo», sia perché irragionevole – all’esito del bilanciamento di valori tra tutela del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica e perseguimento degli obiettivi politici del legislatore – sia perché lesivo del principio di eguaglianza, poiché «pone sullo stesso piano posizioni giuridiche non omogenee, in quanto trascura di considerare che il professore già in fuori ruolo è titolare in atto di uno specifico stato professionale, sul quale la norma medesima viene ad incidere in senso peggiorativo con effetto immediato, mentre il professore in servizio di ruolo, titolare di uno stato giuridico diverso, può vantare al riguardo soltanto una mera aspettativa».

La motivazione della sentenza fa perno sull’attribuzione, in capo ai docenti già collocati fuori ruolo, di una «situazione sostanziale consolidata», ovvero di una «posizione giuridica già acquisita», considerando tale classe di soggetti – con formula invero criptica – «titolar[i] in atto di uno specifico stato professionale».

Da un lato, dunque, la Corte continua a ricercare, come nella sua precedente giurisprudenza, una linea di demarcazione tra incidenza retroattiva della norma scrutinata sulle situazioni giuridiche consolidate ed impatto della norma, non giuridicamente qualificato, su mere situazioni di aspettativa.

Al contempo, però, il Giudice delle leggi non precisa in cosa consistano, sul piano qualificatorio, le situazioni consolidate in esame; cosicché, da un punto di vista dogmatico, la sentenza appare per molti versi inappagante, restando del tutto sfuggente il punto in cui l’affidamento del destinatario della norma possa ritenersi pervenuto ad «un elevato livello di consolidamento» (per usare le parole di C. Cost. 26 luglio 1995, n. 390, in *GC*, 1995, I, 326). La Corte non giunge infatti a qualificare come diritto soggettivo perfetto al completamento del periodo triennale la situazione giuridica di chi è già collocato fuori ruolo. Non si tratta di diritto soggettivo, invero, per il fatto che, trattandosi di rapporto di durata ancora in corso, ovvero non esaurito, non sembra potersi ravvisare una posizione giuridica irreversibilmente attratta nel patrimonio giuridico dell’interessato (*contra*, si veda però A. CELOTTO, *Fuori ruolo dei professori universitari: quando il legislatore cambia idea*, in www.giurcost.org/studi/index.html, il quale ritiene che anche i professori ancora in servizio sarebbero titolari di un affidamento qualificato, derivante tra l’altro da un precedente, recente, intervento legislativo di segno contrario; argomento, quest’ultimo, che non pare tuttavia persuasivo, se si considera che al legislatore non può essere imposta né l’ossificazione delle norme, né di attendere un lasso di tempo minimo dal precedente intervento legislativo in materia per perseguire, se crede, una determinata linea di politica del diritto).

Così, non trattandosi di veri e propri diritti soggettivi, o perlomeno non avendoli la Corte ritenuti tali, la sentenza pare indirizzarsi verso un implicito, tendenziale, ampliamento della menzionata operazione di bilanciamento, estesa anche a situazioni rispetto alle quali probabilmente non potrebbe nemmeno parlarsi di retroattività, quanto meno nell’accezione tradizionale che si lega

alla teoria dei diritti quesiti (su cui si rinvia a R. QUADRI, *Acquisiti (diritti)*, in *NDI*, 1957, vol. I, 237 ss.), dalla quale anzi la Corte mostra implicitamente di allontanarsi. Ed in effetti, come si è rilevato anche in seno alla dottrina giuslavorista, sovente il richiamo ai diritti quesiti sottende ambiguità semantiche, oscillando tale nozione tra la configurazione di diritti soggettivi e la, concettualmente diversa, evocazione di limiti alla riforma del diritto oggettivo (sul punto, cfr. A. OCCHINO, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. 55 ss.).

Può dunque dirsi che la sentenza annotata presenti qualche assonanza con la tesi dottrinale, sopra richiamata, che tende, previa svalutazione della stessa nozione di retroattività della legge, ad ampliare il campo delle previsioni legislative in relazione alle quali deve compiersi lo scrutinio di costituzionalità, sotto il profilo dell'eventuale lesione del principio dell'affidamento (che certa dottrina ritiene oggetto in sé di protezione costituzionale, radicata nell'art. 2 Cost., operando l'affidamento quale autonomo vincolo per il legislatore: cfr. L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, spec. 224 ss.; da altra angolazione, configura l'aspettativa come «concetto di relazione tra i cittadini e il potere legislativo, a titolo di limitazione della relativa discrezionalità» A. OCCHINO, *op. cit.*, 66).

Un elemento, o perlomeno uno spiraglio, di novità sembra poi ravvisabile nel fatto che, mentre il principio dell'affidamento e la certezza giuridica non sono stati considerati, tradizionalmente, come meritevoli di protezione autonoma, ma solo se ed in quanto agganciati ad altri beni o interessi di rango costituzionale (sul punto, cfr. da ultimo G. MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Cedam, Padova, 2009, 61-62), la sentenza in commento parrebbe conferire rilevanza alla tutela dell'affidamento in sé, senza richiamo esplicito di altri valori costituzionalmente rilevanti in relazione al cui dispiegarsi tale affidamento andrebbe salvaguardato.

Che lo svolgimento del periodo fuori ruolo vada considerato unitario, e che il collocamento fuori ruolo attribuisca una posizione giuridica autonoma che comprende il diritto al completamento del periodo – come osservato dai remittenti – è probabilmente conclusione forzata; ma la Corte, anche senza usare quelle stesse parole, ne ha in fondo condiviso la sostanza, dietro però lo schermo, piuttosto opaco, dell'anodina formula della «situazione sostanziale consolidata» ovvero dell'essere il professore già fuori ruolo, come detto, «titolare in atto di uno specifico stato professionale».

Ben si comprende che, se ai fini del decidere viene indicata come dirimente la sola natura «consolidata» o meno della posizione giuridica dell'interessato – senza però specificare quando ed in che modo si realizzi tale consolidamento, innalzando così la mera aspettativa ad affidamento qualificato – all'osservatore resta l'impressione che la Corte, proprio in ragione della sostanziale inafferrabilità dei concetti appena richiamati, avrebbe anche potuto

concludere in senso opposto, dichiarando non fondata la questione di costituzionalità.

Invero, la sentenza annotata mostra piuttosto chiaramente che il vero baricentro del giudizio di costituzionalità sulle leggi *lato sensu* retroattive va rinvenuto non tanto nella natura delle posizioni giuridiche soggettive che si assumono lese, quanto, come detto, nel bilanciamento tra valori, per mezzo del quale la Corte si riserva maggiori margini di valutazione discrezionale.

Andrea Bollani

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Pavia

1. Lavoro pubblico (segue)

1.2. Cass. 21 maggio 2009, n. 11835 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 30).

Lavoro pubblico - Lavoro pubblico c.d. privatizzato - Mansioni - Diritto all'assegnazione alle mansioni di assunzione - Contenuto e limiti - Sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa - sottrazione integrale delle funzioni da svolgere - Ammissibilità - Esclusione.

In materia di pubblico impiego privatizzato, l'art. 52, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che sancisce il diritto alla adibizione alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o ad altre equivalenti, ha recepito – attese le perduranti peculiarità relative alla natura pubblica del datore di lavoro, tuttora condizionato, nell'organizzazione del lavoro, da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria delle risorse – un concetto di equivalenza “formale”, ancorato alle previsioni della contrattazione collettiva (indipendentemente dalla professionalità acquisita) e non sindacabile dal giudice. Ove, tuttavia, vi sia stato, con la destinazione ad altre mansioni, il sostanziale svuotamento dell'attività lavorativa, la vicenda esula dall'ambito delle problematiche sull'equivalenza delle mansioni, configurandosi la diversa ipotesi della sottrazione pressoché integrale delle funzioni da svolgere, vietata anche nell'ambito del pubblico impiego.

***Ius variandi* della pubblica amministrazione: dissolto il velo dell'equivalenza formale delle mansioni**

Sommario: **1.** Il fatto. – **2.** La decisione della Cassazione. – **3.** Spunti critici: la questione dell'applicabilità nel settore pubblico dell'art. 2103 c.c. – **4.** *Segue*: il giudizio di equivalenza delle mansioni. – **5.** Conclusioni.

1. Un dipendente comunale con la qualifica di funzionario architetto aveva ricevuto, con ordine di servizio specifico, la responsabilità di una unità opera-

tiva e le funzioni di responsabile del procedimento delle dichiarazioni di inizio attività e delle istruttorie.

Dopo aver segnalato deficienze e lacune della struttura affidatagli, con altro ordine di servizio, il funzionario veniva privato, dal nuovo dirigente, della funzione di responsabile del procedimento, che veniva perciò attribuita ad altro funzionario.

Pronta la reazione del funzionario, che, denunciando la violazione dell'art. 2103 c.c., adiva il tribunale locale per sentir dichiarare l'illegittimità del secondo ordine di servizio ed insistendo al fine di ottenere la riassegnazione dell'incarico svolto in precedenza.

Si difendeva il Comune sostenendo di avere assegnato al dipendente mansioni equivalenti a quelle precedenti in quanto previste dal contratto collettivo per la sua qualifica; e tale difesa veniva accolta dal giudice di prime cure, che respingeva la domanda.

La decisione veniva però riformata dalla Corte territoriale, la quale, ritenuto il disposto dell'art. 2103 c.c. applicabile anche al pubblico impiego, osservava come il lavoratore avesse subito un illegittimo demansionamento, essendogli stata sottratta una parte rilevante delle proprie mansioni.

Avverso tale pronuncia, il Comune ricorreva per Cassazione denunciando vizi di motivazione e violazione di legge.

2. La decisione della Cassazione è sorretta da una concisa linea argomentativa che si snoda attraverso quattro passaggi fondamentali.

Come premessa, la Corte osserva che la riconduzione della disciplina del lavoro alle regole privatistiche del contratto e dell'autonomia privata individuale e collettiva non ha eliminato «la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che, pur munito nella gestione degli strumenti tipici del rapporto di lavoro privato, per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro, resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale».

Tale particolarità, secondo la Corte, si appalesa già nella lettera del citato art. 52, che, in aperto conflitto con il principio di effettività che domina la materia delle mansioni nel lavoro privato, enuncia un concetto di equivalenza esclusivamente "formale", «ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice».

A detta della pronuncia in commento, quindi, ai fini del giudizio di equivalenza, «condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita, evidentemente ritenendosi che il riferimento all'aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza, di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, alla stregua dello schematismo che ancora connota e caratterizza il rapporto di lavoro pubblico».

Infine, conclude la Corte, l'equivalenza in senso formale è ribadita anche dalla norma contrattuale applicabile nel caso di specie, la quale prevede che «ai sensi del D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56 come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili» (art. 3, comma 2, Ccnl Comparto Regioni e Autonomie Locali).

Poste tali premesse e non essendo contestata, in punto di fatto, la formale riconducibilità delle mansioni da ultimo affidate al dipendente alla medesima classificazione professionale di quelle di assunzione, il lettore è portato a credere che la Cassazione concluda accogliendo le doglianze del Comune ricorrente e censurando la sentenza della Corte territoriale nella parte in cui conduce il giudizio di equivalenza in concreto con espresso riferimento all'art. 2103 c.c. Invece, il collegio volta bruscamente pagina affermando che il caso concreto non è riconducibile alla problematica dell'equivalenza delle mansioni, rientrando invece «in quella, diversa, della sottrazione pressoché integrale, e quindi rilevante, di ogni funzione da svolgere, che è certamente vietata anche nel pubblico impiego». Ne segue il rigetto del ricorso.

3. La decisione della Suprema Corte si rivela di interesse, più che per il condivisibile risultato a cui perviene, per alcuni passaggi dell'iter argomentativo svolto.

In particolare, nel complesso tema dello *ius variandi* della pubblica amministrazione, meritano approfondimento la questione relativa all'applicabilità dell'art. 2103 c.c., in caso di demansionamento del pubblico dipendente, e la questione relativa al giudizio di equivalenza delle mansioni, soprattutto in riferimento ai poteri dell'interprete e al valore del rinvio operato dalla legge in favore della contrattazione collettiva.

Lo *ius variandi* della pubblica amministrazione è materia che, da sempre, ha costituito uno dei punti di maggior diversificazione tra lavoro privato e pubblico (M. MARINELLI, *Le mansioni nel pubblico impiego*, in *RGL*, 1996, I, 491; L. FIORILLO, *Commento all'art. 19 del D.Lgs. n. 29 del 1993*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, 1390).

La differente regolamentazione è figlia, oltre che dell'evoluzione storica, della permanente diversità dei principi che hanno ispirato l'intervento legislativo nei due settori: mentre nel lavoro alle dipendenze del datore di lavoro privato, i valori sottesi alla disciplina valevole per l'impiego privato portano alla ricerca di un equilibrio tra pretesa del lavoratore di salvaguardare la propria professionalità e pretesa dell'impresa di disporre con la massima flessibilità della propria forza lavoro, nel settore pubblico l'indisponibilità degli interessi pubblici, che si ricollegano alla stabilità del ruolo organico ed alla certezza organizzativa, burocratica e finanziaria dell'amministrazione, hanno fatto sì che la materia si assestasse in un quadro che riflettesse la «legittima diseguaglianza tra le parti» (C. Stato, ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22, in *LPA*, 2000, 598,

con nota di I. ANTONINI, e in *GDA*, 2000, 1006, con nota di V. TALAMO. Per una efficace ricostruzione del “lungo travaglio” legislativo che ha portato all’attuale disciplina delle mansioni nel pubblico impiego, cfr. L. SGARBI, *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Cedam, Padova, 2004, 39 ss.).

Non da ultimo, la materia è regolata da fonti diverse.

Se, infatti, nel privato la materia è compiutamente regolata dall’art. 2103 c.c., nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si pone da subito un problema di individuazione delle fonti.

Ultimato il processo di privatizzazione (o, meglio, di “contrattualizzazione”) con l’adozione del TU del 2001, la fonte da cui occorre muovere i primi passi per ricostruire la disciplina delle mansioni nel pubblico impiego è l’art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, a norma del quale il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell’ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi.

Manca, rispetto all’art. 2103 c.c., il riferimento alle ultime mansioni di fatto esercitate, così come una disciplina specifica dei patti contrari.

Di più, vi è un espresso riferimento al giudizio di equivalenza operato dalla contrattazione collettiva, alla quale la legge sembra demandare il potere di fornire all’interprete indicazioni vincolanti.

Si tratterebbe, quindi, secondo parte della dottrina, di un «micro-sistema normativo autoconcluso» (S. LIEBMAN, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1999, 641) o, con altre parole, di un microcosmo chiuso ed autosufficiente dal punto di vista legislativo (L. SGARBI, *Mansioni, qualifiche e categorie*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, 635 ss.), che vede nell’art. 52 la sua fonte unica ed esclusiva.

Secondo altri, invece, l’art. 52 detta una disciplina solo parzialmente derogatoria dell’art. 2103 c.c., che quindi troverebbe applicazione in virtù del generale rinvio operato dall’art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 alla disciplina codicistica.

Per tali autori il dettato del codice è destinato a prevalere ogniqualvolta la norma speciale si ponga in conflitto con i principi che vivificano l’ordinamento lavoristico, in quanto, rispetto ad essi, i principi della organizzazione che giustificano il permanere di una disciplina speciale per il pubblico impiego assumono natura strumentale (A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, 466. Nello stesso senso, V. TALAMO, *Commento a Cons. Stato, ad. plen. 18 novembre 1999, n. 22*, in *GDA*, 2000, 1006).

In posizione intermedia si pongono poi coloro che ritengono applicabili le disposizioni contenute nell’art. 2103 c.c. per quanto non diversamente indicato dall’art. 52, ovvero limitatamente alla sola parte relativa alla nullità dei patti

contrari (E. ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2007, 172).

Le sfaccettature della dottrina si riflettono, peraltro, nelle oscillanti posizioni della giurisprudenza di merito (in senso favorevole all'applicabilità si sono espressi Trib. Catanzaro 1° giugno 2001, in *LPA*, 2002, 154, con nota di N. COTTONE; Trib. Benevento 12 agosto 2003, in *www.formez.it*; Trib. Camerino 2 aprile 2007, in *LG*, 2007, 1123, con nota di P. GALLO; in senso contrario, Trib. Monza 20 febbraio 2001, in *LPA*, 2001, 679, con nota di M. NAVILLI; Trib. Milano 27 marzo 2002, in *LG*, 2003, 90; Trib. Ravenna 9 aprile 2002, in *Personale Enti Locali*, 2004, n. 3-4, 168).

La posizione della Suprema Corte appare invece più solida nel considerare la materia che ci occupa estranea al dettato codicistico (tra le pronunce più recenti, Cass. 22 gennaio 2008, n. 1346, in *LPA*, 2008, 130; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29817, in *MGC*, 2008, 1810). Così, peraltro, la Cassazione si è recentemente espressa anche nella sua composizione più autorevole (Cass., sez. un., 4 aprile 2008, n. 8740, in *RIDL*, 2008, II, 803, con nota adesiva di R. DIAMANTI, e in *LPA*, 2008, 353, con nota critica di M.G. MURRONE), rimarcando che l'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, a differenza dell'art. 2103 c.c., impone nei confronti del prestatore di lavoro pubblico il mantenimento delle mansioni per le quali è stato assunto o di quelle considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, senza dare rilievo a quelle in concreto svolte.

4. È proprio al dettato delle Sezioni Unite (non espressamente richiamato in motivazione) che sembra volersi rifare la pronuncia che si annota. Nelle premesse, infatti, si afferma che il dato formale dell'identità di livello contrattuale è sufficiente a ritenere che le mansioni di destinazione siano equivalenti a quelle di provenienza; e che la valutazione convenzionale che la legge demanda all'autonomia collettiva non è sindacabile da parte dell'interprete.

La posizione delle Sezioni Unite, in cui sembrano udirsi gli echi dell'abrogato sistema dell'inquadramento formale di cui al TU n. 3/1957, pur trovando autorevole conferma nel pensiero di alcuni autori (L. SGARBI, *Mansioni, qualifiche e categorie*, cit., 637; P. ALLEVA, *Lo ius variandi*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2000, II, 1552), si colloca in contrasto con la dottrina maggioritaria e presta il fianco a diverse critiche.

Innanzitutto la lettura è così rigida e formalistica da rendere preferibile la posizione di quanti escludono in radice che nel pubblico impiego possa parlarsi di *ius variandi orizzontale*, in quanto tutte le mansioni ascrivibili alla medesima qualificazione professionale concorrerebbero in realtà a determinare l'oggetto stesso del contratto di lavoro; con l'ulteriore conseguenza per cui il provvedimento con cui l'amministrazione assegna al dipendente una o l'altra mansione non sarebbe da intendersi alla stregua di un esercizio di *ius variandi*, ma semplicemente di un atto di esercizio del potere direttivo, con il quale

al dipendente viene volta per volta richiesto lo svolgimento concreto di uno dei compiti contrattualmente esigibili (S. LIEBMAN, *op. cit.*, 626).

In secondo luogo, come icasticamente rilevato (M.G. MURRONE, *Mansioni equivalenti nel pubblico impiego, contratto collettivo e valutazione giudiziale*, in *LPA*, 2008, 360), nella pronuncia del 2008 vi è un grande assente: la professionalità. Ritenere che tutte le mansioni siano indifferentemente esigibili, significa anche ammettere che il dipendente non possa dolersi del provvedimento datoriale che leda la professionalità concretamente acquisita attraverso il protratto svolgimento di una mansione specifica.

Infine, l'impostazione seguita dal Supremo collegio produce un ulteriore effetto paradossale e indesiderato: stante l'attuale tendenza della contrattazione all'accorpamento delle qualifiche funzionali in non più di tre o quattro categorie (cfr. i commi 2 e 3, art. 40, d.lgs. n. 165/2001, come modificati dall'art. 54, d.lgs. n. 150/2009), si amplierebbe oltre modo lo spettro delle mansioni esigibili, col risultato, sul piano civilistico, di lambire la nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto e, sul piano aziendalistico, di svalutare il patrimonio professionale acquisito dal lavoratore.

È allora preferibile l'orientamento di quanti ritengono che, a fronte di ogni cambio di mansioni, sia ammissibile un sindacato giudiziale circa l'equivalenza della nuova mansione con quella di provenienza (o, in altri termini, circa l'idoneità del nuovo incarico a non sacrificare la professionalità del lavoratore).

Entro l'ambito di ciascuna qualificazione professionale stabilita dalla contrattazione collettiva l'interprete sarebbe chiamato a valutare in concreto l'equivalenza delle mansioni di destinazione rispetto a quelle di assunzione (Trib. Vicenza 21 agosto 2001, in *LG*, 2002, 356, con nota di S. RIGON).

Sorgono però contrasti nell'individuare l'esatto ambito entro il quale il giudizio deve essere condotto e alla stregua di quali criteri.

Del tutto minoritaria è la posizione di quanti ritengono applicabili gli stessi criteri valevoli per il settore privato (Trib. Piacenza 29 maggio 2001, in *RGL*, 2002, II, 578, con nota di M. SGROI; Trib. Benevento 12 agosto 2003, in *www.formez.it*; Trib. Vicenza 6 giugno 2004, *ibidem*). Pare, infatti, più aderente allo spirito della norma ritenere che il giudizio di equivalenza debba riguardare mansioni che afferiscono alle stesse qualificazioni professionali (A.M. PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 2004, 219 ss.; P. CURZIO, *Pubblico impiego: sospensioni, congedi, aspettative, mutamenti di mansioni, promozioni*, in *D&L*, 2002, 265).

«La formulazione del giudizio di equivalenza seguita a competere all'interprete; ma il ruolo della contrattazione collettiva è potenziato poiché le regole convenzionali non forniscono all'interprete un mero indice ermeneutico ma lo vincolano ad operare il giudizio entro l'ambito da esse stabilito» (A.M. PERRINO, *Segnali di deriva del principio di equivalenza delle mansioni del lavoratore pubblico*, in *FI*, 2005, I, 1366).

La correttezza di questa impostazione sembra peraltro trovare conferma anche nella più recente evoluzione legislativa.

Il primo comma dell'art. 52, cit., è stato infatti novellato dall'art. 62, d.lgs. n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta). Nel testo di risulta le mansioni equivalenti non sono più quelle «considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi», bensì semplicemente quelle «equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento».

A giudizio dello scrivente il testo novellato perde gran parte dell'ambiguità che contraddistingueva la precedente formulazione: infatti, l'aver circoscritto lo *ius variandi* nell'ambito delle mansioni «equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento» significa sottintendere che nel medesimo ambito vi siano anche mansioni non equivalenti (in questo senso, M. CORTI, A. SARTORI, *Osservatorio legislativo in materia di lavoro*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2010, III, n. 1). Al giudice spetterebbe quindi un compito non meramente ricognitivo, bensì valutativo, al fine di censurare, eventualmente, uno spostamento che comporti adibizione a mansioni non omogenee o contigue rispetto a quelle precedentemente svolte. Per questo aspetto, la distanza tra lavoro pubblico e privato si riduce, in quanto la formulazione del giudizio di equivalenza continua a spettare all'interprete (R. DIAMANTI, *L'equivalenza di mansioni nel settore pubblico e in quello privato: apparente diversità e sostanziale avvicinamento*, in *RIDL*, 2008, II, 813 ss.).

Nelle conclusioni, invece, la sentenza che si annota si discosta dalle Sezioni Unite su citate ove richiama espressamente l'opposto – e preferibile – orientamento secondo cui «la violazione, da parte dell'Amministrazione pubblica datrice di lavoro, dell'obbligo di adibire il dipendente alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti [...], va accertata, in concreto, anche mediante l'esame delle disposizioni regolamentari, riguardanti le mansioni originarie e quelle della nuova destinazione, allorché non sia in contestazione che le mansioni effettivamente esercitate siano quelle astrattamente contemplate dalle disposizioni medesime» (Cass. 26 settembre 2007, n. 20170, in *LPA*, 2007, 966. Nello stesso senso, già Cass. 9 maggio 2006, n. 10628, in *GC*, 2007, 730).

5. Meritano, quindi, piena adesione le conclusioni cui giunge la sentenza in commento, ove è ribadito che, nel settore pubblico come in quello privato, l'ordinamento riconosce e tutela il diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento delle prestazioni dedotte in contratto.

Si tratta di un'interpretazione della disciplina delle mansioni che sposta il *focus* dal tradizionale problema della delimitazione dei poteri datoriali, a quello della tutela della professionalità. «La professionalità viene considerata come dimensione della personalità del lavoro e, come tale, in caso di lesione, oggetto di una pretesa risarcitoria in aggiunta alla tutela retributiva [...] questa dimensione è comunque idonea a prospettare il diritto, oltre che il dovere, a esercitare le mansioni, proprio al fine di salvaguardare la professionalità, lesa dal mancato svolgimento dell'attività lavorativa» (M. NAPOLI, *Le dimensioni*

della professionalità, Intervento al XIV Congresso dell'AIDLASS, Teramo-Silvi Marina, 30-31 maggio 2003, ora in ID., *Il Diritto del lavoro tra conferme e sviluppi*, Giappichelli, Torino, 2006, 155. Nello stesso senso, G. PERA, *La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro nel massimario curato da Redenti*, in RIDL, 1994, III (ora in ID., *Scritti di Giuseppe Pera*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 836); R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994, 217 ss.; A. VALLEBONA, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*, in RIDL, 1996, II, 365; G. LOY, *Professionalità e rapporto di lavoro*, in M. NAPOLI (a cura di), *La professionalità*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, 49. In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. 3 giugno 1995, n. 6265, in RIDL, 1996, II, 363; Cass. 2 gennaio 2002, n. 10, in RIDL, 2003, II, 58; Cass. 6 marzo 2006, n. 4766, in MGL, 2007, 33; Cass. 17 settembre 2008, n. 23744, in GD, 2008, 46, 20).

Affermare tale diritto significa non solo proteggere il prestatore in quelle situazioni in cui il demansionamento si manifesta sotto il mero profilo della riduzione quantitativa delle mansioni affidate, sicché il lavoratore si ritrovi in uno stato di inattività forzata (in questo senso, *ex plurimis*, Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in MGC, 2004, 3), bensì affermare l'esistenza di un diritto di lavorare, per conservare ed accrescere la propria professionalità, o anche soltanto per il piacere di lavorare, quale «espressione essenziale della personalità del cittadino della repubblica» (P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, 318; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 7 ss.; M. CORTI, *L'edificazione del sistema italiano di formazione continua dei lavoratori*, in RGL, 2007, 163 ss., in particolare 174-176, a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici).

Si tratta di un diritto fondamentale di contenuto non patrimoniale (C. Cost. 6 aprile 2004, n. 113, in GC, 2005, 1457, con nota di M. CORTI; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in GC, 2009, 913, con nota di M. ROSSETTI), che trova diretta copertura costituzionale all'art. 2, prima ancora che all'art. 4, della Carta (C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 24) in quanto il lavoro non costituisce solo fonte di guadagno ma anche modo di espressione della persona umana.

Tommaso Erboli

Dottorando in Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

2. Lavoro subordinato

2.1. Cass. 8 maggio 2009, n. 10629 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 32).

Lavoro subordinato - Qualificazione - Prestazioni elementari, ripetitive, predeterminate - Criteri.

Nel caso in cui la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione ed al fine della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare non risulti, in quel particolare contesto, significativo, per la qualificazione del rapporto di lavoro occorre far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, desunto anche dalla eventuale concomitanza di altri rapporti di lavoro.

Mansioni elementari e subordinazione

Sommario: **1.** L'accertamento della subordinazione tra eterodeterminazione della prestazione lavorativa, criteri sussidiari e metodi di qualificazione del rapporto di lavoro. – **2.** La relativizzazione del concetto di subordinazione e la c.d. "subordinazione attenuata". – **3.** Il caso di specie: la valorizzazione dei criteri distintivi sussidiari. – **4.** Conclusioni.

1. La continua evoluzione dei modelli organizzativi imprenditoriali, la conseguente trasformazione dei processi produttivi, l'utilizzo di forme di lavoro atipico contribuiscono a fornire sempre maggior impulso al dibattito sulla individuazione dei criteri distintivi tra autonomia e subordinazione. In tale contesto, i principi enunciati dalla Suprema Corte nella sentenza in commento offrono interessanti argomenti di riflessione.

Punto di partenza dell'indagine, ormai acquisito in materia, è che «ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di lavoro autonomo»: il problema della qualificazione della fattispecie non può essere risolto, dunque, se non con riferimento alle concrete modalità di svolgimento della prestazione e, in genere, di attuazione del rapporto. Tra queste, assume rilievo primario l'assoggettamento del lavoratore «al potere organizzativo, direttivo e disciplinare» del datore di lavoro, con conseguente inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale e prestazione delle sole energie lavorative corrispondenti all'attività di impresa (cfr., *ex multis*, Cass. 3 aprile 2000, n. 4036; Cass. 9 gennaio 2001, n. 224;

Cass. 1° marzo 2001, n. 2970; Cass. 29 novembre 2002, n. 16697. Altri elementi, dunque, quali la continuità della prestazione, l'assenza del rischio, il vincolo di orario, o l'alienità dei mezzi di produzione, possono assumere un valore sussidiario ma non decisivo, concorrendo in via indiziaria al convincimento del giudice che deve, però, fondarsi sull'imprescindibile accertamento della eterodeterminazione della prestazione (*ex plurimis* Cass. 20 giugno 2003, n. 9900; Cass. 29 aprile 2003, n. 6673; Cass. 23 aprile 2001, n. 5989; Cass. 1° agosto 2000, n. 10064; Cass. 10 dicembre 1999, n. 13858; in dottrina, M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, 167-182).

Quanto ai metodi da utilizzare nell'opera di qualificazione della fattispecie, più rigoroso è il metodo imprescindibile del sillogismo giuridico, mediante sussunzione per identità della fattispecie concreta in quella astratta, conseguendone un controllo della Suprema Corte sulla individuazione dello schema normativo al quale ricondurre le circostanze accertate (G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2009, 47-48). Non appare ugualmente condivisibile il ricorso operato dalla Corte al metodo c.d. "tipologico" di qualificazione per approssimazione, desunta da una coincidenza solo parziale tra fattispecie concreta ed astratta, potendo quest'ultimo agevolare, più che la qualificazione dei fatti, l'opera di interpretazione e definizione delle fattispecie legali (A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, 6-7).

2. Recentemente si è fatta strada, in dottrina come in giurisprudenza – soprattutto in virtù dei mutamenti ormai frequenti nella organizzazione del lavoro (si pensi alle esternalizzazioni e all'utilizzo flessibile delle risorse umane) –, l'enucleazione della cosiddetta "subordinazione attenuata", ovvero di una relazione prestatore-datore nella quale il vincolo di dipendenza – proprio in relazione alle *species* di prestazione e di organizzazione datoriale – si risolve nell'obbligazione di porre a disposizione dell'imprenditore le proprie energie lavorative e nell'impiego delle stesse secondo le direttive di ordine generale inizialmente impartite (in tal senso, in dottrina, D. DE FEO, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *ADL*, 2004, 649, e R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, I, 2001, 95).

In tutte le ipotesi di prestazioni lavorative caratterizzate da una particolare ripetitività, ovvero dal contenuto modesto (e, come tali, non richiedenti un continuo esercizio del potere direttivo e di controllo), il vincolo di subordinazione è individuabile anche se il potere direttivo datoriale si sia esteriorizzato attraverso direttive ed istruzioni di carattere generale impartite *una tantum* all'inizio del rapporto, «desumendosi inoltre dalla permanente disponibilità del lavoratore ad eseguire tali istruzioni» (Cass. 27 novembre 2002, n. 16805), perché, in quelle ipotesi, costituisce evidente indice di subordinazione l'inserimento del lavoratore nella struttura aziendale, come possono costituire

indici anche altri elementi, peraltro secondari, come la presenza di un compenso fisso e l'osservanza di un determinato orario di lavoro (Cass. 1° marzo 2001, n. 2970; Cass. 1° luglio 1999, n. 6761).

Tale principio è stato rafforzato dalla Cassazione – ancor prima che nella sentenza in commento – in alcune pronunce del 2004, in cui il processo di relativizzazione del concetto di subordinazione, inteso quale soggezione al potere direttivo e disciplinare, ha subito un rapido accentuarsi: si segnalano, in tal senso, Cass. 5 maggio 2004, n. 8569 (relativa a un rapporto avente ad oggetto mansioni di addetta alle pulizie, “mascherato” con un fittizio contratto di appalto), nonché Cass. 18 marzo 2004, n. 5508, e Cass. 13 maggio 2004, n. 9151 (relative a mansioni impiegate addotte come autonome in base alle modalità di pagamento del compenso, determinato in percentuale sui corrispettivi di noleggi). In particolare, Cass. 5 maggio 2004, n. 8569 (sulla quale cfr. R. MUGGIA, *Le frontiere mobili della subordinazione*, in *D&L*, 2004, II, 333-335), ribadendo una argomentazione già rinvenibile in Cass. n. 16805/2002, cit., pone il principio di diritto al quale la Corte intende ora dare *continuità giuridica* nella sentenza in commento, rilevando che una attenuazione del potere direttivo e disciplinare si ha non solo per le prestazioni lavorative dotate di maggiore elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo (quali, ad esempio, quelle del giornalista), ma, all'opposto, anche per le mansioni estremamente elementari e ripetitive, le quali, proprio per loro natura, non richiedono, in linea di massima, l'esercizio di quel potere gerarchico che si estrinseca sia nelle direttive – di volta in volta preordinate ad adattare la prestazione alle mutevoli esigenze di tempo e luogo dell'organizzazione imprenditoriale – sia nei controlli sulle modalità esecutive della prestazione lavorativa. Sicché, in tali casi, sarebbe inutile pretendere di utilizzare, come criterio distintivo, l'esercizio di un potere direttivo che, proprio per la particolarità delle mansioni, potrebbe non avere mai occasione di manifestarsi, giacché, una volta esplicitato *una tantum* nella fase iniziale del rapporto, è destinato a conservare i suoi effetti senza necessità di reiterarsi continuamente (in tal senso, indicativo è che la sentenza citata riguardasse un caso di lavoro di pulizia protrattosi per oltre venti anni).

Così, in relazione alle difficoltà che non di rado si incontrano, in casi del genere, nell'opera qualificatoria del rapporto di lavoro, legittimo è il ricorso del giudice a criteri distintivi sussidiari, la cui valenza tende ad accentuarsi non solo per l'attenuazione del potere direttivo e disciplinare in relazione a prestazioni dotate di maggiore elevatezza, ma anche, come detto, di mansioni estremamente ripetitive.

3. Nel caso di specie, conseguentemente, la Corte, nel giudicare nuovamente su di una ipotesi di prestazione dal contenuto modesto ed elementare, ovvero di consegna di medicinali, rileva che, laddove il *facere* del prestatore risulti assolutamente semplice e routinario, protraendosi, con tali caratteristiche, per tutta la durata del rapporto, l'esercizio del potere direttivo datoriale potrebbe non avere occasione di manifestarsi (come, d'altronde, già affermato anche in

Cass. 27 marzo 2000, n. 3674, secondo cui l'esistenza del potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro «è sicuro indice di subordinazione», mentre la relativa assenza non è sicuro indice di autonomia). Una conclusione, questa, che certamente appare tanto più valida quando, nel momento genetico del rapporto di lavoro, le parti abbiano predeterminato puntualmente le modalità di una prestazione che fisiologicamente sia destinata a ripetersi nel tempo, essendo evidente che, in casi del genere – a fronte, cioè, di mansioni per così dire “rigide” –, il potere direttivo può non assumere una concreta rilevanza “esterna”, mentre il potere disciplinare in tanto potrà avere modo di estrinsecarsi in quanto il prestatore sia incorso in una inosservanza dei propri doveri, che non può essere astrattamente presupposta.

Elemento di conferma, nella medesima direzione, anche l'assunto per il quale la subordinazione può ritenersi sussistente pure in assenza del vincolo di soggezione al potere direttivo del datore di lavoro (inteso nei termini sopraindicati) ed in presenza, viceversa, dell'assunzione per contratto, da parte del prestatore, dell'obbligo di mettere a disposizione del datore le proprie energie lavorative e impiegarle con continuità secondo le direttive di ordine generale impartite *ab inizio*, trattandosi di principio già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, sia pure con riferimento all'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro in direzione di una sempre più diffusa esteriorizzazione di interi settori del ciclo produttivo e di professionalità specifiche (in particolare, in Cass. 6 luglio 2001, n. 9167, e Cass. 26 febbraio 2002, n. 2842): ciò a riprova della possibilità – ed anzi, della necessità –, con riferimento all'estrema variabilità che la subordinazione può assumere nei diversi contesti, di «prescindere dal potere direttivo dell'imprenditore nei casi in cui esso non possa validamente assumere il ruolo discrezionale che normalmente gli è proprio».

4. In casi come quello in oggetto, dunque, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto corretto ed opportuno il ricorso ai «criteri distintivi sussidiari», quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore.

Nel caso in esame, il giudice di appello si è correttamente attenuto alla prassi citata, posto che, proprio in ragione delle caratteristiche della prestazione lavorativa resa a favore della società resistente, che consiste nella consegna dei medicinali e, quindi, in una prestazione elementare, ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro autonomo e subordinato, ha fatto ricorso agli indicati criteri distintivi di carattere sussidiario, pervenendo, con motivazione congrua, alla conclusione della insussistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata.

Va peraltro evidenziato come, ferma restando la riconosciuta posizione sopraelevata occupata dal criterio (che nello stesso tempo è anche concetto) di subordinazione in senso gerarchico – configurato come irriducibile ed autonomo *prius* rispetto al risultato della combinazione degli altri criteri, individualmente non decisivi –, l'elencazione di questi ultimi operata dalla Corte riveli, an-

cora, l'assenza di una autentica *regola costante* nell'utilizzo degli stessi (M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, 167-182) o, comunque, di una scala di priorità che assegni a ciascun indice una diversa e ben precisa rilevanza ai fini della qualificazione.

A ben vedere, infatti, tra gli indici richiamati dalla Corte solo alcuni possono realmente ascrivere ad un'area di totale sussidiarietà (si pensi all'incidenza soggettiva del rischio, alla forma della retribuzione, al vincolo di orario, all'inesistenza di una organizzazione da parte del prestatore), mentre altri, pur essendo stati talvolta investiti dal giudizio della mera residualità, godono, di fatto, di particolare considerazione da parte dei giudici, sia perché riescono spesso ad acquistare valore direttamente strumentale ai fini della individuazione del criterio principale, sia perché «si presentano in maniera tanto fluida da risultare interpretabili come variabili o ampliamenti storico-sociali della nozione di dipendenza di cui all'art. 2094 c.c.» (F. LUNARDON, *La fattispecie generale: la subordinazione e la sua delimitazione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, II, 10): tali sono, in particolare, l'inserimento nell'organizzazione aziendale del datore (in senso funzionale o naturalistico), la collaborazione e la continuità (giuridica e materiale).

Alla luce delle argomentazioni che precedono, appare ragionevole concludere, dunque, che la giurisprudenza di legittimità, lontana dall'orientamento assunto in non recenti decisioni degli anni Novanta (Cass. 2 luglio 1992, n. 8120, in *NGL*, 1992, 614, in tema di lavoro intellettuale di insegnanti; Cass. 15 maggio 1991, n. 5409, in tema di lavoro di pulizie) – in cui, pur non negando, in linea di principio, la necessità di un'analisi sulle modalità concrete di svolgimento del rapporto, valorizzava decisamente il dato formale dell'esistenza o meno di un atto iniziale col quale le parti identificassero la natura del rapporto, in contrasto con l'idea che la qualificazione dovesse dipendere da come in concreto le parti “riempiono” lo schema contrattuale formalmente adottato (G. FONTANA, *Subordinazione e collaborazioni coordinate e continuative: l'ennesima “svolta” della Cassazione*, nota a Cass. 20 marzo 2002, n. 4015, in *RGL*, 2002, II, 437) – abbia definitivamente posto fine ad una stagione formalistica, venendo meno dapprima la sopravvalutazione della qualificazione formale, poi quella della “subordinazione” intesa come soggezione ai poteri organizzativi e disciplinari del datore.

In tale direzione, la casistica continua a suggerire che, se appare condivisibile l'attenuazione/relativizzazione dell'elemento della subordinazione di cui alla sentenza in commento, anche gli altri criteri, singolarmente valutati, non sembrano fornire elementi discriminanti tali da poter assurgere a nozioni che, da sole, consentano di ritenere esistente il criterio della subordinazione, sicché, come confermato in dottrina, ogni caso dovrà continuare ad essere considerato

attentamente nelle sue peculiarità e, soprattutto, attraverso un uso combinato dei suesposti indici, da valutare alla luce del relativo grado di strumentalità.

Matteo Di Francesco
Dottorando in Autonomia Individuale e Autonomia Collettiva
Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

3. Licenziamento individuale

3.1. Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 8).

Licenziamento individuale - Giustificato motivo soggettivo - Licenziamento per scarso rendimento del lavoratore - Legittimità - Presupposti e criteri di valutazione - Fattispecie.

È legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora risulti provato, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente – ed a lui imputabile – in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto altresì conto di una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione. (Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con la quale un lavoratore, inquadrato nella qualifica di operatore di vendita, chiedeva la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatogli a seguito della contestazione di non aver raggiunto l'obiettivo di fatturato stabilito nei mesi da marzo ad ottobre del 2003).

Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore

Sommario: **1.** L'inquadramento del problema ed il licenziamento per ragioni soggettive. – **2.** L'"oggettivazione" dello scarso rendimento. – **3.** Ritorno alle origini: le condizioni del giustificato motivo soggettivo di licenziamento fondato sullo scarso rendimento.

1. La sentenza in oggetto si inserisce nel noto dibattito sulla duplice natura del licenziamento per scarso rendimento, che, allo stesso tempo, può essere considerato un inadempimento degli obblighi contrattuali, e, quindi, a seconda della gravità, una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, oppure una ragione inerente all'attività produttiva o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale, integrando un giustificato motivo oggettivo (la sentenza di riferimento in materia è Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, in *RIDL*, II, 689, con nota di P. ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia*,

suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento. Secondo questa pronuncia, il datore di lavoro che intenda far valere lo scarso rendimento «quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento [...] non può limitarsi a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità, ma è onerato della dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore». Invece, qualora «intenda attribuire ad esso rilevanza ai fini di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...], siffatta rilevanza può essere riconosciuta solo ove cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione, all'esito di un'indagine condotta alla stregua di tutte le circostanze della fattispecie concreta»).

Tuttavia, c'è chi in dottrina (L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi costituzionali"*, in *DLRI*, 2008, 627) sostiene che non si possa ricondurre lo scarso rendimento alle ragioni oggettive, giacché la giurisprudenza, quando riconduce lo scarso rendimento ad un giustificato motivo oggettivo, si riferisce ad ipotesi di impedimento fisico del lavoratore (Cass. n. 3250/2003, cit.). In base a questa ricostruzione, lo scarso rendimento è sempre un inadempimento del lavoratore che va provato dal datore di lavoro, non essendo invece necessaria la dimostrazione dell'*extrema ratio*, ovvero della non utilizzabilità del lavoratore in un'altra mansione (di norma equivalente), richiesta soltanto, com'è noto, nell'ipotesi di giustificato motivo oggettivo. D'altronde, questa soluzione ha un autorevole precedente. Secondo Mario Napoli, infatti, «lo scarso rendimento altro non è che la figura opposta alla prestazione esattamente eseguita sulla base del criterio obiettivo della diligenza. Conseguentemente esso rileverà ai fini risolutivi soltanto se in concreto è possibile accertare che il lavoratore è inadempiente e [...] se l'inadempimento assume il carattere "notevole"» (M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, 184).

Parte della giurisprudenza ha avallato questa ricostruzione già prima della sentenza del 2003 precedentemente richiamata. C'è infatti una serie di pronunce, secondo la quale «il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale [...] non integra *ex se* l'inesatto inadempimento che, a norma dell'art. 2118 cod. civ., si presume, fino a prova contraria, imputabile a colpa del debitore: l'obbligazione a carico del lavoratore resta pur sempre, invero, obbligazione di *facere* e non di risultato, e la inadeguatezza della prestazione fornita, prima ancora che alla mancanza della particolare diligenza che essa richiede, può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa e, comunque, a fattori non dipendenti dal lavoratore». D'altra parte, «la prova del giustificato motivo (soggettivo) di licenziamento [...] non può che consistere nella dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione, nella particolare ipotesi di scarso rendimento, deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, fra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazio-

ne e quello usato, nonché l'incidenza dell'organizzazione d'impresa e dei fattori socio-ambientali» (così Cass. 23 febbraio 1996, n. 1421, in *LG*, 1997, 294, ed anche Cass. 19 agosto 2000, n. 11001, in *OGL*, 2000, 752).

2. Pur ponendosi nel solco degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali appena richiamati, vi è chi considera errato farne derivare un'incomunicabilità fra le aree del giustificato motivo oggettivo e dei licenziamenti per ragioni soggettive (R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *DLRI*, 1998, 713-714). Secondo questo autore, infatti, non si può escludere che uno stesso fatto possa essere valutato sia come inadempimento sia come fattore di disfunzione organizzativa. Il riferimento è all'ipotesi che il dipendente abbia dato ripetute dimostrazioni «di non essere tagliato per il proprio ruolo» e che quindi «possa essere ritenuto professionalmente inidoneo, e dunque licenziabile per ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro» (sempre R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 714. Sull'argomento, più di recente, si veda L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 208 ss.). Anche talune sentenze accolgono questa ricostruzione: lo scarso rendimento che consente un licenziamento legittimo «può [...] essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa [...] per l'impropria utilizzazione delle forze lavorative complessivamente [...] a disposizione dell'imprenditore» (così Cass. 9 settembre 2003, n. 13194, in *MGC*, 2003, 9; ma si veda già Cass. 22 novembre 1996, n. 10286, in *D&L*, 1997, 373, con nota di C. PANDORI, *Corte di Cassazione e scarso rendimento: un passo (o più?) indietro*. Più specificamente, quest'ultima pronuncia ritiene che le «reiterate assenze per malattia sono estranee alla fattispecie dell'inadempimento, e possono perciò integrare lo scarso rendimento, inteso come inidoneità oggettiva alle mansioni che rende la prestazione inservibile»). Tale ricostruzione presenta però due nodi problematici: da un lato, la difficoltà di provare l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni e, dall'altro, l'impossibilità di applicare il principio di elaborazione giurisprudenziale dell'*extrema ratio* ad ipotesi che sono destinate a sfociare proprio nella sostituzione del dipendente licenziato.

A questo punto, si tratta di verificare se, nel caso dello scarso rendimento incolpevole, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo possa trovare spiegazione sulla base di alcuni istituti del diritto civile. Il riferimento è, anzitutto, all'impossibilità parziale dell'obbligazione, disciplinata dall'art. 1464 c.c., considerato che la diminuzione di valore della prestazione del lavoratore a lui non imputabile implica lo svolgimento solo in parte della prestazione corrispondente alle mansioni assegnate. A ben vedere, le argomentazioni di coloro che ritengono inapplicabile al caso in questione la norma del codice civile – poiché la parzialità dell'impossibilità sopravvenuta presuppone la divisibilità dell'oggetto della prestazione, mentre in questa ipotesi ci sarebbe solo una riduzione qualitativa della prestazione (L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *RTDPC*,

1950, 279 ss.) – sembrano confermate dalla lettera della norma del codice civile, secondo la quale «quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia *un interesse apprezzabile all'adempimento parziale*» (corsivo dell'A.). Infatti, è infrequente riscontrare casi in cui il datore di lavoro ha un "interesse apprezzabile" a ricevere una controprestazione lavorativa qualitativamente inferiore a quella richiesta al momento dell'assunzione e fino ad un certo punto ricevuta. D'altronde, l'assenza di pronunce che applicano l'art. 1464 c.c. conferma lo scetticismo in merito alla possibilità di adoperare quest'istituto civilistico.

Allo stesso modo, la giurisprudenza si mostra poco incline ad adoperare l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, disciplinato dall'art. 1467 c.c., come attesta l'inesistenza di sentenze anche in questa materia. Peraltro, questa possibilità è esclusa in dottrina (L. ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, Napoli, 1991, 221, rivendica la specialità della disciplina, affermando che «nel diritto del lavoro [...] le parti hanno un'autonomia negoziale notevolmente limitata dai precetti della costituzione, della legge o dell'autonomia collettiva» che impedisce l'applicazione delle regole civilistiche in materia di risoluzione del contratto. D'altronde, il medesimo autore ricorda che «il licenziamento è assoggettato a ben altri vincoli di natura procedurale e sostanziale rispetto all'attivazione dei rimedi sinallagmatici: il che vuol dire che l'interesse a sciogliersi dal contratto quando non è più conveniente è sì tutelato anche nel diritto del lavoro, ma in misura e con modalità diverse da quelle previste dal diritto civile per la generalità dei contraenti» (p. 222). Sul punto, si veda altresì T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1968, 196. Anche M. NAPOLI, *op. cit.*, 328, pur parlando di affinità di soluzioni, sottolinea «la profonda differenza delle fattispecie» licenziamento per giustificato motivo oggettivo e risoluzione per eccessiva onerosità). È vero che una giustificazione del licenziamento per una riduzione di produttività (come nel caso dello scarso rendimento) ha punti di contatto con l'eccessiva onerosità, ma è da approfondire il discorso su quali effetti deriverebbero da un accostamento di questo tipo. Inoltre, mentre l'eccessiva onerosità (e gli altri istituti civilistici) possono essere utilizzati per contenere in qualche modo la discrezionalità dei giudici, è tutta da appurare l'utilità del discorso della rinegoziazione del contratto conseguente all'applicazione dell'art. 1467 c.c., considerando che la giurisprudenza pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di verificare che il lavoratore non poteva essere utilizzato in un'altra mansione equivalente o anche, con il suo consenso, inferiore (si tratta sempre, come noto, del principio dell'*extrema ratio*).

3. Nel caso di specie, la Cassazione interviene in merito alla valutazione dello scarso rendimento, considerandolo una forma di inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore e, quindi, un giustificato motivo soggettivo di

licenziamento, ponendosi nel solco della giurisprudenza maggioritaria, che accoglie la prima delle ricostruzioni proposte. A tal proposito, la Corte, riprendendo le conclusioni di una precedente sentenza (Cass. 27 febbraio 2006, n. 3876, in *NGL*, 2006, 497 ss.), considera legittimo questo tipo di licenziamento in presenza di quattro condizioni: a) la prova, fornita dal datore di lavoro integrata dalla valutazione complessiva dell'attività del lavoratore, di un'evidente violazione della diligente collaborazione del dipendente; b) l'imputabilità a questi della violazione; c) la presenza di una «enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato», tenuto conto della media di attività dei vari dipendenti; d) l'irrelevanza di una soglia minima di produzione.

Secondo la sentenza cui si conforma la pronuncia in oggetto, «un determinato risultato economico [...] non assume il valore di elemento del sinallagma contrattuale, ma costituisce [...] un elemento contrattuale, sia pure rilevante, ai fini della concreta valutazione del giustificato motivo di recesso, sicché dal mancato raggiungimento del minimo di produzione non può discendere automaticamente la risoluzione del rapporto» (così Cass. n. 3876/2006, cit.). Il raggiungimento di un risultato produttivo può essere considerato soltanto uno dei parametri utilizzati per verificare che la prestazione del lavoratore (il cui contenuto principale è dato «dall'esplicazione delle proprie energie, nei modi e nei tempi stabiliti») sia eseguita «con quella diligenza e quella professionalità medie proprie delle mansioni svolte» (le citazioni sono tratte da Cass. n. 13194/2003, cit.).

Insomma, l'ultima pronuncia richiamata sembra accogliere la distinzione suggerita in dottrina – ed utile anche per compiere alcune riflessioni in merito alla sentenza che si commenta – tra difetto di intensità e scarso rendimento: «una cosa è l'intensità della prestazione dovuta, che può essere misurata dal risultato immediato dell'attività lavorativa svolta [...]; altra cosa è il “rendimento” inteso in senso proprio, cioè un risultato ulteriore e mediato [...], sul quale influiscono anche fattori totalmente sottratti al controllo del lavoratore» (P. ICHINO, *Il contratto di lavoro II*, Giuffrè, Milano, 2003, 266). In altre parole, la prestazione di lavoro deve necessariamente avere un'intensità minima, intesa come ritmo lavorativo, in assenza della quale si applicano le sanzioni disciplinari. Al contrario, almeno secondo la prospettiva accolta e confermata dalla sentenza oggetto di commento, non esiste un livello minimo di rendimento al quale è tenuto il lavoratore; sicché, come si è anticipato in precedenza, «in relazione al cd. scarso rendimento, il datore di lavoro che intenda farlo valere quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento non può limitarsi [...] a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità, ma è onerato della dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, tra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazio-

ne e quello usato dal lavoratore» (Cass. 10 novembre 2000, n. 14605, in *OGL*, 2000, I, 1070, e in *NGL*, 2001, 207).

Da quanto detto finora, si evince che la diligenza (o, meglio, la negligenza) del lavoratore è uno snodo importante per comprendere il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, fondato sullo scarso rendimento. Infatti, soltanto il ridotto rendimento cagionato da negligenza del lavoratore integra un giustificato motivo soggettivo, altrimenti, come si è detto, occorre ragionare in termini di giustificato motivo oggettivo (sul punto si veda, fra gli altri, C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, Milano, 2004, 157 ss.). La sentenza che si commenta esige la prova da parte del datore di lavoro di «un'evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente ed a lui imputabile». Sicché, non è richiesto né il solo difetto di attività, né la sola colpa del lavoratore, ma la negligenza colpevole o, per meglio dire, la prova del «nesso di causalità tra il dato oggettivo della riduzione di rendimento ed il comportamento soggettivamente negligente» del prestatore di lavoro (così A. VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, 293, secondo il quale, in questi casi, «*potendo fare*, il lavoratore non ha *voluto fare*»). Sulla necessità del nesso di causalità si era già pronunciata la giurisprudenza: si veda, per tutte, Cass. 20 agosto 1991, n. 8973, in *RGL*, 1992, II, 185, con nota di A. VISCOMI, *Sul licenziamento per scarso rendimento: una conferma opinabile della S.C.* In tema si veda anche L. NANNIPIERI, *Licenziamento per scarso rendimento, minimi di produzione e onere della prova*, in *RIDL*, 1996, II, 172).

La sentenza *de qua* fornisce, infine, utili indicazioni sulle modalità attraverso le quali dimostrare la negligenza del lavoratore, che può risultare da semplici presunzioni. In sintesi, si può dire che nel caso in questione, il “notevole inadempimento” degli obblighi contrattuali è rappresentato dalla “rilevante sproporzione” tra due fattori: da un lato, gli obiettivi fissati al lavoratore e la produttività dei colleghi e, dall'altro, quanto effettivamente realizzato dal medesimo prestatore di lavoro. Sicché, la sola presenza di un'elevata sproporzione fra questi dati oggettivamente verificabili fa presumere la negligenza del lavoratore e, di fatto, il notevole inadempimento dei suoi obblighi contrattuali, che integra un giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Massimiliano Delfino

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Napoli “Federico II”

4. Poteri del datore di lavoro

4.1. Trib. Milano 28 aprile 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 10).

Poteri del datore di lavoro - Potere di vigilanza - Controlli difensivi - Ricorso ad agenzie investigative - Condizioni e limiti.

Lo Statuto dei lavoratori non ha eliminato il potere di vigilanza del datore di lavoro, ma ne ha disciplinato le modalità di esercizio. Deve, dunque, ritenersi legittimo il controllo occulto, anche se realizzato tramite agenzie investigative, qualora sia necessario, in assenza di valide alternative, per l'individuazione del responsabile di un illecito.

L'impiego dei controlli difensivi e la protezione della sfera personale del dipendente

Sommario: **1.** La vicenda giudiziaria. – **2.** Il significato dei controlli difensivi. – **3.** L'esigenza di preservare la dignità del lavoratore. – **4.** Il ricorso all'agenzia investigativa. – **5.** I possibili rischi insiti in questa tipologia di controlli.

1. La sentenza in epigrafe si segnala per affrontare un tema assai noto al dibattito dottrinale e giurisprudenziale: i limiti di impiego dei c.d. controlli difensivi. In particolare, il Tribunale di Milano è chiamato a valutare il legittimo affidamento ad un'agenzia investigativa del compito di controllare l'utilizzo abusivo ad opera del prestatore di lavoro dei permessi *ex art. 33, l. n. 104/1992*. Il caso in esame riguarda un dipendente, assunto con la qualifica di quadro, licenziato per essersi allontanato dall'abitazione della persona assistita in uno dei tre giorni di permesso riconosciuti dalla legge prima menzionata. Questa condotta, diretta a perseguire finalità aliene ai permessi di cui all'*art. 33, l. n. 104/1992*, viene appurata affidando ad un'agenzia investigativa il compito di pedinare il dipendente medesimo. Si tratta, dunque, di una vicenda interamente dominata, come osservato dal giudice adito, dal tema della vigilanza tramite agenzia investigativa.

Gli artt. 2 e 3 Stat. lav., che garantiscono la libertà e la dignità del lavoratore, non escludono la possibilità di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, già commesse o in corso di esecuzione, distinte dall'uso della diligenza professionale richiesta nell'esecuzione della prestazione. Il controllo, afferma il Tribunale, ben può avvenire in forma occulta e anche attraverso l'impiego di agenzia investigativa a condizione che, tuttavia, sia rispettato il canone della buona fede contrattuale.

Partendo da tali premesse, il Tribunale di Milano ritiene che la legittimità del controllo di cui si discorre dipenda dalla ricorrenza di una grave ragione giustificativa (ad esempio, la sussistenza di un illecito) e dall'assenza di valide

alternative ad esso. Pertanto, il giudice del lavoro, non ravvisando quale «illecito possa essere imputato al lavoratore che in un solo giorno sui tre di osservazione si è recato fuori dalla casa della persona assistita», ritiene illegittima la sorveglianza effettuata dal datore di lavoro con la conseguente inutilizzabilità della prova raccolta e dell'illiceità della contestazione disciplinare. Dunque, viene dichiarata l'illegittimità del licenziamento con successivo ordine di reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro.

2. Il tema dei controlli difensivi non è certo nuovo all'analisi dottrinale (per tutti si vedano A. BELLAVISTA, *Il controllo sui lavoratori*, Giappichelli, Torino, 1995; R. DE LUCA TAMAJO, *I controlli sui lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI (a cura di), *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Cedam, Padova, 2002) e su esso più volte la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di pronunciarsi. Al contempo, però, il dibattito sulle sue modalità di estrinsecazione si presenta ancora *in fieri* e, soprattutto, non scevro da incertezze consequenziali a linee evolutive non sempre nitide. Ciò è dimostrato dalle più recenti analisi dottrinali dirette a sistematizzare i controlli difensivi rispetto a quelle che sono le sue «nuove frontiere». Un valido esempio può essere ravvisato nei risvolti problematici connessi alla vigilanza effettuata sui mezzi di comunicazione elettronica: diversi autori, infatti, non mancano di far emergere la difficoltà di impiegare i tradizionali paradigmi concettuali a fronte di circuiti produttivi organizzati in modo profondamente diverso rispetto al passato (P. TULLINI, *Comunicazione elettronica, potere di controllo e tutela del lavoratore*, in *RIDL*, 2009, I, 323 ss.; C. ZOLI, *Il controllo a distanza del datore di lavoro: l'art. 4 l. n. 300/1970 tra attualità ed esigenze di riforma*, in *RIDL*, 2009, I, 485 ss.).

Volendo procedere per estrema sintesi, vista la particolare complessità e ampiezza del tema in esame, pare opportuno tentare una rapida ricostruzione delle linee evolutive di quella specifica categoria concettuale rappresentata dai controlli difensivi.

Come noto, al fine di «rafforzare i diritti costituzionalmente garantiti di libertà, uguaglianza e pari dignità sociale di tutti i cittadini, anche nei luoghi ove prestano lavoro subordinato» (tra le tante si veda Cass. 17 giugno 1981, n. 3960, in *GC*, 1981, I, 2227) è stata introdotta una disciplina del potere di sorveglianza volta a ricondurne la sua ragion d'essere in un alveo di stretta finalizzazione al corretto svolgimento dell'attività produttiva. In particolare, per valutare la diligenza professionale profusa nella conformazione dell'attività lavorativa al potere direttivo del datore di lavoro (sulla possibilità di ravvisare nel potere direttivo lo strumento attraverso cui conformare le energie lavorative alle dinamiche dell'organizzazione per tutti, si rinvia a A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992), il legislatore ha adottato norme di profonda rilevanza storica e sistematica. Quanto detto, ai fini dell'analisi che si conduce, trova conferma nelle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 Stat. lav., che mirano «non ad abolire la funzione di vigilanza nell'impresa, ma a privarla degli aspetti "polizieschi" o di controllo occulto,

talora storicamente assunti con la costituzione di vere e proprie polizie interne utilizzate per finalità di controllo disciplinare o anche antisindacale» (F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2005, 210). L'art. 3, rafforzando il divieto di impiegare le guardie giurate nella vigilanza sull'attività lavorativa, impone la preventiva comunicazione ai lavoratori interessati dei nominativi e delle mansioni specifiche del personale di sorveglianza sul lavoro.

Alla disciplina codicistica, ed alla sua rigida interpretazione, ha fatto da contrappeso la progressiva emersione di una peculiare categoria concettuale volta a conferire rilevanza ad interessi datoriali, per un verso, distinti da quelli inerenti alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa, per altro verso, suscettibili di essere lesi attraverso comportamenti che esulano dallo svolgimento diligente dell'attività lavorativa (per una ricostruzione storica si veda P. CHIECO, *Il diritto alla riservatezza del lavoratore*, in *DLRI*, 1998, 1 ss.). Si tratta di quei controlli in cui, secondo l'ormai nota configurazione data dalla giurisprudenza di legittimità, l'accento non viene posto sull'uso «da parte dei dipendenti, della diligenza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, bensì sul corretto adempimento delle prestazioni lavorative al fine di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione» (Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, in *NGL*, 2002, 34, e, più recentemente, si veda Cass. 9 luglio 2008, n. 18821, in *MGC*, 2008, 1113). L'utilizzo di questa categoria concettuale ha posto, e pone tuttora, la necessità di un coordinamento, indubbiamente complesso, con il rispetto della dignità, della libertà e della *privacy* del lavoratore. Esigenza, quest'ultima, il cui fondamento è avvalorato dall'estrinsecazione di tali forme di verifiche in modo occulto, prescindendo cioè dalla pubblicità delle persone addette a tali compiti.

3. La necessità di bilanciare equamente interessi tra di loro contrapposti ha indotto, in primo luogo, a subordinare l'impiego delle tecniche di sorveglianza di cui si discorre alla sussistenza di gravi ragioni. La casistica giurisprudenziale proietta in tale requisito profili quali: l'esigenza di accertare il verificarsi di illeciti di notevole entità economica; la tutela di beni aziendali di notevole valore cosicché la loro sottrazione possa provocare danni ingenti; le circostanze in cui il fatto illecito da accertare sia talmente grave da essere di per sé un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali o da pregiudicare irrimediabilmente l'aspettativa datoriale ad una corretta esecuzione degli obblighi contrattuali. Si tratta di condotte da cui emerge chiaramente la lesione di interessi che vanno ben oltre quello strettamente connesso alla vicenda contrattuale per investire, ad esempio, l'integrità del patrimonio aziendale da processi distruttivi. In modo simmetrico, si è evidenziato come il controllo difensivo non possa investire né l'adempimento né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale da adempiere (in particolare si veda Cass. 5 luglio 1991, n. 7455; Cass. 18 settembre 1995, 9836). Ciò preclude, quindi, la possibilità di utilizzare i risultati da esso conseguiti per tutelare l'interesse creditorio alla sorveglianza sull'attività lavorativa.

Nell'ottica del coordinamento, di cui prima si è detto, il corretto impiego di verifiche realizzate in forma occulta è stato altresì condizionato dal principio della *extrema ratio*. Si è rilevato che queste forme di sorveglianza, per il fatto di essere realizzate clandestinamente, possono essere considerate legittime e conformi al dovere di buona fede contrattuale solo qualora siano l'unico strumento concretamente attuabile, al fine di accertare il compimento di illeciti posti in essere dai prestatori di lavoro. Se la razionalizzazione del potere datoriale di cui si discorre, come operata dallo Statuto dei lavoratori, è ispirata alla tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore in modo da rendere tale potere «palese e aperto evitando trabocchetti e insidie» (A. BELLAVISTA, *op. cit.*; G. PERA, *Libertà e dignità dei lavoratori*, in *AppNDI*, 1983, IV, 897), tale direttiva non può non essere tenuta in considerazione anche nel valutare la liceità di forme di vigilanza non espressamente regolate dal testo legislativo.

La posizione sostenuta in dottrina ha trovato riscontro anche nella casistica giurisprudenziale che, pur non desumendo dall'art. 3 Stat. lav. un generico divieto di controllo occulto (su questo punto criticamente si è espresso da ultimo C. ZOLI, *op. cit.*), avverte la necessità di evitare che l'esigenza di prevenire condotte illecite possa sfociare nell'annullamento di ogni forma di garanzia (Cass. 17 luglio 2007, n. 15892, in *RIDL*, 2008, II, 714). È possibile affermare la conformità ai principi statutari dei controlli difensivi realizzati in forma occulta solo qualora siano necessari e proporzionati allo scopo perseguito, con la conseguenza di incidere il meno possibile sulle posizioni soggettive coinvolte.

4. Strettamente connesso al tema della sorveglianza difensiva, come dimostra la vicenda oggetto della sentenza, è la possibilità di impiegare, per la loro realizzazione, agenzie investigative. Si tratta di un'eventualità che ha ricevuto l'avallo, sebbene non pacifico ed unanime, tanto dalla dottrina (su cui si veda A. BELLAVISTA, *op. cit.*) quanto dalla giurisprudenza (tra le tante si veda Cass. 7 giugno 2003, n. 9167, e più recentemente Cass. n. 18821/2008, cit.).

In questa sede, al fine di quanto si dirà, pare opportuno concentrarsi sull'analisi dei presupposti a cui si è affidata la razionalizzazione di tale forma di sorveglianza. Il percorso seguito dalla giurisprudenza prende le mosse dalla considerazione secondo cui gli artt. 2 e 3, l. n. 300/1970, non precludono al datore di lavoro il ricorso alla collaborazione di agenzie investigative, purché i loro compiti non sconfinino nell'esame dell'attività lavorativa vera e propria.

Inoltre, dalla molteplice casistica giurisprudenziale, formata prevalentemente rispetto a vicende quali l'accertamento di appropriazioni di denaro ad opera di addetti ad attività di cassa o quali la regolarità di operazioni di registrazione contabile (sul punto si veda Cass. 25 gennaio 1992, n. 829, in *RGL*, 1992, II, 461; Cass. 12 giugno 2002, n. 8388, in *MGC*, 2002, 1000), pare emergere, quale condizione essenziale per la legittimità di tali tipi di controlli, l'impiego di tecniche che non si traducano in manovre dirette ad indurre in errore il lavoratore. Questo requisito, nelle ipotesi indicate, è supportato dal costante richiamo, diretto ad evitare verifiche subdole e sleali, alla necessità che l'operato dell'agenzia investigativa si realizzi attraverso la medesima valuta-

zione che «un qualsiasi cliente accorto pone normalmente in essere quando transita attraverso una qualunque delle casse per pagare» (Cass. 19 luglio 1985, n. 4271; Cass. 9 giugno 1989, n. 2813; Cass. 9 giugno 1990, n. 5599; Cass. 5 luglio 1991, n. 7455; Cass. 19 luglio 1991, n. 8049; Cass. 25 gennaio 1992, n. 829; Cass. 3 novembre 1997, n. 10761).

Il secondo requisito diretto a razionalizzare l'impiego di queste particolari metodologie di sorveglianza è rappresentato dalla tempestività della contestazione. Tale attributo va necessariamente mediato con l'opportunità di non fondare l'accertamento dell'illecito su isolati episodi, che potrebbero non essere sempre significativi.

Infine, ma non per importanza, la giurisprudenza richiama la necessità che le verifiche condotte dall'agenzia investigativa siano circoscritte alle sole vicende individuate in funzione di una connessione tipica, e non solo ipotetica, tra comportamenti illeciti e obbligazione lavorativa. Si tratta di un requisito scaturente dalla necessità di far fronte alla difficoltà di delimitare a priori la tipologia di atti fraudolenti, che possono essere commessi durante lo svolgimento della condotta solutoria e giustificanti il ricorso alle agenzie investigative (sul punto più ampiamente si veda Cass. 18 settembre 1995, n. 9836, in *FI*, 1996, I, 609; Cass. 18 febbraio 1997, n. 1455, in *FI*, 1997, I, 1083; Cass. n. 9576/2001, cit.).

5. Le pronunce giurisprudenziali prima esaminate sembrano, dunque, ravvisare nei controlli difensivi una sorta di categoria sistematico-concettuale a cui affidare il compito di definire le aree entro cui interessi datoriali, diversi da quello creditorio all'espletamento diligente della prestazione, possono trovare spazio. Si tratta, sia ben chiaro, di una categoria che non può essere diretta ad individuare una sorta di area esente dalle direttive statutarie; al contrario deve necessariamente armonizzarsi con i principi che «circolano e animano l'intero contesto della legge» (G. PERA, *op. cit.*). Benché tali forme di controllo non siano precluse dagli artt. 2 e 3 Stat. lav., ciò non esime certo dalla necessità di definire per essi un perimetro esterno volto a preservare le prerogative personali dei soggetti coinvolti. In via ermeneutica è necessario, dunque, bilanciare le ragioni dell'organizzazione e quelle della persona secondo le medesime logiche razionalizzanti che ispirano gli artt. 2 e 3 Stat. lav. e di cui prima si è sinteticamente detto. Bisogna, pertanto, tenere ben presente i pericoli connessi alla tipologia di verifiche di cui si discorre e che paiono ripresentarsi nella sentenza in commento.

Sebbene la sentenza in esame richiami ampiamente i principi dottrinali e giurisprudenziali in precedenza sintetizzati, ritiene giustificabili i controlli occulti qualora rappresentino «uno strumento indispensabile per individuare il responsabile di un illecito». Così procedendo, si rischia di ammettere la possibilità di individuare l'area del loro legittimo esercizio in forza di valutazioni compiute soltanto *ex post*. Solo effettuata la verifica sarebbe possibile evidenziare se ci si trova di fronte ad una ragione oggettiva (ad esempio, un illecito) idonea a legittimare il datore di lavoro nella sua predisposizione. In questo

modo, solo in forza degli esiti della vigilanza si può valutare se essa sia diretta a tutelare interessi datoriali, diversi da quelli inerenti alla corretta esecuzione della prestazione, per la cui tutela può essere necessario invadere la sfera personale (sul punto la letteratura è molto vasta, da ultimo C. ZOLI, *op. cit.*). La pronuncia in esame non pare insistere sull'opportunità, desumibile dalla giurisprudenza di cassazione e dagli studi dottrinali, di una regola volta a limitare *ex ante* la condotta del datore di lavoro, nel momento in cui sceglie di porre in essere la sorveglianza. Si esclude, infatti, la liceità del licenziamento poiché, ancorando l'utilizzabilità dell'agenzia investigativa all'individuazione di una responsabilità per illecito ed all'assenza di valide alternative al suo impiego, nel caso di specie «non si vede quale illecito possa essere imputato al lavoratore che in un solo giorno, sui tre di osservazione, si sia recato fuori dalla casa della persona assistita». Tuttavia, il problema insito in quest'approccio può rinvenirsi nella possibilità, quasi paradossale, di finire con il consentire il controllo occulto sul mero presupposto che il dipendente possa compiere degli illeciti, salvo poi verificare *ex post*, quando la sua sfera privata è oramai compromessa, ciò a cui si perviene.

Ad una diversa soluzione si potrebbe probabilmente giungere se si valorizzassero elementi che pure emergono dalla giurisprudenza della Suprema Corte e dalle analisi dottrinali sul tema. La recente giurisprudenza di Cassazione sul punto (in particolare si veda Cass. n. 18821/2008, *cit.*) afferma esplicitamente che non solo illeciti già commessi, ma anche il sospetto che questi siano in corso di esecuzione o possono aver luogo giustifica il ricorso ai controlli difensivi. Tuttavia, e questo è il punto, si tratta di un sospetto che deve essere fondato su elementi oggettivi quali, ad esempio, le differenze inventariali. L'opportunità di valutare la necessità (intesa come *extrema ratio*) del controllo occulto sulla base di concreti elementi indiziari affiora anche da quelle pronunce che condizionano l'impiego delle agenzie investigative alla condotta pregressa «non palesemente adempiente dei dipendenti». Una soluzione, volta a valorizzare la sussistenza di elementi oggettivi da cui far dipendere la valutazione sul rischio concreto dell'illecito astrattamente connesso alla condotta del prestatore di lavoro, potrebbe essere corroborata anche da quanto emerge dalla sistematizzazione operata dalla dottrina ed a cui prima si è sinteticamente fatto accenno. In sintesi, la necessità di praticare controlli incidenti nel minor modo possibile sulla sfera personale dei dipendenti coinvolti, per effetto del rispetto del principio di proporzionalità, ben potrebbe trovare una sua valida concretizzazione in quanto detto. In questo modo, per concludere, si offrirebbe la possibilità di creare delle precondizioni funzionali ad evitare che, come già detto, la connessione astratta tra una specifica condotta del personale dipendente e forme di illeciti possa giustificare di per sé il controllo occulto. Aspetto, quest'ultimo, che appare ancor più rilevante se si considera che in

casi come quello in questione è oggettivamente difficile circoscrivere la vigilanza a specifiche condotte; il pedinamento protratto ininterrottamente per tre giorni investe la totalità della sfera privata del dipendente.

Pasquale Monda
Dottorando di ricerca
in Analisi dei sistemi economici e sociali: impresa, istituzioni e territorio
Università degli Studi del Sannio

5. Rinunce e transazioni

5.1. Trib. Vigevano 1° ottobre 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 8).

Rinunce e transazioni - Transazione - Clausola condizionale relativa alla successiva transazione con le formalità dell'art. 2112, comma 4 c.c. - Liceità.

Le parti di una transazione, sottoscritta ai fini della regolamentazione di future modalità di cessazione del contratto di lavoro, possono subordinare l'efficacia di essa alla successiva stipulazione di una transazione ex art. 2113, comma 4, c.c.

***Volo si volam:* sull'applicazione della condizione alla transazione ex art. 2113 c.c.**

Sommario: **1.** Osservazioni introduttive. – **2.** Sulla conciliazione condizionale nel caso esaminato. – **3.** Condizione meramente potestativa e transazione. Spunti ricostruttivi ed elaborazione giurisprudenziale sui caratteri dell'estrinsecità e dell'accidentalità della condizione. – **4.** Conclusioni: critica ed accenno alla verificabilità delle ipotesi di contratto preliminare, differimento di effetti e ripetizione della transazione in sede sindacale.

1. La disamina che il Tribunale di Vigevano ha compiuto nella sentenza annotata riguarda il caso di una transazione, contenuta in un verbale di conciliazione, la quale viene sottoscritta il 12 giugno 2008 in forza dell'art. 2113, commi 1, 2, 3, c.c. Tale transazione è volta, ai fini della riduzione dell'eventuale rischio di lite tra le parti, alla regolamentazione delle modalità di cessazione del contratto di lavoro nonché dei modi e dei tempi di detta cessazione. Modi e tempi della cessazione sono collegati ad una successiva transazione da sottoscrivere entro il 23 giugno 2008 in sede sindacale; con il che le parti espressamente avrebbero, secondo il giudice di Vigevano, «condizionato» alla successiva stipulazione di una transazione ex art. 2113, comma 4, c.c. (in sede sindacale) l'efficacia della prima transazione.

I fatti sono noti: il datore di lavoro si rifiuta di stipulare la transazione *ex art.* 2113, comma 4, c.c., in ragione di una infrazione disciplinare del lavoratore; il giudice di Vigevano, chiamato a verificare tali vicende, ritiene non vincolante per il datore di lavoro la transazione del 12 giugno 2008 (prima transazione). Sicché mediante la sentenza che qui si annota è possibile ritenere che le parti di una transazione, contenuta in un verbale di conciliazione, la quale viene sottoscritta in forza dell'art. 2113, commi 1, 2, 3, c.c. ai fini della regolamentazione di future modalità di cessazione del contratto di lavoro, possono subordinare l'efficacia di essa alla successiva stipulazione di una transazione *ex art.* 2113, comma 4, c.c.

Di tale sentenza e dei relativi ragionamenti colpisce la manipolazione – che non appare del tutto convincente – di alcune categorie di diritto civile. Il giudice richiama in due occasioni l'art. 1362 c.c., assevera la propria impostazione, argomentando l'infondatezza dell'eccezione sollevata dal lavoratore in relazione all'art. 1359 c.c., esclude l'applicabilità dell'art. 2932 c.c., e faticosamente ragiona sull'art. 1355 c.c. Resta, il giudice, ancorato all'art. 2113 c.c., ma solo per i profili descritti nel comma 4 di tale articolo del codice.

Gli articoli menzionati evocano discipline di cui questa nota a sentenza non può descrivere l'intera complessità (transazione, condizione e conciliazione sono le tre categorie di diritto civile che vengono ad essere oggetto di particolare richiamo nella sentenza che qui si annota; i richiami bibliografici, i quali non hanno ovviamente pretesa alcuna di esaustività, saranno, dunque, riferiti prevalentemente a tali categorie. Il tema della conciliazione è stato oggetto di importanti studi monografici, si vedano in particolare gli studi di G. DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Giuffrè, Milano, 1959, nonché di C.A. NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1963; in ambito giuslavoristico si veda G.C. PERONE, *La conciliazione delle controversie di lavoro ed il ruolo del giudice in Italia*, in appendice a *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento, Giuffrè, Milano, 1979. Sulla transazione si veda F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, Napoli, 1975; dello stesso Autore si veda anche *Nozione della transazione*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I, 287 ss.; ID., *L'accertamento negoziale e la transazione*, ora in *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, I, 303 ss.; U. PROSPERETTI, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1955; si vedano anche le riflessioni di M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Giuffrè, Milano, 1939; di A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1958, I, 205 ss. e di E. DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1992, XLIV, 813 ss. Sull'istituto della condizione si veda, per tutti, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1941). Si cercherà, tuttavia, di indicare il percorso argomentativo del giudice e i correlati aspetti di criticità.

2. L'art. 1362 c.c. è richiamato dal giudice per evidenziare la volontà delle parti rispetto alla c.d. «essenza dell'accordo e, cioè, allo scambio delle prestazioni poste dalle parti a fondamento di quest'ultimo»: il che è riferito

all'accettazione del lavoratore dell'importo offerto dal datore di lavoro e alla "conseguente" risoluzione consensuale del contratto a decorrere dal 31 dicembre 2008. L'art. 1362 c.c. è altresì posto in risalto per dimostrare che il suddetto "nucleo essenziale" dell'accordo è da intendersi «condizione necessaria cui viene subordinata l'esecuzione degli impegni assunti dalle parti», tanto da affermare che vi sarebbe una «espressa subordinazione dell'efficacia del nucleo essenziale dell'accordo in oggetto alla successiva stipula della conciliazione in sede sindacale»; procedimento che le parti definiscono in termini di «formalizzazione del presente accordo mediante verbale di conciliazione da stipularsi in sede sindacale entro la data del 23.6.2008» (il termine "conciliazione" è inteso dal Tribunale di Vigevano come una sorta di sintesi linguistico-giuridica per designare il complesso di negozi giuridici individuati dalle parti per definire l'operazione in esame; tra tali negozi giuridici è possibile certamente rilevare la transazione. È agevole per chi scrive riprendere, in questo modo, anche l'insegnamento di G. GIUGNI, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *DE*, 1959, 832 ss., il quale afferma che non vi è né una causa tipica di conciliazione, né un negozio generico di composizione di liti, tanto da dedurre che il termine "conciliazione" non è da considerarsi alla stregua di un *nomen juris* di diritto sostanziale; la conciliazione, qui in esame, è dunque da intendersi quale composizione di almeno due negozi giuridici – prima transazione e seconda transazione – inseriti in un procedimento a più fasi).

L'art. 1359 c.c. viene evocato dal giudice sulla base di una delle eccezioni sollevate dal lavoratore. Il giudice, escludendo il fatto che il datore di lavoro abbia avuto un interesse contrario all'avverarsi della condizione, distingue il «primo consenso per l'anticipata cessazione del rapporto», concordato in sede di ristrutturazione aziendale, dalla seconda e successiva transazione da rendere inoppugnabile *ex art.* 2113 c.c. (da intendersi ovviamente riferito al comma 4).

L'art. 2932 c.c. viene esaminato per mettere in rilievo l'insussistenza di una volontà delle parti di «considerare l'accordo in esame [cioè la prima transazione, *nda*] come un contratto preliminare» in quanto non sarebbe desumibile l'«obbligo di addivenire alla stipula del medesimo verbale in sede sindacale».

L'art. 1355 c.c., secondo il giudice, potrebbe applicarsi al caso di specie. Il giudice, rilevando che la clausola "in esame" (cioè quella riferita alla condizione della «successiva formalizzazione in sede sindacale», si veda l'art. 7 della prima transazione) è un «fatto volontario [...] il cui compimento dipendeva dalla mera volontà e arbitrio di una delle parti negoziali e non già da seri e specificati motivi», afferma che potrebbe essere ritenuta una condizione meramente potestativa, la cui nullità inficerebbe l'intera transazione (la prima, ovviamente) in ragione dell'essenzialità di essa rispetto all'operazione negoziale prefigurata. Tuttavia il giudice, rilevando la tardività delle contestazioni mosse sul punto dal lavoratore, decide di non applicare il regime *ex art.* 1355 c.c. al caso in esame.

3. Elaborata la mappa delle regole civilistiche che hanno ispirato il giudice di Vigevano, si analizzano gli elementi del ragionamento e le eventuali correlate criticità. La prima transazione viene ritenuta “condizionale” (riferimento giurisprudenziale significativo sulla transazione condizionale è la sentenza Cass. 15 dicembre 1987, n. 9272; si veda anche la recente sentenza Trib. Palermo 21 maggio 2007, in *il Merito*, 2007, n. 11, 7) nella possibile combinazione dell’art. 1353 c.c. con l’art. 2113 c.c.; tuttavia il giudice non pone la dovuta attenzione alla natura di tale condizione. Infatti, della condizione non si rilevano l’accidentalità e l’estrinsecità, caratteri ineludibili di tale categoria (si veda A. FALZEA, *Condizione (diritto civile)*, in *EGT*, VII, 1988). Distinguiamo a tal fine – e per una più efficace circoscrizione delle criticità della sentenza che qui si annota – la clausola condizionale dall’evento condizionante. L’una, la clausola, che coincide con il dire programmatico della parte, viene attuata dall’altro, l’evento. Il collegamento tra il dire e l’attuazione del dire si coglie nell’esser accidentale della condizione (essa, con altre parole, non è essenziale e non è necessaria per il dire programmatico: il programma sussisterebbe anche in assenza della definizione o della applicazione della condizione); si coglie invece la sua estrinsecità nell’essere in funzione di interessi diversi da quelli soggiacenti la dichiarazione di volontà. Mettendo da parte, almeno per il momento, il profilo più difficile da analizzare, ossia quello dell’accidentalità, e intendendo proseguire il percorso di indagine sui caratteri di ciò che si assume essere una condizione *ex art. 1353 c.c.*, si potrebbe osservare di quest’ultima l’eventuale aspetto dell’estrinsecità. Si dovrà comprendere se la condizione che qui si studia sia o meno a servizio di interessi diversi da quelli che sono alla base della dichiarazione di volontà. L’indagine diviene ancor più facile alla luce delle deduzioni del giudice di Vigevano, il quale, richiamando l’art. 1355 c.c., applica, almeno teoricamente, al caso di specie il regime della condizione meramente potestativa. Regime che, come è noto, si inserisce in un negozio nel quale è sottoposto a condizione la stessa volontà negoziale (il c.d. meccanismo “*volo si volam*”). Vi sarebbe, secondo la sentenza, una riserva di volontà sul contenuto integralmente inteso delle dichiarazioni. Il che, anche a prima vista, risolve ogni tema riferito all’estrinsecità della condizione applicata alla prima transazione: se essa è considerata dal giudice di Vigevano meramente potestativa, allora essa si dovrà considerare non a servizio di interessi diversi da quelli che stanno alla base delle dichiarazioni di volontà (dunque, non estrinseca). La condizione sarebbe meramente potestativa in quanto il «fatto volontario il cui compimento [...] non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte» (Cass. 21 maggio 2007, n. 11774; in questo senso anche Cass. 16 gennaio 2006, n. 729 la quale accenna ad una condizione che sia «una ponderata valutazione di seri ed apprezzabili motivi e delinea un’alternativa capace di soddisfare anche l’interesse del soggetto obbligato»). La prospettiva è anche ripresa dal Trib. Monza 20 luglio 2001 (in *Giur. Milanese*, 2002, 318), il quale – con riferimento ad una ipotesi di transazione condizionale – decide che «qualora le parti di un contratto [...]

concludano una transazione in base alla quale l'estinzione degli obblighi originari è sospensivamente condizionata al fatto che la parte inadempiente corrisponda all'altra quanto eventualmente ricaverà a seguito di un giudizio da intentare nei confronti di un terzo, si versa in ipotesi di condizione meramente potestativa [...] in tal caso, infatti, l'avveramento della condizione è lasciato al mero arbitrio della parte, la quale è del tutto libera di valutare se le convenga maggiormente attuare il nuovo rapporto obbligatorio, oppure rinunziarvi facendo rivivere quello originario». Per ritornare all'ambito più strettamente giuslavoristico, è stata considerata meramente potestativa la condizione collegata ad un patto *ex art. 2125 c.c.* che rimetteva all'arbitrio del datore di lavoro la previsione della «risoluzione del patto di non concorrenza» (Cass. 13 giugno 2003, n. 9491).

Sull'accidentalità vi sono riflessioni più contorte da proporre. Secondo il giudice di Vigevano quella che si esamina sarebbe una condizione sospensiva («espressa subordinazione dell'efficacia del nucleo essenziale in oggetto alla successiva stipula della conciliazione in sede sindacale»). Se si tratta di condizione sospensiva allora il relativo evento condizionante (cioè, la successiva stipulazione della conciliazione in sede sindacale) è elemento che dovrebbe determinare il prodursi degli effetti. Ma così, a ben pensarci, non si descrive l'interesse del fatto che stiamo studiando. Le parti, se non avessero avuto la pur minima certezza del venir in essere di quello che abbiamo chiamato «evento condizionante», non avrebbero mai dato sostanza alla prima transazione; il che non appare, anche a prima vista, logicamente compatibile con l'accidentalità tipica del meccanismo condizionale. Le parti della transazione, infatti, considerano – a dire del giudice – «condizione necessaria» la conclusione della seconda transazione per l'esecuzione «degli impegni assunti» nella prima transazione: il concetto di «condizione necessaria» è categoria che impropriamente richiama quella di cui all'*art. 1353 c.c.* È forse un modo di dire delle parti, non inteso dal giudice per ciò che è realmente sotto un profilo tecnicamente accettabile. Anzi, si potrebbe aggiungere che l'idea che le parti hanno di «condizione necessaria» è agli antipodi dell'accidentalità richiesta come carattere della condizione *ex art. 1353 c.c.* La necessarietà, che le parti intendono, indica, dunque, l'inesistenza di quel normale gioco definito dall'*art. 1353 c.c.* tra «distinti e opposti programmi di azione correlativi a due distinti e opposti sistemi di interesse» (si veda A. FALZEA, *Condizione (diritto civile)*, cit., 2 ss.). Dovrebbero essere, dunque, rilevabili nella condizione un programma ed un contro-programma: da una parte, il programma della dichiarazione di volontà, il quale è posto in funzione dell'interesse interno dell'atto dichiarativo, e dall'altra, il contro-programma che, rappresentando l'aspetto negativo di contrapposizione al programma, viene ad essere solo per interessi esterni all'atto dichiarativo. Ma qui, nel caso che studiamo, difficilmente è intuibile un gioco tra programmi contrapposti. Le parti stipularono – da quanto si apprende dalla descrizione dei fatti che la sentenza offre – la prima transazione esclusivamente in vista della seconda transazione; con altre parole, le

parti non sono in attesa di un evento futuro ed incerto, ma sono tenute a compiere una prima prestazione (cioè la stipulazione della transazione *ex art.* 2113, comma 4, c.c.) e, successivamente a tale stipulazione, le prestazioni finali («accettazione da parte di Antonini della somma offerta da ENI, così come qualificata al paragrafo n. 2 – e quindi logicamente nella sua corresponsione – e nella conseguente risoluzione consensuale del rapporto intercorso tra le parti a decorrere dal 31.12.2008», per riprendere le parole della sentenza). Pertanto non pare corretto definire condizione c.d. necessaria la successiva stipulazione della transazione *ex art.* 2113, comma 4, c.c.; detta necessità appare rappresentare, invece, una coincidenza con l'assetto degli interessi posti alla base della prima transazione; cioè, per essere ancor più diretti e piani, tali interessi non definiscono una condizione, e dunque un negozio condizionale, ma determinano l'essenza stessa della causa della prima transazione.

4. È noto che le idee sono vere se possono essere assimilate e convalidate. La condizionalità *ex art.* 1353 c.c. non appare, dunque, riferibile alla transazione in esame; né l'attenzione posta sulla verifica dei presupposti di sussistenza di un preliminare di transazione (sul contratto preliminare si veda F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, 1962, X, 167 ss.) avrebbe dato esiti pratici.

Il giudice di Vigevano ha escluso la verificabilità di tale fattispecie, interpretando dalla volontà delle parti l'insussistenza dell'obbligo di addivenire alla «stipula del medesimo verbale di sede sindacale». Siffatta osservazione, però, non è esaustiva. Il giudice non avrebbe mai potuto proiettare sullo schema del preliminare l'attuazione delle prestazioni finali.

Pur essendovi un rapporto tra prima e seconda transazione (dunque, tra impegno minore contenuto nella prima transazione ed impegno evidentemente maggiore della seconda transazione), il modello del preliminare difficilmente potrebbe attagliarsi a questa transazione: le parti, facendosi reciproche concessioni, decidono *hic et nunc* di porre fine ad una lite che è già incominciata (esse non «prevengono una lite» che potrebbe sorgere tra loro; in questo senso si veda U. PROSPERETTI, *op. cit.*, 167, il quale, ripetendo un'osservazione di Carnelutti, afferma che il campo della transazione e il campo della lite necessariamente coincidono; la funzione preventiva, la quale è già contenuta nella definizione della fattispecie, non lascerebbe spazio ad un preliminare di transazione. Anche F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 115 ss., afferma che è oggetto della transazione la «situazione giuridica litigiosa» e non lo schema delle reciproche concessioni che le parti si fanno; con il che si intende dire che «lo stesso abbandono della pretesa consacra una determinata situazione giuridica, quella affermata con la contestazione, in ordine alla *res litigiosa*»; si veda anche Cass. 15 luglio 1997, n. 6471, che conferma il ricorso al rimedio *ex art.* 2932 c.c. anche per il preliminare di transazione in quanto fattispecie dalla quale sorge «un obbligo di prestare consenso per la conclusione di un negozio»). All'interno di questa ottica non si può non rilevare che anche l'esito di un'indagine eventuale, condotta dal giudice di Vigevano sui temi

appena menzionati, relativi alla possibile preliminarità connotante la relazione tra prima e seconda transazione, sarebbe stato pressoché inutile.

Utile, invece, sarebbe stata la combinazione dell'art. 2113, comma 4, c.c. con due nozioni: la prima è quella del differimento degli effetti della transazione (la giurisprudenza ha già sondato i temi del differimento degli effetti della transazione – si veda Cass. 16 aprile 1980, n. 2483); la seconda nozione – meno intuitiva ma molto più interessante – è quella della ripetizione negoziale a formalità vincolata (il procedimento di cui si è accennato sarebbe dunque composto da una transazione che è ripetuta successivamente in sede sindacale; sulla nozione di negozio ripetuto si veda N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1968; si veda anche C. GRANELLI, *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, 1989, XL, 1048 ss.). Con la prima nozione il giudice avrebbe potuto verificare la non vincolatività della transazione in esame nel rapporto tra l'art. 2113 c.c., l'art. 1965 c.c., l'art. 1372 c.c. e l'art. 1373, comma 1, c.c. La seconda nozione avrebbe potuto concretizzare l'idea secondo cui vi è certamente una relazione tra prima transazione, a struttura debole in quanto deficitaria di una formalità utile per scongiurare l'impugnativa del lavoratore, e seconda transazione, a struttura forte in quanto inserita nel procedimento di cui al comma 4, art. 2113, c.c. (la distinzione tra negozio a struttura debole e negozio a struttura forte in ragione della forma è di N. IRTI, *Studi sul formalismo giuridico*, Cedam, Padova, 1997, 137 ss.; tale distinzione, a mio avviso, può essere effettuata anche in ragione delle forme-procedimento (o formalità vincolate) di cui il comma 4, art. 2113, c.c. rappresenta una delle più importanti manifestazioni nel diritto del lavoro).

Si tratta di una relazione fondata sull'intento delle parti di "ripetere" in sede sindacale il contenuto della prima transazione.

Ripetizione che, nel caso in esame, è inizialmente voluta dalle parti (è il caso descritto anche nella sentenza Cass., sez. lav., 15 dicembre 1987, n. 9272, nella quale si afferma che l'efficacia della transazione può essere subordinata al verificarsi di una situazione di fatto non espressa – c.d. presupposizione –, tenuta presente dalle parti nella formazione della volontà negoziale), secondo la prassi più comune, per i noti profili connessi all'osservanza di uno specifico formalismo negoziale-procedimentale (il tema meriterebbe una disamina che qui non si può espletare in modo compiuto; tuttavia, in questo caso, è evidente che il difetto della formalità-procedimento di cui al comma 4, art. 2113, c.c. determina rispetto alla prima transazione un'invalidità temporanea-annullabilità. Vi sono nel codice civile ipotesi – relative però alla mancanza di forma – che evocano schemi pressoché simili; si veda in particolare art. 606, comma 2, e art. 619, comma 2, c.c. Con ciò si intende mettere in rilievo che nell'ordinamento esistono fattispecie rispetto alle quali gli interessati sono liberi di decidere di far uso di forme o formalità vincolate, come nel nostro caso la forma-procedimento di cui al comma 4, art. 2113, c.c., per il raggiungimento di determinate finalità. Sul collegamento tra tipo di invalidità e forma si vedano le osservazioni di M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc.*

dir., 1962, XVII, 991, il quale considera che «la mancanza della “forma”, per il nostro ordinamento, potrebbe avere conseguenze meno gravi o comunque diverse da quella enunciata, come risulta oltretutto dalla norma fondamentale dell’art. 1325 n. 4, laddove questa – includendo tra i “requisiti” del contratto “la forma quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità” – afferma chiaramente che la “forma” potrebbe essere richiesta dal legislatore soprattutto negli ultimi tempi con conseguenze diverse dalla “nullità” dell’atto»).

In un secondo momento, però, la ripetizione non è più voluta. La mancata ripetizione ha evidenziato un intento non ripetitivo, il quale non è sanzionabile. Il che ovviamente ha trascinato via con sé anche l’atto da ripetere.

L’esito della sentenza, effettuati i ragionamenti su tali combinazioni, sarebbe stato verosimilmente identico.

Michele Faioli

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

6. Sciopero

6.1. Cass. 3 giugno 2009, n. 12811 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 25).

Sciopero - Attenuazione degli effetti dannosi dello sciopero - Sostituzione di lavoratori scioperanti con altri dipendenti - Adibizione dei lavoratori non scioperanti a mansioni diverse e inferiori - Limiti - Violazione art. 2103 c.c. - Violazione - Sussistenza - Antisindacalità della condotta - Sussistenza.

Nella logica del bilanciamento del diritto di sciopero e del diritto di libertà di iniziativa economica dell’imprenditore, entrambi garantiti da norme costituzionali, il primo non può dirsi leso quando il secondo sia esercitato per limitare gli effetti negativi dell’astensione dal lavoro sull’attività economica dell’azienda, affidando ad altri dipendenti i compiti degli addetti aderenti all’agitazione, purché la sostituzione venga effettuata in modo legittimo. Con la conseguenza che costituisce comportamento antisindacale la sostituzione del personale scioperante con lavoratori ai quali siano assegnate mansioni inferiori a quelle rivestite, in contrasto con l’art. 2103 c.c.

Reazioni datoriali in caso di sciopero e legittimo esercizio dello *ius variandi*

Sommario: **1.** Reazioni datoriali allo sciopero ed antisindacalità: il caso all’esame della Suprema Corte. – **2.** L’art. 2103 c.c. ed i confini di liceità dell’azione datoriale

finalizzata ad attenuare gli effetti dannosi dello sciopero. – **3.** L'utilizzo di crumiri esterni.

1. La Suprema Corte, nella pronuncia in epigrafe, qualifica come antisindacale, ai sensi dell'art. 28 Stat. lav., il comportamento della società Autostrade S.p.A. che – in occasione di uno sciopero degli addetti all'esazione del pedaggio –, al fine di contenere gli effetti pregiudizievoli dell'astensione, aveva riorganizzato il servizio riscossioni affidando ad altri dipendenti (non scioperanti) mansioni diverse ed inferiori rispetto a quelle di loro competenza.

Nel ricostruire i confini di liceità della reazione datoriale allo sciopero, i giudici di legittimità contribuiscono a fare chiarezza riguardo ad alcuni aspetti problematici emersi nella giurisprudenza formatasi in materia di crumiraggio; termine con cui, come è noto, nel linguaggio sindacale si indica il comportamento sia di quei lavoratori che, in occasione di una legittima astensione dal lavoro, non si associano agli scioperanti, continuando a fornire la normale prestazione (crumiraggio c.d. diretto), sia di quelli che accettano di sostituire gli scioperanti nel lavoro da questi abbandonato (crumiraggio c.d. indiretto) (tra i numerosi contributi sull'istituto cfr. G. VIDIRI, *È antisindacale il comportamento del datore di lavoro che sostituisce il personale scioperante?*, in *GM*, 1979, 531 ss.; G. PERA, *Crumiraggio interno ed esterno e comportamento antisindacale*, in *GC*, 1981, I, 437 ss.; F. BALESTRIERI, *Sostituzione dei lavoratori in sciopero e condotta antisindacale*, in *ADL*, 1997, 143 ss.; F. DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene, Napoli, 2003, 118 ss.; P. CAMPANELLA, *Gli effetti dello sciopero*, in C. ZOLI (a cura di), *Le fonti. Il diritto sindacale*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2007, I, 721 ss.; G. ZILIO GRANDI, *L'ipotesi "classica" della sostituzione di lavoratori in sciopero tra fonti di disciplina e diritti costituzionali*, in *q. Rivista*, 2007, n. 2, 509 ss.).

La sentenza – conformemente ad un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale – reputa, in linea di principio, pienamente legittimo il crumiraggio c.d. indiretto interno messo in pratica dal datore che, per limitare le conseguenze dannose di uno sciopero legittimo, nel rispetto dei limiti posti dall'ordinamento, fa ricorso, in via sostitutiva, alle prestazioni lavorative di altri dipendenti non aderenti all'agitazione (si veda Cass. 13 marzo 1986, n. 1701, in *FI*, 1987, I, 2477; Cass. 16 novembre 1987, n. 8401, in *GC*, 1988, I, 698 ss., con nota di V.A. POSO; Cass. 29 novembre 1991, n. 12822, in *RIDL*, 1992, II, 518; Cass. 26 marzo 1993, n. 3622, in *MGL*, 1993, 392; Cass. 4 luglio 2002, n. 9709, in *DL*, 2002, II, 595; Cass. 9 maggio 2006, n. 10624, in *RIDL*, 2007, II, 16 ss., con nota di C. DI CARLUCCIO; Cass. 26 settembre 2007, n. 20164, in *RIDL*, 2008, II, 422 ss., con nota di A. SITZIA).

Un tale esito si fonda essenzialmente sul richiamo all'art. 41, comma 1, Cost., da un lato, ed agli artt. 4 e 40 Cost., dall'altro: il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore ed il diritto di sciopero hanno pari dignità e spessore ed esprimono una "legittima antitesi" (il primo esige la continuazione dell'attività aziendale, il secondo tende a negarla) che, per restare tale, deve

svolgersi nello spazio normativamente garantito (così Cass. n. 10624/2006, cit.). In questa ricostruzione, il conflitto, fisiologico nella dialettica sindacale, per sopravvivere non deve risolversi mai nell'impedimento e/o nella rimozione di uno dei protagonisti o, comunque, nella compromissione delle garanzie che ai medesimi soggetti l'ordinamento riconosce, risultato che si ottiene solo quando le parti accettano una ponderazione degli interessi contrapposti, nel rispetto delle regole legali e negoziali; regole da cui, peraltro, non può derivarsi un obbligo per l'imprenditore di subire passivamente gli effetti di una legittima astensione dal lavoro.

Sebbene, quindi, si debba esigere che il datore si astenga dal porre in essere atti che vanifichino la lotta sindacale, non si può non ammettere che lo stesso, conservando il diritto di continuare a svolgere la propria attività in concomitanza con lo sciopero dei dipendenti, sia "abilitato" – avvalendosi degli strumenti e delle possibilità offerte dall'ordinamento per l'ordinaria e legittima gestione della forza lavoro – ad adottare tutti gli atti che limitino le conseguenze sfavorevoli che lo sciopero è in grado di arrecare all'attività produttiva (per la distinzione tra atti impeditivi o limitativi dello sciopero ed atti di neutralizzazione dei risultati connessi all'attuazione dello stesso cfr. F. DE FALCO, *Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale*, in *RIDL*, 1992, I, 331 ss.). Proprio nella necessità di salvaguardare «la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica» (di cui alla nota Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *FI*, 1980, I, 25), si può rinvenire il fondamento di un potere oppositivo – difensivo del datore – che si sostanzia nella possibilità di reagire allo sciopero, utilizzando in maniera più proficua il personale non aderente all'agitazione in ragione delle esigenze operative imposte dalla stessa (in questi termini si era già espressa C. Cost. 23 luglio 1980, n. 125, in *RGL*, 1980, II, 901, la quale aveva negato che un'attività diretta a «contenere gli effetti dannosi di uno sciopero» – consistente nel caso di specie nella sostituzione del personale in astensione per garantire il funzionamento dell'amministrazione della giustizia – potesse essere considerata d'ostacolo allo sciopero stesso, non comportando alcuna coartazione della libertà degli scioperanti).

Di conseguenza, non viola la garanzia di cui all'art. 40 Cost. l'imprenditore che, senza ostacolare la libertà di azione dei lavoratori scioperanti, utilizza nell'ambito del conflitto il proprio potere direttivo attraverso una riorganizzazione e redistribuzione dell'attività aziendale che comporti la temporanea adibizione dei lavoratori rimasti in servizio alle mansioni proprie degli scioperanti o, comunque, a compiti che consentano di mitigare gli effetti dannosi dell'iniziativa sindacale. Ciò purché, lo si ribadisce, la misura adottata al fine di assicurare il recupero di funzionalità dell'impresa si traduca nell'utilizzo di strumenti legittimi, pena il rischio di una condanna ex art. 28 Stat. lav. (sui presupposti per l'esperibilità del procedimento previsto dalla disposizione statutaria e, più in particolare, sulle problematiche legate all'ammissibilità della c.d. condanna in futuro – contenuta nella pronuncia di merito confermata dalla

Cassazione in oggetto – cfr., per tutti, G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in F. CARINCI (diretto da), *op. cit.*, 553 ss.).

2. Delimitare gli spazi di legittima manovra dell'azione datoriale è operazione non semplice che va condotta avuto riguardo alle previsioni legali e contrattuali che regolamentano gli istituti coinvolti nelle modifiche gestionali effettuate dal datore nell'esercizio del potere oppositivo-difensivo di cui sopra.

In ordine alla possibile violazione della normativa concernente l'esercizio dello *ius variandi*, il Supremo Collegio in più occasioni, senza esprimersi apertamente sulla problematica, si è limitato ad osservare che il lavoratore scioperante non può esigere che ai crumiri sia inibito lo svolgimento, per il periodo della sua astensione, delle mansioni loro assegnate. È chiaro che se ai crumiri vengono affidate mansioni equivalenti o superiori rispetto a quelle proprie, in conformità a quanto disposto dall'art. 2103 c.c., non si pongono problemi di legittimità della condotta datoriale; viceversa si potrebbe configurare una ipotesi di comportamento antisindacale con riguardo ai casi in cui la modifica organizzativa di reazione allo sciopero comporti l'assegnazione di mansioni dal contenuto professionale inferiore.

Sul punto non si registra uniformità di posizioni.

Un primo indirizzo giurisprudenziale, sviluppatosi prevalentemente in sede di merito, configura come antisindacale l'utilizzazione di crumiri interni in mansioni dequalificanti: la neutralizzazione dello sciopero, in tale ipotesi, avrebbe luogo attraverso una utilizzazione anomala del potere direttivo e con modalità ritenute di per sé illegittime dalla legge (cfr., tra le più recenti, Trib. Milano 26 aprile 2000, in *D&L*, 2000, 687; Trib. Venezia 7 luglio 2002, in *RGL*, 2003, II, 384; Trib. Venezia 5 agosto 2002, in *Banca dati DeJure*; App. Venezia 30 marzo 2004, in *D&L*, 2004, n. 4, 868; App. Firenze 11 gennaio 2005, in *D&L*, 2006, 101; Trib. Venezia 12 aprile 2006, n. 371, in *GLav*, 2006, n. 43, 40).

In una diversa prospettiva si colloca l'opzione interpretativa secondo cui la violazione dell'art. 13 Stat. lav., ponendosi «sul piano interno del rapporto e tra le parti del medesimo», non rileva ai fini dell'applicabilità dell'art. 28 Stat. lav. e, quindi, non incide sulla legittimità del crumiraggio (così G. PERA, *Il diritto di sciopero*, in *RIDL*, 1986, I, 475; in giurisprudenza, Pret. Milano 15 gennaio 1992, in *RIDL*, 1993, II, 99 ss.; Trib. Milano 30 gennaio 1999, n. 835, in *LG*, 1999, 5, 483).

Giunge alle stesse conclusioni l'orientamento giurisprudenziale che – pur non negando che il demansionamento di un lavoratore abbia dei riflessi anche sul piano collettivo – propende per una interpretazione meno rigorosa del disposto di cui al comma 2 dell'art. 2103 c.c. e si pronuncia per la legittimità dell'utilizzazione di lavoratori dissidenti in mansioni dequalificanti determinata dall'esigenza di scongiurare «la paralisi della produzione in occasione di uno sciopero» (così Cass. n. 9709/2002, cit.). In questa lettura si consente al datore la possibilità di chiedere ai propri dipendenti, incidentalmente e marginalmente, attività corrispondenti a mansioni inferiori per specifiche ed obietti-

ve esigenze aziendali, tra cui rientrerebbe quella di attenuare gli effetti nocivi di un'astensione collettiva sull'attività produttiva: trattandosi di un utilizzo «comunque marginale e limitato nel tempo», lo stesso – in quanto riconducibile ad un legittimo esercizio dei poteri gestionali ed organizzativi da parte del datore in situazioni di emergenza – non sarebbe idoneo a concretare una lesione del bene professionalità tutelato *ex art.* 2103 c.c. e, pertanto, a configurare una condotta antisindacale (Trib. Monza 22 febbraio 2008, in *Banca dati DeJure*).

Siffatte pronunce ancorano le proprie decisioni ad una interpretazione *soft* della regola del non demansionamento alla cui stregua non si integrano gli estremi del divieto di cui all'art. 2103 c.c. quando le mansioni richieste al lavoratore siano “marginali” ed “accessorie” rispetto a quelle di competenza e risultato funzionali alla tutela «dell'efficienza ed economia del lavoro o della sicurezza» (in questi termini, Cass. 25 febbraio 1998, n. 2045, in *RFI*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 980; Cass. 8 giugno 2001, n. 7821, in *NGL*, 2001, 595; Cass. 20 maggio 2003, n. 6714, in *OGI*, 2003, I, 326, la quale esige anche che le mansioni inferiori non rientrino nella competenza specifica di altri lavoratori di professionalità meno elevata; Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *MGL*, 2004, 720. In dottrina, per tutti si veda M. BROLLO, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *op. cit.*, 1529 ss.).

Nella sentenza in epigrafe si propone una lettura restrittiva di questa regola ermeneutica, asserendosi che non si configura una ipotesi di demansionamento solo se le mansioni richieste al lavoratore risultano essere «oggettivamente “marginali” e funzionalmente “accessorie e complementari” alle sue».

Cass. n. 12811/2009 non stravolge gli esiti cui è giunto l'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato ed anzi muove proprio dalla interpretazione autentica del principio di diritto posto a fondamento di quell'orientamento ed espresso in Cass. n. 2045/1998, cit.: l'adibizione di un dipendente a compiti inferiori risulta pienamente conforme al precetto di cui all'art. 2103 c.c. quando il suo svolgimento si risolve in un adempimento del tutto “marginale” nel quadro di professionalità attribuito al lavoratore ed avviene «solo per completamento e doverosa definizione del lavoro principale ed assorbente» (già Cass. 10 giugno 1993, n. 6464, in *GC*, 1993, I, 2333 esige che gli ulteriori compiti chiesti al prestatore fossero «oggettivamente connessi con quelli esplicitamente caratterizzanti» la sua qualifica; cfr. altresì Cass. n. 20164/2007, cit., che ha cassato la pronuncia di merito per aver erroneamente ritenuto «acquisito il dato dell'avvenuta dequalificazione professionale» dei crumiri «senza esaminare, come necessario, il rapporto tra i compiti svolti da costoro nella specifica occasione e le funzioni proprie della loro posizione di lavoro»).

Il Supremo Collegio valorizza il profilo della connessione delle mansioni inferiori richieste con quelle svolte abitualmente dal prestatore di lavoro e – al fine di valutare la marginalità, l'accessorietà e la complementarietà dei nuovi compiti pretesi dal dipendente – concentra l'attenzione piuttosto che sulla funzionalità degli stessi rispetto alle esigenze aziendali, sulla natura ed atti-

nenza dei compiti alle mansioni proprie dei crumiri (al riguardo si veda M. TATARELLI, *Nel limitare gli effetti negativi dell'astensione non si può tenere una condotta antisindacale*, in *GD*, 2009, 25, 22 ss.).

Appare convincente l'opzione di subordinare la valutazione circa la legittimità della scelta aziendale (di sostituire i lavoratori scioperanti con dipendenti assegnati a mansioni inferiori) ad un attento esame in merito al contenuto professionale delle mansioni dei lavoratori impiegati per surrogare gli scioperanti ed all'esistenza di una connessione (oggettiva) tra i compiti svolti dai crumiri in occasione dello sciopero e quelli propri della loro funzione. Essa è tendenzialmente capace di arginare il dilagante ampliamento della nozione di equivalenza/accessorietà di cui all'art. 2103 c.c., che rischia di pregiudicare il carattere inderogabile della disposizione codicistica. Se, com'è noto, le deroghe legali e giurisprudenziali rispetto al divieto di demansionamento sono concepite esclusivamente al fine di proteggere lo stato di salute del lavoratore, di tutelare il posto di lavoro, nonché di consentire allo stesso di soddisfare le sue esigenze professionali non può esserci spazio per una lettura che costruisce una ulteriore ipotesi di deroga nell'interesse del datore e con un oggettivo pregiudizio per il bene protetto dalla norma (*contra* quell'indirizzo interpretativo secondo cui è lecito il mutamento *in peius* delle mansioni su generica richiesta del lavoratore e per la garanzia di un suo interesse non ulteriormente qualificato; sul punto si veda M. BROLLO, *op. cit.*, 1531 ss.).

In questa prospettiva di tutela effettiva del prestatore di lavoro, non può attribuirsi rilievo né a quelle pronunce di merito che, per misurare la potenzialità offensiva della modifica organizzativa posta in essere dal datore, comportante un temporaneo demansionamento del/dei lavoratori, fanno ricorso a dei criteri di tipo quantitativo, tenendo in considerazione il numero dei lavoratori impiegati in sostituzione (cfr., da ultimo, App. Venezia 30 marzo 2004, cit.; Trib. Milano 9 marzo 2006, in *q. Rivista*, 2007, n. 1, 179 ss.), né a quell'indirizzo interpretativo che esclude l'illegittimità della condotta datoriale a fronte di un'accettazione volontaria da parte del crumiro di compiti inferiori o in caso di assenza di una sua opposizione (attribuisce, invece, importanza alla volontarietà dell'esecuzione dei compiti dequalificanti G. PERA, *Il diritto di sciopero*, cit., 475).

Peraltro, la Corte di legittimità – in aperto contrasto con le ricostruzioni secondo cui la violazione del divieto di demansionamento si riflette esclusivamente sul piano del rapporto individuale – correttamente asserisce che il comportamento datoriale lede «l'interesse collettivo del sindacato tutelato dalla legge in modo distinto ed autonomo da quello dei singoli. Lo lede nella sua essenza: nella capacità di difendere i diritti dei lavoratori mediante la coalizione solidale» perché fa scaturire dallo sciopero conseguenze illegittime per i dipendenti non coinvolti nell'astensione, «dividendo gli interessi dei lavoratori e ponendoli in contrasto tra loro e con le organizzazioni sindacali» (pagine 36-37 della sentenza; ritiene non pienamente persuasiva quest'affermazione che presuppone una netta differenza, sul piano della lesione dell'interesse col-

lettivo del sindacato, tra l'ipotesi in cui le prestazioni svolte dai crumiri siano richieste legittimamente e l'ipotesi in cui la pretesa datoriale risulti illegittima, G. ORLANDINI, *Crumiraggio interno, demansionamento e condotta antisindacale: la Cassazione tra conferme e aperture*, in www.rdbfirenze.it/images/file/BOLLETTINO_NEW_1.pdf).

3. L'indagine sui confini di liceità dell'azione datoriale diretta a contenere gli effetti pregiudizievoli di uno sciopero legittimo non può non investire anche le ipotesi in cui il potere gestionale del datore concretizza una fattispecie di crumiraggio c.d. esterno. Tale profilo – non rilevante nel caso di specie – è oggetto di contrastanti letture.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti escludono la possibilità di affidare momentaneamente le mansioni dei lavoratori scioperanti a lavoratori *esterni* all'azienda assunti *ad hoc* o a personale che, a vario titolo, collabori con il datore (per l'ipotesi in cui la sostituzione rappresenti una reazione a scioperi illegittimi o vi sia pericolo di lesione di diritti fondamentali, si veda M. TIRABOSCHI, *La legalizzazione del lavoro interinale tramite agenzia nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *DLRI*, 1997, n. 3, 52; A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 32).

Alla prima sentenza della giurisprudenza di legittimità in materia di crumiraggio – che ritenne pienamente legittimo, per mitigare gli effetti dannosi dello sciopero, il ricorso da parte del datore di lavoro a personale sia interno che esterno all'azienda, purché non fosse attuato con mezzi lesivi dell'altrui libertà (così Cass. n. 1701/1986, cit.) – ha fatto seguito un sempre più nutrito gruppo di pronunce che divarica i percorsi del crumiraggio interno e di quello esterno, dichiarando legittimo il primo ed illegittimo il secondo (così Cass. n. 8401/1987, cit.; Cass. n. 12822/1991, cit.; Cass. n. 3622/1993, cit.; Cass. 22 giugno 1998, n. 6193, in *GI*, 927 ss.; Cass. 15 marzo 2001, n. 3785, in *FI*, 2001, I, 1127; Cass. n. 10624/2006, cit. Per la giurisprudenza di merito, tra le più recenti, si vedano Trib. Milano 16 febbraio 2002, in *D&L*, 2002, 325; Trib. Bologna 10 luglio 2002, in *NGL*, 2002, 4, 14 ss.; Trib. Caltagirone 26 settembre 2002, in *FI*, 2003, I, 205; Trib. Modena 24 aprile 2003, in *MGL*, 2003, 10, 725; App. Milano 9 febbraio 2004, in *Banca dati DeJure*, sull'uso di lavoratori di una società collegata per sostituire gli scioperanti).

La liceità della fattispecie appare faticosamente sostenibile sia sul piano strettamente pragmatico che più astratto.

In relazione al primo profilo si evidenzia la difficoltà di fare uso in concreto di personale esterno all'azienda per sostituire dipendenti in sciopero, soprattutto in ipotesi di astensioni brevi ed intermittenti, posto che la sostituibilità dall'esterno impone l'impiego di personale con una qualificazione professionale per lo meno equivalente a quella dei partecipanti allo sciopero, un tempo minimo necessario per inserire il neoassunto nell'ambiente lavorativo e l'utilizzo di una modalità contrattuale che non sia interessata da uno specifico divieto al riguardo.

L'indagine sul quadro legale mostra, d'altra parte, la presenza di norme che precludono l'impiego del contratto a termine e del contratto di somministrazione ed il ricorso al lavoro intermittente per la sostituzione dei lavoratori che esercitano il diritto di sciopero (si veda art. 3, comma 1, lett. a, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368; art. 20, comma 5, lett. a, e art. 33, comma 3, lett. a, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276).

Tali previsioni vengono interpretate nel senso di vietare l'assunzione o la somministrazione che siano finalizzate ad ostacolare il diritto di sciopero, non anche l'utilizzazione di lavoratori a termine, somministrati o intermittenti già presenti in azienda (al riguardo si veda G. MAUTONE, *Art. 3. Divieti*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002, 123 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *q. Rivista*, 2004, n. 2, 337 ss.; M. VENDRAMIN, *Reazioni datoriali allo sciopero e condotta antisindacale*, in *q. Rivista*, 2007, n. 1, 179 ss. ed ivi ulteriori riferimenti). Il comportamento datoriale viene così ricondotto nell'ambito del crumiraggio indiretto interno, considerandosi i lavoratori interessati dei crumiri interni.

Una tale lettura non convince a pieno, perlomeno nelle ipotesi in cui l'uso di siffatte figure contrattuali non risulta essere circoscritto ai termini negoziali originariamente concordati: l'impiego di tali soggetti appare assimilabile ad una assunzione di personale esterno – in ragione della difformità dei tempi e modi della loro attività rispetto alle previsioni contrattuali – e sembra sostanzarsi in un utilizzo (abusivo) di manodopera in funzione antisciopero.

A prescindere dalle problematiche legate all'esegesi delle formule utilizzate dal legislatore, è evidente che, in relazione alle stesse, le opzioni interpretative astrattamente prospettabili sono due: per un verso, si potrebbe affermare che si tratta di interventi legislativi caratterizzati da una intrinseca e autonoma motivazione e, quindi, dalla portata circoscritta al particolare istituto considerato; per altro verso, si potrebbe, invece, ravvisare nelle predette disposizioni una *ratio* unitaria e di più generale portata.

In verità appare difficilmente sostenibile la prima opzione dalla quale potrebbe derivare altresì un'unica ricostruzione del fenomeno crumiraggio indiretto e, quindi, una omogeneità, sotto il profilo giuridico, delle fattispecie crumiraggio esterno (lì dove non espressamente vietato) ed interno (si veda F. DE FALCO, *Esercizio del diritto di sciopero, neutralizzazione degli effetti e condotta antisindacale*, cit., 354 ss.; cfr. altresì A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2005, 246 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del Lavoro*, I, *Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2006, 258).

Le scelte operate dal legislatore palesano, infatti, un atteggiamento di chiaro sfavore verso il crumiraggio esterno, fondato sul presupposto che il potere datoriale di determinare liberamente le modalità di svolgimento della propria organizzazione produttiva subisce una limitazione in presenza di uno sciopero, non potendo comportare una manomissione dei rapporti di forza interni

all'azienda tramite l'introduzione di elementi nuovi nell'organizzazione che andrebbero a compensare quelli venuti meno in ragione dell'astensione collettiva, rendendo irrilevante l'assenza degli scioperanti.

In questa prospettiva, le previsioni richiamate si presentano come estrinsecazione di un principio generale diretto a garantire lo sviluppo del conflitto collettivo nell'ambito delle relazioni assestate all'interno dell'impresa. Con la conseguenza che il datore, per neutralizzare o contenere gli effetti derivanti dall'attuazione di uno sciopero, risulta abilitato a predisporre solo quegli accorgimenti che si sostanzino in una gestione "ordinaria", quale, ad esempio, una diversa dislocazione delle energie lavorative all'interno della organizzazione produttiva (mediante strumenti che non modificano la situazione occupazionale come il cambio di mansioni, il cambio turno, la chiusura temporanea di un reparto o settore), ma non quelli che, attraverso il ricorso a risorse esterne ed aggiuntive, alterino le condizioni di una leale e corretta dinamica sindacale.

Le modalità diverse di attuazione dell'attività imprenditoriale in relazione alle due forme di crumiraggio e le concrete indicazioni del legislatore (il quale ogni volta che ha reso più agevole il ricorso a forme flessibili di assunzione e di impiego della manodopera ne ha esplicitamente inibito l'utilizzazione per sostituire lavoratori in sciopero), piuttosto che autorizzare una univoca risposta al quesito circa la possibilità di ricostruire un trattamento omogeneo della fattispecie crumiraggio indiretto, sembrano, dunque, imporre una valutazione differenziata in merito alla legittimità del comportamento datoriale. Mentre il crumiraggio esterno travalica la consueta dialettica dei rapporti tra le parti all'interno del conflitto collettivo – realizzando uno squilibrio nel regolare svolgimento dei rapporti di lavoro caratterizzati, giuridicamente, anche dal diritto dei lavoratori di astenersi temporaneamente dall'esecuzione delle prestazioni per partecipare a scioperi la cui portata non può essere frustrata da interventi estrinseci –, il crumiraggio interno, esauendosi in un esercizio ordinario del potere direttivo, non determina una sofisticazione delle forze in campo nella relazione contrattuale, purché, ovviamente, non si traduca, come sottolineato dalla Corte di Cassazione in più occasioni, in una violazione di clausole negoziali o di norme di legge. Il che, tra l'altro, induce a ritenere inammissibile, in accordo con la pronuncia in esame, l'assegnazione in via sostitutiva di lavoratori in difformità dalle previsioni di cui all'art. 2103 c.c.

Carmen Di Carluccio

Ricercatrice di Diritto del lavoro – Seconda Università degli Studi di Napoli

6. Sciopero (segue)

6.2. Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 28).

Sciopero - Sciopero nei servizi pubblici essenziali - Servizi pubblici essenziali - Servizi di autotrasporto in conto terzi - Inclusione - Condizioni.

Ai sensi della l. n. 146/1990, come modificata dalla l. n. 83/2000, il servizio di autotrasporto in conto terzi di per sé non è qualificabile come essenziale tout court, ma solo in funzione della tipologia di merci trasportate, quali ad esempio prodotti energetici e di prima necessità ex art. 1, comma 2, lett. a, ovvero laddove si tratti di trasporto di materiali indispensabili per garantire il funzionamento di altri servizi sempre essenziali, quali ospedali, aeroporti, trasporti pubblici in generale.

6.3. Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 28).

Sciopero - Sciopero nei servizi pubblici essenziali - Servizi di autotrasporto in conto terzi - Blocco stradale - Violazione l. n. 146/90 - Sussistenza.

La protesta degli autotrasportatori in conto terzi attuata con la modalità del blocco stradale, anche a prescindere dall'esistenza di un codice di autoregolamentazione, laddove presenti caratteri di gravità tali da compromettere i rifornimenti essenziali, costituisce violazione delle disposizioni della l. n. 146/1990.

6.4. Trib. Roma 10 dicembre 2008, n. 20118 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 28).

Sciopero - Sciopero nei servizi pubblici essenziali - OO.SS. - Responsabilità - Condizioni e limiti - Obblighi - Contenuti specifici.

Pur non sussistendo una responsabilità oggettiva in capo al sindacato per le violazioni della l. n. 146/1990 originate da fatti episodici, anche gravi, ma non prevedibili secondo un'ordinaria diligenza e comunque non controllabili, il sindacato ha però l'obbligo di effettuare e consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili nell'ambito dei servizi essenziali, e questo obbligo si attua anche, una volta proclamata l'agitazione, col porre regole chiare, nel renderle note a tutte le articolazioni periferiche del sindacato stesso in modo che ogni singolo lavoratore sappia o sia messo facilmente nelle condizioni di conoscere quali siano i limiti assolutamente invalicabili al proprio diritto all'astensione dal lavoro; allo stesso tempo grava sul sindacato, laddove poi venga a conoscenza, anche attraverso la stampa, di gravi fatti costituenti violazione dei suddetti limiti, l'obbligo, al fine di evitarne la reiterazione, di ribadire la chiarezza delle regole e la loro operatività, di condannare anche pubblicamente gli episodi stessi e di

adottare i provvedimenti opportuni, anche richiamando pubblicamente tramite i propri organi interni gli iscritti al rispetto delle regole e dissociandosi dalle forme non corrette di sciopero.

(6.2. – 6.4.) Astensione dal servizio dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, efficacia degli accordi di settore valutati idonei dalla Commissione di garanzia e responsabilità per omesso esercizio del dovere di influenza sindacale

Sommario: **1.** Le forme della protesta degli autotrasportatori: dal fermo delle merci al *tir selvaggio*. – **2.** Precettazione e potere sanzionatorio alla prova dei fatti. – **3.** L'efficacia *erga omnes* dei codici di autoregolamentazione. – **4.** Dovere di influenza sindacale e sfera obbligatoria delle organizzazioni professionali.

1. La decisione propone molteplici spunti di interesse, in un ambito, ad oggi, scarsamente frequentato dalla riflessione giurisprudenziale.

Ancor prima, però, l'antefatto merita di essere brevemente ricordato. Tra il 10 ed il 14 dicembre 2007 ha luogo il fermo nazionale dei servizi di autotrasporto in conto terzi. La protesta ottiene subito un'adesione capillare e produce disagi relevantissimi sull'approvvigionamento di merci e beni giusto a ridosso di Natale. Soprattutto genera tra i consumatori una corsa all'accaparramento del carburante che, nel giro di poche ore, complici file interminabili ai distributori, porta all'esaurimento delle scorte.

Del resto, è anomalia ben nota che il trasporto di cose e beni in Italia, per oltre l'80%, viene quotidianamente effettuato su gomma e, per la maggior parte, in conto terzi, quindi da autotrasportatori autonomi o piccoli imprenditori proprietari di uno o più mezzi di trasporto (i c.d. *padroncini*). Quota percentuale che si può tranquillamente elevare al 100% per il decisivo c.d. *ultimo chilometro*.

La situazione degenera presto, allorché gli autotrasportatori abbandonano la modalità preannunciata del *fermo* dei mezzi di autotrasporto, per passare a quella denominata *tir lumaca*, che prevede centinaia di camion incolonnati a velocità ridotta che, riducendo il numero delle carreggiate transitabili, rallentano la circolazione stradale, ed infine abbracciare la forma più estrema, quella dei c.d. *blocchi* stradali, con camion che ostruiscono il passaggio di autovetture e mezzi e si frappongono ai valichi di frontiera o negli snodi di accesso delle principali arterie autostradali. L'effetto finale di catalizzare l'attenzione mediatica sulla protesta, eloquentemente ribattezzata dai maggiori quotidiani "tir selvaggio", è presto raggiunto.

Ad una così vistosa sollecitazione dei fatti, l'ordinamento ha saputo dare sul piano giuridico una risposta articolata e difficoltosa. Prima attraverso l'ordinanza del ministero dei Trasporti n. 146/T dell'11 dicembre 2007, con la quale è stata richiesta, senza peraltro ottenere alcunché, la riduzione dell'astensione. Quindi, attraverso l'adozione da parte della Commissione di

garanzia di due delibere, la prima di indicazione immediata, la seconda sanzionatoria, entrambe a riscontro delle violazioni delle disposizioni del codice di autoregolamentazione del trasporto di cose in conto terzi del 20 febbraio 2001, valutato idoneo dalla Commissione e pubblicato in *GU*, 3 agosto 2001, n. 179 (si veda sul sito www.commissione-garanziasciopero.it, e sullo stesso cfr. le osservazioni fortemente critiche di G. DI CAGNO, M.P. MONACO, *Lo sciopero nei servizi essenziali, diritti dei cittadini utenti e diritti dei cittadini lavoratori*, Cacucci, Bari, 2009, 176-177), che proibisce blocchi stradali e rallentamenti, e include, tra le prestazioni minime garantite, quantomeno l'approvvigionamento per il 50% del carburante (si veda TAR Lazio 29 settembre 2006, n. 9590, che afferma la essenzialità del servizio di approvvigionamento del carburante).

La complessa vertenza, che abbiamo potuto solo brevemente compendiare, si è poi conclusa con un accordo fra Governo e organizzazioni degli autotrasportatori, salvo lo strascico giudiziario deciso dal Tribunale di Roma, che ha confermato la delibera sanzionatoria.

Nondimeno, come subito si vedrà, ben al di là dell'esito, per certi versi scontato, l'intera vicenda consente di mettere a fuoco alcuni dei principali nodi rimasti irrisolti a seguito della revisione della l. n. 146/1990 operata con la l. n. 83/2000 e, di converso, valutare il grado attuale di effettività della tutela prestata ai diritti costituzionali degli utenti con riguardo alle astensioni dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori.

2. Una prima criticità attiene al momento attuativo di simili forme di protesta. Va, infatti, considerato che nel caso degli autonomi, iniziative come quella da ultimo posta in essere dagli autotrasportatori costituiscono, in buona sostanza, forme di «protesta istituzionale» (così le definisce M. RUSCIANO, *L'iter formativo della legge n. 83/2000*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia e C.N.S.D.L. "Domenico Napoletano" (Foggia, 10 maggio 2002), Giuffrè, Milano, 2003, 29; cfr. in tema anche M. MISCIONE, *Lo "sciopero" di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori*, in M. RICCI (a cura di), *Sciopero e servizi pubblici essenziali. Commento alla l. n. 146/1990, modificata e integrata dalla l. n. 83/2000*, Giappichelli, Torino, 2001, 139; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in AA.VV., *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*, in *QDLRI*, 2001, n. 25, 87; B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, Working Paper C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2006, n. 43; M.T. CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2 bis l. n. 146 del 1990*, in *ADL*, 2001, 931; e, con riferimento alle astensioni degli avvocati, anche in commento a C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171, si veda G. SUPPIEI, *Sciopero degli avvocati, corte costituzionale, commissione di garanzia e consiglio forense*, in *ADL*, 1997, 237; A. VALLEBONA,

Limiti allo “sciopero” degli avvocati, in *ADL*, 1997, 151; ID., *Lo “sciopero” degli avvocati sotto l’arbitraria mannaia della corte costituzionale*, in *DL*, 1996, II, 167; F. SANTONI, *Lo “sciopero degli avvocati” nel giudizio della corte costituzionale*, in *MGL*, 1996, 465).

Come tali, hanno essenzialmente finalità politiche, cioè mirate alla promozione di un intervento dei pubblici poteri in favore (o comunque a protezione) di un interesse schiettamente *lobbystico*.

Non a caso simili proteste si verificano esclusivamente in occasione della approvazione di leggi ritenute lesive degli interessi della categoria, come avvenuto ad esempio per le c.d. “privatizzazioni Bersani”, ad opera dei conducenti dei taxi e dei proprietari di farmacie, ovvero, puntualmente, a ridosso dell’approvazione della legge finanziaria, allorché v’è possibilità e margine per ottenere incentivi, defiscalizzazioni, sgravi o vantaggi di altro genere (cfr. A. TOPO, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *LD*, 1997, 203 ss.; in passato v’era chi, autorevolmente, sosteneva l’applicabilità della l. n. 146/1990 ai lavoratori autonomi e parasubordinati, questi ultimi sottoposti, già all’epoca, al potere di precettazione, cfr. M. PERSIANI, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *DL*, 1992, I, 13 ss.; sull’esperienza delle astensioni dei lavoratori autonomi precedente la riforma del 2000 e le difficoltà di inquadramento di questo tipo di azioni collettive, soprattutto quanto alla natura giuridica, oscillando la giurisprudenza tra manifestazione della libertà di pensiero, libertà di associazione e le altre libertà costituzionali, ma dovendosi escludere, comunque, l’esercizio del diritto di sciopero, si veda L. MENGHINI, *Le regole per il lavoro autonomo*, in L. MENGHINI, M. MISCIONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, 44 ss.; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, V ed., 2001, 119; G. GHEZZI, voce *Serrata*, in *DDPCom*, 1996, vol. XIII, 376).

Ne discende la caratteristica strutturale per cui molto spesso questo tipo di vertenze assume i toni di una partita negoziale necessariamente destinata ad aprirsi e chiudersi nei pochi giorni che precedono l’adozione del provvedimento “preso di mira”. A sua volta, la contrazione forzosa dei tempi finisce inevitabilmente con l’alimentare un clima arroventato, da “ultima spiaggia”, con la conseguenza che le astensioni finiscono con l’esplosione improvvisamente, ed avere una virulenza persino superiore alla conflittualità, in molti casi routinaria e procedimentalizzata, del lavoro subordinato.

A fronte di ciò, entra in crisi una parte rilevante dell’operazione di riforma condotta dal legislatore nel 2000 (cfr. sulla portata innovativa e/o razionalizzante della l. n. 83/2000: quanto all’estensione dell’ambito soggettivo di applicazione anche al mondo dei non subordinati, A. PILATI, *Il conflitto collettivo nell’area del lavoro autonomo*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali, Legge n. 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, 2000, 69, ivi anche per riferimenti ai lavori preparatori della riforma; più in generale M. BIAGI, *La legislazione sullo sciopero: rifor-*

ma o novella?, in *GD*, 2000, n. 16, 11; G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1999, I, 687 ss., spec. 690).

A vacillare è innanzitutto il potere di precettazione, che, invece, durante la protesta dovrebbe costituire il principale baluardo a difesa dei diritti della persona costituzionalmente tutelati (cfr. sulla funzione di *chiusura del sistema* delle norme sulla precettazione, M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *EGT*, 2007, 7; più in generale si veda V. FILÌ, *La precettazione*, in L. MENGHINI, M. MISCIONE, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 89 ss., spec. 100). Baluardo non surrogabile neppure dalle successive sanzioni della Commissione di garanzia, le quali, per definizione, recano al pregiudizio patito dagli utenti un ristoro necessariamente tardivo, soltanto approssimativo e, soprattutto, dalla ridotta percepibilità sociale.

Ognuno può immaginare le difficoltà cui, di necessità, va incontro una precettazione in massa di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori. A maggior ragione quando, trattandosi di attività essenzialmente auto-imprenditoriale, può persino non essere agevole – a differenza delle farmacie o dei taxi, che esercitano in regime di concessione amministrativa – configurare un obbligo soggettivo di erogazione del servizio, se non nei termini, piuttosto generici e comunque non incidenti sui presupposti di esercizio dell'attività, della stessa l. n. 146/1990.

Soprattutto se, come accade per gli autotrasportatori in conto terzi, questi possono rifiutare la prestazione in molti casi senza che vi sia un vero e proprio inadempimento contrattuale (cfr. L. MENGHINI, *op. cit.*, 49), così da poter, poi, obiettare di non avere erogato il servizio ovvero avere ritardato la prestazione nei giorni della protesta per motivi familiari, di salute, eccetera, senza, però, aver aderito alla stessa.

Scontate le evidenti difficoltà di un improbo processo (di massa) alle intenzioni dei singoli autotrasportatori (L. MENGHINI, *op. cit.*, 71; si veda anche G. DI CAGNO, M.P. MONACO, *op. cit.*, 178, sulla necessità, in caso di sanzioni individualizzate, di garantire il diritto al contraddittorio di ogni singolo lavoratore già nella fase propedeutica all'emanazione della sanzione, con tutto ciò che è facilmente immaginabile in termini di aggravio della procedura di valutazione, che pur sempre deve chiudersi in sessanta giorni), non resta allora che la via della precettazione e della sanzione alle organizzazioni professionali di categoria che hanno indetto la protesta.

Solo che, a questo punto, da un lato, le organizzazioni di categoria potranno sempre addebitare alla responsabilità dei singoli le "intemperanze" poste in essere durante la protesta; dall'altro, non si vede proprio quale efficacia dissuasiva o disincentivante possa avere la minaccia di una sanzione massima di poco meno di 26.000 euro, da diluire "solidalmente" tra alcune migliaia di associati (cfr. quanto al profilo della deterrenza, nella prospettiva di sanzioni individualizzate, il rilievo formulato da L. MENGHINI, *op. cit.*, 48, proprio con riferimento agli autotrasportatori, per i quali «si va dal proprietario di un vec-

chio autocarro al proprietario di vari autotreni del valore di centinaia di milioni l'uno»; giudica, invece, «eccessivo» l'importo «con riferimento ai singoli» A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, 161).

Sicché, non soltanto lo strumento della precettazione, ma anche l'apparato sanzionatorio, qui più che altrove, si dimostra decisamente inadeguato allo scopo.

Soprattutto, non sembra in grado di funzionare come valido deterrente rispetto all'adozione di condotte illegittime da parte di chi protesta in forme estreme, ritenendo a rischio la stessa sopravvivenza della categoria.

3. La seconda criticità attiene alle fonti di disciplina delle astensioni e, in particolare, alla efficacia dei codici di autoregolamentazione.

L'opinione della Commissione di garanzia è notoriamente nel senso della loro generale obbligatorietà una volta dichiarati idonei e pubblicati su Gazzetta Ufficiale.

Ed è opinione argomentata anche in dottrina in ragione del rinvio fatto dall'art. 2-bis, l. n. 146/1990, all'art. 2, comma 3, che, comunque, impone ai soggetti che promuovono l'astensione o vi aderiscono il rispetto, quantomeno, delle modalità e delle procedure di erogazione delle prestazioni minime (si veda in dottrina, A. PILATI, *op. cit.*, 83 ss.; dello stesso avviso, L. MENGHINI, *op. cit.*, 62-63, e, prima del 2000, M. PERSIANI, *op. cit.*, 27 ss.).

Diversamente, la sentenza in commento, sia pure con un *obiter dictum*, nega ai codici dichiarati idonei ogni efficacia *ultra partes* «trattandosi di atto di autonomia negoziale» (cfr. in tutt'altro contesto, C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171).

Sennonché, senza cedere alla tentazione semplificatoria di trasformare la Commissione di garanzia in una sorta di Mida per intercessione dionisiaca capace di conferire a tutto ciò che tocca l'*erga omnes*, l'affermazione proprio non convince.

L'originaria matrice privatistica dell'atto – che pure innegabilmente ha il suo peso (cfr., ad esempio, TAR Lazio 13 ottobre 2004, in www.csmb.unimore.it, indice A-Z, voce *Sciopero*) che afferma la natura irrituale del lodo emanato dalla Commissione di garanzia, con conseguente sua inefficacia *erga omnes*; cfr., altresì, l'affermazione della inefficacia *erga omnes* di eventuali regole pattizie sulle procedure di raffreddamento e conciliazione in ossequio alla libertà sindacale delle organizzazioni sindacali non stipulanti affermata con la delibera della Commissione di garanzia 21 settembre 2000, n. 210, e in dottrina M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., 2, anche per riferimenti) – non ha, del resto, impedito alla Consulta di affermare nel 1996 l'efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi sulle prestazioni indispensabili, proprio in ragione della valutazione di idoneità della Commissione di garanzia che inserisce l'atto privato in un circuito di produzione normativa che presuppone un'obbligatorietà generalizzata (il riferimento è C. Cost. 18 aprile 1996, n. 344, su cui cfr. E. GRAGNOLI, *Sciopero nei servizi pubblici es-*

senziali ed efficacia soggettiva dei contratti sulle “prestazioni indispensabili”, in *ADL*, 1997, 143; N. DE MARINIS, *La generale vincolatività delle prestazioni indispensabili ex lege n. 146/1990 secondo la corte costituzionale*, in *DL*, 1996, II, 421; A. VALLEBONA, *Le alternative alla efficacia generale del contratto collettivo*, in *GCost*, 1996, 3833; G. SUPPIEJ, *Il sostegno della corte costituzionale alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *MGL*, 1996, 691; l'*erga omnes* come conseguenza della valutazione di idoneità della Commissione di garanzia era già in M. D'ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione extralegislativa del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1991, I, 417 ss.; anche per la ricostruzione del dibattito antecedente la sentenza della Consulta si veda P. FERRARI, voce *Prestazioni indispensabili in caso di sciopero*, in *EGT*, 1996, 3).

Ma ancor più decisamente, rileva, sul piano dell'interpretazione sistematica, la circostanza che il legislatore del 2000 ha conferito alla Commissione di garanzia un potere generale di regolamentazione provvisoria, rispetto al quale anche la questione dell'efficacia dei codici di autoregolamentazione deve, ormai, trovare coerente soluzione (cfr. B. CARUSO, G. NICOSIA, *op. cit.*, 39 e ivi anche altri riferimenti).

Ed in effetti, se si prescinde dall'efficacia generalizzata di un eventuale codice dichiarato idoneo, più non si comprende la previsione che, in alternativa ad un codice idoneo, ha rimesso nelle mani della Commissione di garanzia il potere di regolamentazione provvisoria.

Questa conclusione è agevolmente argomentabile proprio rispondendo alla concreta sollecitazione offerta dal caso in esame.

Il codice di autoregolamentazione degli autotrasportatori è stato sottoscritto dalle maggiori organizzazioni di rappresentanza della categoria. Anche per questo la Commissione di garanzia lo ha dichiarato idoneo. È accaduto poi che una delle sigle più rappresentative, la CNA-Fita, che inizialmente aveva sottoscritto con riserva, ha revocato la propria adesione al codice e, per ciò, proprio confidando nella matrice privatistica dell'atto, da quel momento ha ritenuto di non essere tenuta a rispettarlo.

In questo contesto, almeno stando all'affermazione del Tribunale di Roma circa l'inefficacia *erga omnes* del codice attesa la sua natura negoziale, la Commissione di garanzia dovrebbe nuovamente intervenire a garanzia degli utenti, dettando una regolamentazione provvisoria capace di vincolare anche gli associati alla CNA-Fita, che certo non possono pretendere di rimanere gli unici autotrasportatori che godono di assoluta libertà quanto al *quomodo* delle loro astensioni.

Solo che la legge prevede l'esercizio del potere di regolamentazione provvisoria quando non esiste un codice dichiarato idoneo, non quando ne esiste uno. E dunque già qui il sistema delineato dal legislatore del 2000 subisce, se interpretato dando credito all'affermazione del Tribunale di Roma, un vero e proprio cortocircuito logico.

Né sembra particolare trascurabile il fatto che le altre organizzazioni che hanno sottoscritto il codice dichiarato idoneo ora hanno tutto il diritto di vederlo loro applicato, coerentemente con l'opzione espressa dal legislatore del 2000 in favore della tecnica consensuale di regolazione (cfr. P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 1999, 28).

Sicché, non si può certo imporre dall'alto alle organizzazioni di categoria che hanno sottoscritto il codice dichiarato idoneo una regolamentazione eteronoma, quando non è dato registrare una necessità di ri-regolazione, per inadeguatezza od obsolescenza (dunque inidoneità) sopraggiunta del precedente codice (cfr. TAR Lazio 24 novembre 2008, n. 10608 – su cui, se vuoi, vedi V. MAIO, *Il controllo della giurisprudenza amministrativa sugli atti della Commissione di garanzia*, in *Newsletter Commissione di garanzia Sciopero*, 2008, n. 3, 27 ss. – che da ultimo ha precisato le condizioni per il ri-esercizio da parte della Commissione di garanzia del potere di provvisoria regolamentazione). Il corto circuito logico ingenerato dall'affermazione del Tribunale di Roma si estende, dunque, all'intero sistema dalla l. n. 146/1990 e lo conduce alla paralisi: la Commissione non può non regolare anche le astensioni proclamate dal CNA-Fita sussistendo le medesime esigenze di tutela dell'utenza che presiedevano all'adozione del codice dichiarato idoneo; allo stesso tempo, la Commissione di garanzia non può dettare una regolamentazione provvisoria in mancanza dei presupposti di legge.

All'opposto rispetto alla conclusione cui è giunto il Tribunale, il caso in esame dimostra dunque che l'efficacia *erga omnes* dei codici dichiarati idonei si evince sistematicamente anche solo analizzando la particolare interrelazione costruita dal legislatore tra questi ed il potere di regolamentazione provvisoria, che rivolgendosi all'intero settore è per definizione *erga omnes*, e come tale non ammette coesistenze con altre separate regolazioni.

Interrelazione che, non a caso, è caratterizzata dalla residualità e caducità della regolamentazione eteronoma rispetto al codice dichiarato idoneo, che, anche solo per questo, nelle intenzioni del legislatore deve chiaramente avere la medesima efficacia dell'atto sostituito.

Ma, del resto, anche diversamente ragionando non si andrebbe lontano. Se, infatti, si ammettesse, anche solo per assurdo, che, sempre in ossequio alla originaria matrice privatistica, la l. n. 146/1990 consenta la coesistenza del codice dichiarato idoneo con una regolamentazione provvisoria, a questo punto non *erga omnes*, ma destinata a vincolare soltanto gli associati della CNA-Fita e coloro che non sono riconducibili al preesistente codice valutato idoneo, quale contenuto potrebbe mai avere una simile regolamentazione? Non sembra pensabile che la stessa possa individuare regole o prestazioni diverse da quelle presenti nel codice già dichiarato idoneo, a meno di voler prendere in considerazione la possibilità che di fronte al medesimo comportamento un autotrasportatore possa essere sanzionato ed un altro no. Ed allora, ognuno vede come la regolamentazione provvisoria dovrebbe necessariamente avere il me-

desimo contenuto del codice già dichiarato idoneo, che, dunque, diverrebbe efficace *erga omnes*, giusto in forza di una delibera della Commissione di garanzia capace di estenderne *ultra partes* gli effetti anche alla sigla dissenziente, a dispetto dell'originaria matrice privatistica, precisamente come accade con la delibera di valutazione di idoneità.

4. Non minori difficoltà presenta l'operazione di ricostruzione probatoria della responsabilità per le violazioni poste in essere durante l'astensione dai lavoratori autonomi in capo alle organizzazioni di categoria.

Va preliminarmente considerato che l'indizione della protesta dei lavoratori autonomi non ha nulla a che spartire con la logica comunicativa tipica dell'interlocuzione stabile con l'azienda, ed ogni forzoso parallelismo con l'atto di proclamazione dello sciopero è destinato a cadere. Non a caso, lo stesso legislatore della l. n. 83/2000, all'art. 2-*bis*, non ha richiesto e neppure menzionato l'atto di proclamazione.

Quanto al profilo funzionale, nel diverso contesto delle astensioni che riguardano i lavoratori autonomi, l'atto di indizione non deve, infatti, assolvere al fine di immunizzare i lavoratori da eventuali sanzioni disciplinari del datore di lavoro, com'è tipico della proclamazione. L'obiettivo che qui la comunicazione dell'atto di protesta deve soddisfare è più semplicemente consentire alle istituzioni, all'utenza e, soprattutto, all'opinione pubblica di ricondurre, in ragione di una specifica rivendicazione, l'astensione programmaticamente preannunciata ad un contesto di agitazione professionale.

E questo comporta che le organizzazioni dei lavoratori autonomi non hanno alcun interesse a dare (dunque non è neppure lecito attendere che diano) una comunicazione specifica (quanto ai tempi, luoghi e modalità dell'astensione), come avviene nel caso dell'atto di proclamazione, e possono limitarsi alla redazione di un comunicato che preannuncia un generico stato di agitazione, non senza fare cenno al doveroso rispetto delle limitazioni di legge.

Questa possibilità, giusto in occasione delle astensioni dei conducenti di taxi indette per protestare contro la preannunciata riforma delle condizioni di accesso alla professione, ha evidenziato chiaramente le difficoltà cui può andare incontro la Commissione di garanzia sul piano probatorio quando poi si tratta di chiamare a rispondere gli organismi di categoria.

Al punto che, in un precedente a quanto consta inedito, il Tribunale di Roma, pur riconoscendo «oggettivamente illegittime per inosservanza degli obblighi posti dalla legge n. 146 del 1990» le astensioni verificatesi nelle maggiori città italiane in maniera gravemente pregiudizievole dei diritti dell'utenza (cfr. Trib. Roma 28 maggio 2007, n. 10226), ha ritenuto di annullare la sanzione comminata dalla Commissione di garanzia al Coordinamento Taxi Italiano, a ragione della mancanza di una prova «certa e tranquillante» della perfetta coincidenza tra l'iniziativa di protesta genericamente annunciata nello stato di agitazione e gli specifici episodi sanzionati.

Considerato il recente passato, dunque, aleggiava anche su "tir selvaggio" il rischio di una sentenza che ancora una volta accertasse la violazione dei diritti

degli utenti, senza però individuare colpevoli, sulla falsariga di quanto accaduto per “taxi selvaggio”.

I presupposti c'erano, infatti, tutti: lo stato di agitazione prometteva, appunto, un generico fermo degli autotrasporti (pratica consentita) e, dal canto loro, le organizzazioni di categoria erano fermamente pronte a respingere ogni ipotesi di responsabilità oggettiva per i *tir lumaca* ed i *blocchi* alla circolazione stradale, ritenuti semmai addebitabili soltanto ai singoli indisciplinati autotrasportatori.

Sennonché, proprio su questo delicatissimo aspetto la sentenza che si commenta si segnala positivamente per la netta, quanto singolare, presa di posizione, che ha consentito di superare il vallo di una prova altrimenti impossibile da dare per la Commissione di garanzia.

Ritiene, infatti, il Tribunale di Roma che in caso di astensione dal lavoro che ricada all'interno del campo di applicazione della l. n. 146/1990, la sfera obbligatoria delle organizzazioni sindacali proclamanti esonda dal consueto argine segnato dall'obbligo di effettuare e consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili, e si arricchisce di contenuti, quanto al dovere di «porre regole chiare» e «renderle note a tutte le articolazioni periferiche» di modo che «ogni singolo lavoratore sappia» o sia messo «facilmente nelle condizioni» di sapere.

Ma non è tutto, l'affermazione di maggior rilievo attiene alla estensione della posizione debitoria del sindacato in un senso che possiamo definire *proattivo*.

Al punto che, laddove le violazioni della l. n. 146/1990 siano di pubblico dominio, grava sullo stesso sindacato anche l'obbligo «di ribadire la chiarezza delle regole e la loro operatività», «condannare anche pubblicamente gli episodi», «adottare i provvedimenti opportuni» e «dissociarsi dalle forme non corrette di sciopero».

È in questo modo riattualizzato e, soprattutto, concretizzato il c.d. *dovere di influenza sindacale*, raramente avvistato sulla ribalta giudiziaria e, semmai, analizzato dalla dottrina nell'ambito della c.d. *tregua sindacale*, in chiave di contrappeso obbligatorio rispetto alle obbligazioni assunte dal datore di lavoro con il contratto collettivo durante il periodo di sua vigenza (in tema si veda G. GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, Milano, 1963).

Sennonché, come noto, è quantomeno complesso spingersi ad affermare per il dovere di influenza sindacale (c.d. *Einwirkungspflicht*) una portata che non sia meramente obbligatoria.

Certo non si ignora il tentativo nel senso di rafforzare, sia pure indirettamente, l'istituto recentemente operato da quella autorevole dottrina (cfr. P. ICHINO, *Contrattazione delle modalità dello sciopero e rappresentatività della coalizione sindacale*, in www.mesl.unimi.it/StudiGrandi.pdf), che si è spinta fino a ricondurre le clausole di tregua sindacale nella parte normativa del contratto collettivo, con la conseguenza che, oltre ad impegnare i sindacati stipulanti il contratto collettivo a dissuadere i loro iscritti dal partecipare allo sciopero

proclamato da altre organizzazioni sindacali, quelle clausole comporterebbero per gli scioperanti che le violano (non già l'applicazione di sanzioni disciplinari, ma) la perdita dei benefici economico-normativi previsti dal medesimo contratto collettivo, autorizzando il datore di lavoro ad una sorta di trattamento differenziato.

Sennonché, prima ancora che sul piano della legittimità ed antisindacalità, la soluzione appare problematica già sul piano operativo, atteso lo scarso interesse che l'azienda potrebbe avere, una volta esaurito lo sciopero, ad applicare trattamenti differenziati ai lavoratori, a seconda della loro affiliazione sindacale o diretta partecipazione allo sciopero, per il rischio di reinnestare la miccia di una nuova astensione, come testimoniano le quotidiane difficoltà che la stessa Commissione incontra ogni volta che si tratta di far eseguire alle aziende le sanzioni a distanza di mesi dall'originaria astensione.

In sostanza, una volta registrata anche l'estrema labilità di un'azione risarcitoria avverso il sindacato che non si sia adeguatamente "speso" con i propri iscritti, si finisce col condannare la figura all'impalpabilità (cfr. G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 1981, 175).

Diversamente, il dovere di influenza può riacquistare centralità quando si tratta di valutare il comportamento delle parti sociali, in vista dell'attribuzione di specifiche responsabilità.

Qui, infatti, non è incongruo ritenere che rilevi ai sensi dell'art. 2729 c.c. la coerenza tra il comportamento attivo dell'organizzazione di categoria – che prima ha indetto la protesta, quindi ha negoziato con le pubbliche autorità, da ultimo ha posto fine alla astensione siglando l'accordo – ed il parallelo comportamento omissivo della medesima organizzazione di categoria che, *medio tempore*, non si è mai dissociata né ha richiamato o sanzionato i propri iscritti. Dunque, pur sapendo che questi agivano in palese violazione delle regole, ha scelto di tollerare quelle intemperanze che, poi, nei fatti, hanno anche consentito all'organismo di categoria di acquisire una posizione di maggior forza al tavolo di trattativa.

Va da sé che una simile soluzione, pienamente condivisibile, appare idonea ad una applicazione, sia pure *cum grano salis*, anche nel caso di esercizio del diritto di sciopero.

Valerio Maio

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università telematica Tel.m.a.

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Conciliazione vita e lavoro

- *titolarità dei permessi di allattamento (1.1. – 1.2.)*

Lavoro pubblico

- *ruolo della contrattazione collettiva (2.1.)*
- *tutela dei malati oncologici e con gravi malattie (2.2.)*

Mercato del lavoro

- *legge regionale Campania (3.1.)*

Partecipazione

- *partecipazione finanziaria: schemi ESOP (4.1.)*

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- *quadro normativo e prassi (5.1.)*
- *diffida obbligatoria: ambito di applicazione e operatività (5.2.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.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 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. Circolare Inps 25 novembre 2009, n. 118 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 36).

1.2. Circolare Inps 15 ottobre 2009, n. 112 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 31).

(1.1. – 1.2.) Il diritto del padre lavoratore ad usufruire dei riposi giornalieri c.d. per allattamento in caso di madre casalinga

Sommario: **1.** La novità. – **2.** Il contesto legale di riferimento. – **3.** La prima applicazione della norma. – **4.** L'orientamento della giurisprudenza amministrativa, la sua interpretazione da parte del Ministero vigilante ed i conseguenti riflessi sulla prassi applicativa adottata dall'Inps. – **5.** Le ragioni di una perplessità.

1. L'Inps, con una recente circolare (25 novembre 2009, n. 118, in epigrafe), adeguandosi all'indirizzo interpretativo assunto in proposito dal Consiglio di Stato, ha riconosciuto il diritto del padre lavoratore dipendente ai riposi giornalieri per allattamento anche nell'ipotesi in cui la madre sia casalinga.

2. I riposi in questione sono quelli previsti dall'art. 39 del d.lgs. n. 151/2001 (Testo Unico in materia di tutela della maternità e della paternità) e si articolano in due periodi giornalieri di un'ora ciascuno, o di uno solo nel caso di orario giornaliero inferiore a sei ore, di cui la lavoratrice madre ha diritto di fruire dal termine dell'astensione obbligatoria per maternità e fino al compimento del primo anno di vita del bambino, o entro il primo anno dall'ingresso in famiglia del minore adottato o affidato.

Il successivo art. 40 riconosce anche al padre lavoratore la fruizione di detti riposi al ricorrere delle seguenti condizioni: a) nel caso in cui il bambino sia affidato al solo padre; b) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente che non se ne avvalga; c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente; d) in caso di morte o di grave infermità della madre.

3. Per le ipotesi di cui alle precedenti lett. *a*, *b* e *d*, non sono sorti particolari problemi applicativi, in ragione del loro ricorrere in presenza di casi in cui la richiesta di fruizione dei permessi da parte del padre è alternativa alla madre, data l'oggettiva impossibilità di attendere ai relativi compiti da parte di quest'ultima.

Diversamente, l'ipotesi di cui alla lett. *c* ha avuto un'interpretazione, da parte dell'Istituto Previdenziale, che è andata progressivamente modificandosi in senso più favorevole al padre lavoratore, sulla scorta, soprattutto, di sentenze ed orientamenti amministrativi dichiaratamente volti a privilegiare il ruolo di cura della prole proprio di entrambi i genitori.

In proposito, infatti, l'Inps, nel fornire alcuni chiarimenti in tema di diritto del padre lavoratore ai riposi per allattamento in caso di parto plurimo, aveva in un primo tempo stabilito, con la circ. 6 settembre 2006, n. 95-*bis*, che per

«madre non lavoratrice dipendente» dovesse intendersi esclusivamente «la lavoratrice autonoma (artigiana, commerciante, coltivatrice diretta, colona, mezzadra, imprenditrice agricola professionale, parasubordinata e libera professionista) avente diritto ad un trattamento economico di maternità a carico dell'Istituto o di altro Ente previdenziale», escludendo, con ciò, dalla fattispecie l'ipotesi di madre casalinga.

Conseguentemente, nei casi in cui la madre risultava casalinga, al padre non veniva riconosciuta la possibilità di usufruire dei riposi giornalieri in questione.

4. Tale interpretazione non è però stata condivisa dal Consiglio di Stato che, con decisione 9 settembre 2008, n. 4293, nel confermare la sentenza del TAR della Toscana 25 novembre 2002, n. 2737, ha considerato la madre che svolge attività di casalinga quale «lavoratrice non dipendente e pur tuttavia impegnata in attività che la distolgono dalla cura del neonato», equiparandola, di fatto, alla madre lavoratrice autonoma, ai fini del riconoscimento al padre del diritto ai riposi giornalieri per allattamento.

Conseguentemente, l'Inps ha dovuto mutare il proprio orientamento e, con apposita circ. 15 ottobre 2009, n. 112 (in epigrafe), ha letteralmente disposto che «L'interpretazione estensiva operata dal Consiglio di Stato consente di riconoscere al padre lavoratore dipendente il diritto a fruire dei riposi giornalieri, oltre che nell'ipotesi già prevista dalle norme vigenti, anche in altri casi di oggettiva indisponibilità da parte della madre casalinga di dedicarsi alla cura del neonato, perché impegnata in altre attività (ad esempio accertamenti sanitari, partecipazione a pubblici concorsi, cure mediche ed altre simili).

Pertanto, in presenza delle predette condizioni, opportunamente documentate, il padre dipendente può fruire dei riposi giornalieri, nei limiti di due ore o di un'ora al giorno a seconda dell'orario giornaliero di lavoro, entro il primo anno di vita del bambino o entro il primo anno dall'ingresso in famiglia del minore adottato o affidato (artt. 39 e 45 del D. Lgs. 151/2001).

Analogamente a quanto avviene in caso di madre lavoratrice autonoma, anche nell'ipotesi di madre casalinga, il padre dipendente può utilizzare i riposi a partire dal giorno successivo ai 3 mesi dopo il parto (ossia a partire dal giorno successivo alla fine del periodo di maternità riconosciuto per legge).

In caso di parto plurimo (art. 41 del D. Lgs. 151/2001), trovano applicazione le disposizioni già fornite con Circolare 95 bis/2006: in particolare, anche nell'ipotesi di madre casalinga, il padre dipendente può fruire del raddoppio dei riposi e le ore aggiuntive possono essere utilizzate dal padre stesso anche durante i 3 mesi dopo il parto».

Tuttavia, il nuovo indirizzo assunto dall'Istituto di previdenza non è parso del tutto rispondente ai principi che il Consiglio di Stato aveva posto a fondamento della citata sentenza, tanto che il Ministero del lavoro della salute e delle politiche sociali, con apposita nota del 16 novembre 2009, ha precisato che, nel caso di madre casalinga, il diritto del padre ad usufruire dei riposi giornalieri debba essere riconosciuto senza eccezioni.

Conseguentemente, con la circ. n. 118/2009, cit., l'Inps, conformandosi a tali indicazioni, ha stabilito che, nel caso di madre casalinga, il padre lavoratore dipendente può fruire dei riposi giornalieri, nei limiti di due ore o di un'ora al giorno a seconda dell'orario di lavoro, entro il primo anno di vita del bambino o entro il primo anno dall'ingresso in famiglia del minore adottato o affidato, senza dover dare alcuna dimostrazione dell'impossibilità della madre ad accudire il bambino.

Inoltre, il padre lavoratore dipendente che, vigente il precedente orientamento, avesse fruito di ferie o permessi orari entro l'anno di vita del figlio o di ingresso in famiglia del minore, potrà, entro un anno dall'ultimo giorno di assenza, presentare al proprio datore di lavoro e all'Istituto Previdenziale apposita domanda, intesa a convertire tali assenze in riposi giornalieri per allattamento, la cui relativa indennità è anticipata dal datore di lavoro e successivamente portata a conguaglio con i contributi mensili dovuti.

Questa è l'analisi dell'evoluzione che ha subito la fattispecie, condotta nei termini più descrittivi ed oggettivi possibili.

5. Passando, ora, ad esaminare le ragioni che hanno indotto la Giustizia Amministrativa ad operare una così invasiva incursione all'interno della prassi applicativa che si era, fino alla richiamata sentenza del 9 settembre 2008, consolidata, va innanzitutto evidenziato come l'applicazione della norma in esame inizialmente sostenuta dall'Inps non discendeva certo da una sua interpretazione letterale, quanto da una organica lettura che l'Istituto di previdenza, verosimilmente, faceva dell'intero articolato normativo.

In altri termini, la spettanza al padre dei permessi giornalieri per allattamento era considerata in funzione esclusivamente di supplenza della madre, principale titolare del diritto, e, in effetti, le ipotesi elencate *sub* lett. *a*, *b*, e *d* dell'art. 40, d.lgs. n. 151/2001, possono correttamente essere intese quale concretizzazione di tale principio.

Conseguentemente, l'Inps, allorquando veniva chiamato a prendere in esame domande del padre lavoratore intese alla fruizione di tali permessi ai sensi della lett. *c* del citato art. 40 (nelle ipotesi, cioè, «in cui la madre non sia lavoratrice dipendente»), richiedeva, ai fini della loro concessione, la dimostrazione del fatto che la madre fosse impegnata in un lavoro autonomo, ritenendo che solo in tal caso il relativo diritto potesse traslare in capo al padre lavoratore dipendente.

Di diverso orientamento era il Consiglio di Stato che, con la citata decisione del 9 settembre 2008, sulla scorta della condizione di "lavoratrice" che è innegabilmente propria anche della madre casalinga, ne faceva derivare la sostanziale equiparazione alla madre lavoratrice dipendente ed alla madre lavoratrice autonoma, con conseguente possibilità per il padre di beneficiare dei permessi per allattamento, senza null'altro dover dimostrare che la condizione di casalinga dell'altro genitore.

Per giungere a detta conclusione i giudici amministrativi hanno ritenuto di seguire un percorso interpretativo articolato che, per alcuni suoi riflessi, sembra lasciare spazio a qualche perplessità.

Le regole per una corretta indagine ermeneutica poste dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale prevedono infatti, com'è noto, che quando l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non debba ricorrere ad alcuna regola interpretativa sussidiaria.

Ciò premesso, la locuzione «nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente», cui consegue la spettanza al padre dei permessi in parola, potrebbe, a parere di chi scrive, essere letteralmente intesa come riferita a tutti i casi in cui la madre non sia parte di un rapporto di lavoro a carattere subordinato, abbia cioè un'occupazione autonoma, ovvero sia casalinga, ed anche nel caso in cui, per ipotesi, non svolga alcun tipo di attività, né professionale né per la cura della propria casa.

Evidentemente e condivisibilmente, però, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la finalità della norma in esame sia da individuare nella facoltà, per il padre lavoratore, di utilizzare i permessi giornalieri c.d. per allattamento in alternativa alla madre, qualora quest'ultima sia impegnata in attività lavorativa di qualsivoglia natura, ed ha, pertanto, stabilito che la locuzione in parola debba estensivamente e più appropriatamente intendersi come riferita ai casi in cui *la madre sia lavoratrice non dipendente*, equiparando, poi, alla madre lavoratrice non dipendente la madre impegnata esclusivamente quale casalinga.

Senonché, ad una corretta opzione interpretativa, l'autorevole organo di giustizia amministrativa fa conseguire, in nome della concretizzazione del principio di tutela della maternità e della famiglia, un'equiparazione fra condizioni oggettivamente diverse che, se analizzata in tutti i suoi possibili riflessi operativi, appare foriera di un difficilmente giustificabile aspetto di discriminazione.

È, infatti, comunemente condivisa la considerazione in base alla quale, nella quasi totalità dei casi, la donna impegnata in qualsivoglia attività lavorativa extrafamiliare, sia a carattere autonomo sia dipendente, si trovi a dover coniugare detta attività con quella, ulteriore, di cura dell'abitazione e della prole propria della casalinga.

L'innegabilità di tale considerazione conduce a ragionevolmente dubitare che il Consiglio di Stato abbia, con l'equiparazione della madre casalinga alla madre occupata anche in altre attività al di fuori del contesto familiare, realizzato un equo componimento di tutti gli interessi in gioco.

Interessi che costituiscono spesso il riflesso di situazioni in cui si impongono cure e tutele che un evoluto sistema di *welfare state* non può fare a meno di considerare, ma che, proprio perché relative a condizioni lavorative diverse, non sembrano poter ammettere soluzioni indistinguibili dalle casistiche che le hanno originate. In proposito, allora, non si può non osservare che la prima

circolare emanata dall'istituto, la n. 112, alla quale forse troppo frettolosamente è seguita la circolare n. 118, avesse apprezzabilmente perseguito il pur non semplice risultato di confermare il principio in base al quale la madre casalinga debba essere considerata "lavoratrice", alla stregua della lavoratrice non dipendente, contemperandolo però, in via di sua attuazione, alla diversa e più gravosa condizione di chi cumula le relative incombenze con quelle di una ulteriore occupazione. In altri e più concreti termini, quali argomenti potranno essere validamente opposti all'eventuale doglianza di una madre titolare di un rapporto di lavoro di natura subordinata che, utilizzando i c.d. permessi giornalieri per allattamento, ne vede pregiudicata la fruizione da parte del padre lavoratore dipendente, mentre la possibilità di fruizione da parte di quest'ultimo risulta sempre consentita nei casi in cui la madre è impegnata esclusivamente in mansioni di casalinga?

Gianni Bovio

Funzionario – Direzione provinciale del lavoro del Verbano Cusio Ossola

2. Lavoro pubblico

2.1. Legge 4 marzo 2009, n. 15 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

La valutazione della pubblica amministrazione: il ruolo della contrattazione decentrata in una prospettiva europea

Sommario: **1.** Premessa: il diritto europeo. – **2.** Valutare i collaboratori pubblici: il sistema belga. – **3.** La situazione italiana.

1. La Corte di Giustizia europea recentemente è intervenuta con diverse sentenze soprattutto sul tema del contratto a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni, attraverso le quali, tuttavia, è possibile trarre importanti principi giuridici in ordine al rapporto di lavoro pubblico in generale.

In sintesi due sono le conclusioni a cui si può giungere dalla lettura di queste pronunce giurisprudenziali. *In primis* secondo la Corte in seno all'ordinamento comunitario non vi è un principio che neghi qualsiasi differenziazione tra impiego pubblico e privato. Tuttavia questa possibilità deve essere interpretata in termini restrittivi e la differenziazione deve essere giustificata strettamente dalla natura del rapporto di lavoro. È vero, infatti, che per il diritto comunitario è lavoratore subordinato una persona che fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, servizi in contropartita dei quali riceve una retribuzione. Di conseguenza gli elementi essenziali del rapporto di lavoro sono solo una prestazione a favore del datore di lavoro, la subordinazione alle direttive di

quest'ultimo e il diritto alla retribuzione. Perciò è stata riconosciuta la natura di rapporto di lavoro subordinato nelle fattispecie di un'occupazione a tempo parziale (23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*); un'attività remunerata all'interno di una formazione professionale (26 febbraio 1992, causa C-3/90, *Bernini*); un lavoro retribuito con vantaggi in natura (7 settembre 2004, causa C-456/02, *Trojani*). È parimenti vero che nelle sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, 7 settembre 2006, causa C-53/04 e C-180/04 la stessa Corte ha precisato che la differenziazione stabilita dal diritto italiano nell'accesso al pubblico impiego rispetto al privato non è incompatibile con il diritto europeo, purché la pubblica amministrazione italiana non abusi nell'utilizzare contratti a tempo determinato per evitare di concludere rapporti di lavoro indeterminati. Ai fini del presente saggio si può giungere a concludere che anche i sistemi di valutazione del pubblico impiego ben possono differenziarsi da quelli propri del privato, atteso che tale sistema, stando all'art. 5, l. delega n. 15/2009, inciderà sulla progressione di carriera dei dipendenti pubblici. È evidente, infatti, che se la valutazione non garantirà imparzialità e oggettività di giudizio l'esito concorsuale dei lavoratori pubblici sarà condizionato da selezioni di natura extra-giuridica, indebolendo la *ratio* del concorso che dovrebbe, al contrario, garantire imparzialità, pari opportunità, non discriminazione.

Il secondo principio è la garanzia della partecipazione delle parti sociali anche nel rapporto di lavoro pubblico. Il dialogo, la contrattazione e, in definitiva, l'intervento dei lavoratori nei processi lavorativi sono previsti nel complesso di norme e attività che nel diritto comunitario si identifica con il dialogo sociale europeo. È chiaro che il medesimo principio vada garantito nei processi di valutazione del personale che non dovrebbe essere finalizzata a sanzionare, ma a stimolare comportamenti organizzativi sempre più virtuosi. È sotto questo aspetto che la contrattazione, con particolare riguardo quella decentrata, può svolgere un ruolo fondamentale. Si pensi, ad esempio, ai vantaggi organizzativi che si potrebbero avere in materia di orario di lavoro: si potrebbero concordare orari più vicini alle esigenze dell'utenza del luogo e via discorrendo.

In altre parole, i sistemi di valutazione del personale devono essere inquadrati sul piano dottrinario come istituti di partecipazione dei lavoratori ai processi lavorativi. Il sistema di valutazione, in tal modo, non si trasforma in un ennesimo processo amministrativo volto esclusivamente a far emergere responsabili, ma in una procedura di coinvolgimento attivo sulla base della normativa contrattuale destinato a promuovere comportamenti produttivi di tutti i collaboratori in seno al luogo di lavoro.

Prima di esaminare la normativa italiana è utile analizzare un sistema di valutazione, che pur mostrando molti profili di interesse è stato solo marginalmente trattato dal dibattito dottrinario. In questa sede, tuttavia, ci si limiterà alla valutazione del personale diverso dai dirigenti.

2. Sul piano del diritto comparato la situazione europea in materia di rapporto di lavoro in seno alla pubblica amministrazione è piuttosto differenziata. Pre-

valentemente le Costituzioni degli Stati membri introducono norme secondo cui è l'Esecutivo stesso o la legge che definiscono, organizzano e regolamentano il rapporto di pubblico impiego. In alcuni casi è la prassi che ha sviluppato modalità di collaborazione tra Governo e organizzazioni sindacali, specie in materia pensionistica. A titolo di meri esempi si possono analizzare l'art. 20 della Costituzione francese, l'art. 103 della Costituzione spagnola e l'art. 109 della Costituzione della Grecia.

In Belgio è stato il primo Governo Verhofstadt (1999-2003) ad aver introdotto principi privatistici nel pubblico impiego con il piano denominato Copernico (AA.VV., *Le relazioni sindacali nel pubblico impiego in Europa*, Quaderni Formez, 2007, n. 58).

Tale Paese come Stato unitario si forma nel 1830 dalle province meridionali dell'Olanda. Tra il 1970 e il 1995 ha dato avvio alla riforma federale dello Stato, riforma che è stata portata a termine con l'intervento sulla pubblica amministrazione che ha attuato il principio di sussidiarietà. Il sistema di valutazione adottato rispecchia esattamente la necessità di valorizzare gli uffici decentrati dello Stato, con un modello di piena partecipazione dei lavoratori nella formazione del giudizio individuale finale. *Les Cercles de développement*, come vengono denominati dall'ordinamento belga, rappresentano perciò il miglior esempio di una valutazione contrattata, decentrata e giuridicamente fondata (cfr. il sito www.fedweb.belgium.be/fr, sezione *Evaluation/Cercles de développement pour fonctionnaires*).

Il centro di questo modello è sintetizzato in tre principi base: condivisione, responsabilizzazione collaborativa, miglioramento (è significativo che l'ordinamento belga usi il termine "collaboratore" e non "dipendente").

Ai sensi dell'art. 2 dell'*Arrêté royal* del 2 agosto 2002 la valutazione è: «un processus qui aide l'évaluateur dans ses responsabilités de dirigeant et qui vise à stimuler la communication entre l'évalué et l'évaluateur, à promouvoir le développement des compétences du membre du personnel et à atteindre les objectifs du service public fédéral». Lo scopo dell'istituto è innanzitutto favorire una comunicazione tra valutato e valutatore. Il collaboratore attraverso la valutazione sviluppa le proprie competenze e realizza le proprie inclinazioni. Al fine di garantire la piena comunicazione il Ciclo di valutazione è governato interamente dal responsabile dell'ufficio. La concertazione avviene in quattro fasi: descrizione delle funzioni, pianificazione, analisi del processo pianificato, valutazione. In sintesi «Les cercles de développement sont un système de gestion des performances et des compétences, destiné à la fois au collaborateur, à l'équipe et à l'organisation. *Le principe de base est que le collaborateur est le premier responsable de son développement individuel et de sa carrière*. Il fixe ses objectifs en accord avec son chef, demande à son chef et à l'équipe un feed-back sur son travail et prend des initiatives pour s'améliorer» (da www.fedweb.belgium.be/fr, corsivo dell'A., ndr). Un meccanismo analogo di valutazione esiste anche per i dirigenti. Come emerge con evidenza, il modello belga è un sistema di continua comunicazione.

Naturalmente in casi di particolare gravità sono previste sanzioni, come è giusto, e nel caso il giudizio sia insufficiente viene garantito comunque un ampio *ius defendendi* per i dipendenti stabili, anche se non per coloro che hanno contratti a tempo determinato (artt. 22 ss., *Arrêté* citata).

Un giudizio di insufficienza, reiterato per due volte, può portare in ogni caso al licenziamento, sempre che siano prima esperite le vie legali previste. Questi mezzi, tuttavia, anche se necessari sono considerati un insuccesso per il responsabile dell'ufficio, il cui obiettivo è invece che tutti i collaboratori siano meritevoli (benché ciò esuli da una trattazione giuridica, sarebbe interessante elaborare uno studio interdisciplinare su come si è attuato in concreto questo modello o altri simili). Si legge sul sito, infatti, «L'objectif des cercles de développement est de stimuler et non de punir. Le chef doit veiller au succès de ses collaborateurs. Les collaborateurs peuvent l'aider en lui signalant les problèmes à temps. Ils peuvent alors chercher ensemble une solution» (www.fedweb.belgium.be/fr).

3. L'ordinamento italiano intorno al tema della valutazione della pubblica amministrazione mostra profili di complessità del tutto particolari. Il principio della valutazione, anche individuale, è stato ribadito recentemente da quasi tutti gli interventi legislativi, ma al momento nessuna legge è stata in grado di sciogliere le problematiche che inevitabilmente suscita la valutazione di un settore pubblico, che per sua stessa natura opera al di fuori di dinamiche del mercato. D'altra parte il processo d'innovazione, semmai verrà portato a compimento, richiede tempi lunghi a causa della cultura amministrativa, che è fortemente legata da logiche meramente meritocratiche.

Del resto difficilmente si potrà realizzare una valutazione fondata esclusivamente sul merito individuale se l'azione amministrativa è influenzata da ragioni non strettamente tecniche e da dinamiche che sfuggono al diretto controllo del soggetto che viene valutato.

L'ideale sarebbe realizzare un procedimento amministrativo simile all'ordinamento belga che si è in precedenza esaminato, ma al momento si è molto lontani da questo modello.

Orientare la valutazione sulla contrattazione decentrata potrebbe essere una soluzione, benché sia necessario superare alcuni limiti.

Come è noto l'art. 5, d.lgs. n. 286/1999, introduce per la prima volta in modo esplicito una valutazione delle prestazioni dei dirigenti. Il comma 3, limitatamente alle amministrazioni dello Stato, introduce una sorta di sistema partecipato tra il dirigente generale, che valuta, e il dirigente che propone gli obiettivi. Peraltro le garanzie di oggettività sono scarsissime. Sancisce, infatti, il comma citato: «Per le amministrazioni dello Stato, la valutazione è adottata dal responsabile dell'ufficio dirigenziale generale interessato, su proposta del dirigente, eventualmente diverso, preposto all'ufficio cui è assegnato il dirigente valutato. Per i dirigenti preposti ad uffici di livello dirigenziale generale, la valutazione è adottata dal capo del dipartimento o altro dirigente generale sovraordinato. Per i dirigenti preposti ai centri di responsabilità delle rispetti-

ve amministrazioni ed ai quali si riferisce l'articolo 14, comma 1, lettera b), del decreto n. 29, la valutazione è effettuata dal Ministro, sulla base degli elementi forniti dall'organo di valutazione e controllo strategico». È evidente, infatti, che l'intera procedura è sottoposta ad un personale che ben difficilmente fornirà giudizi basati esclusivamente su dati tecnici, a maggior ragione in seguito all'introduzione della temporaneità degli incarichi dirigenziali (artt. 14 ss., d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni e integrazioni).

L'art. 45, d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni e integrazioni, demanda alla contrattazione collettiva la fissazione dei criteri di valutazione per tutto il personale. Diversamente da quanto previsto per i dirigenti, la norma ha introdotto per il personale non dirigente la possibilità di delineare un sistema valutativo partecipato, equo, obiettivo, ma tale possibilità giuridica è andata sfumando. Le parti sociali stavano attuando questo modello avrebbe garantito un sistema di valutazione partecipato. È sufficiente riportare alcuni testi contrattuali recenti per provare quanto affermato. Il punto 7 del *Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche*, siglato il 18 gennaio 2007, stabilisce: «L'adozione e la diffusione di un metodo fondato sulla fissazione di obiettivi e sulla misurazione dei risultati dell'azione amministrativa possono e devono costituire la base dell'intero impianto di riorganizzazione della PA. La misurazione dei servizi in tutte le amministrazioni deve divenire lo strumento con cui valutare il conseguimento degli obiettivi delle azioni amministrative, fissati in termini sia di realizzazioni, sia di effetti sul benessere dei cittadini. Deve essere la base e il riferimento oggettivo per la valutazione della dirigenza. Si tratta di produrre e pubblicizzare informazione di qualità, in via continuativa, sui risultati effettivamente conseguiti, anche sulla base di indagini sulla percezione degli utenti. Il Governo assumerà con tempestività le misure necessarie per conseguire le finalità qui indicate, anche estendendo il ricorso agli indicatori provenienti dalla contabilità economica e usando come *benchmark* esperienze in corso di avvio. Vanno anche previsti sedi e momenti di misurazione, anche sperimentali, che vedano la partecipazione delle Amministrazioni, delle Organizzazioni Sindacali e degli utenti». Il documento si limita prevalentemente alla valutazione dei dirigenti e di coloro che occupano posizioni organizzative e introduce principi quali la misurazione dei servizi pubblici, il rafforzamento del sistema per obiettivi, l'oggettività del giudizio e addirittura la sperimentazione. È difficile non concordare su questi elementi, già presenti peraltro nel nostro ordinamento, ma nessuno di questi principi è sufficientemente dettagliato da poter essere tradotto in attività amministrative (si può obiettare che lo scopo di un *Memorandum* sia semplicemente introdurre principi generali, ma per un procedimento amministrativo di tale delicatezza sarebbe stato più opportuno specificare meglio quali garanzie fossero sottese all'oggettività della valutazione, gli strumenti di difesa in caso di giudizio negativo, una procedura di validazione degli indicatori, in modo che non possano essere modificati *ad nutum*, ecc.).

A partire dal *Memorandum* tutti i contratti collettivi nazionali e integrativi dei vari comparti contengono norme che introducono sistemi di valutazione per tutti i dipendenti, dirigenti e non. L'art. 22, comma 2, del Ccnl 2006-2009 comparto Ministeri, introduce alcuni principi nel merito. L'amministrazione deve garantire:

- «individuazione preventiva degli obiettivi da conseguire, delle prestazioni attese e dei relativi criteri di valutazione»;
- «verifiche periodiche, su iniziativa del dirigente, volte a valutare il conseguimento degli obiettivi, l'andamento delle prestazioni e gli eventuali scostamenti rispetto alle previsioni. Di tali verifiche potrà essere redatto, congiuntamente al dipendente interessato, un verbale sintetico»;
- «verifica finale con la motivazione della valutazione dei risultati conseguiti»;
- «oggettività delle metodologie, trasparenza e pubblicità dei criteri usati e dei risultati»;
- «partecipazione dei valutati al procedimento»;
- «contraddittorio in caso di valutazione non positiva, da realizzarsi in tempi certi e congrui, anche con l'assistenza di un rappresentante sindacale».

Alla luce del richiamo al comma 2, art. 4, Ccnl 1998-2001 comparto Ministeri, tutta la determinazione dei criteri di valutazione è demandata alla contrattazione collettiva integrativa. Infatti viene sancito: «Il contratto collettivo integrativo regola i sistemi di incentivazione del personale sulla base di obiettivi e programmi di incremento della produttività e di miglioramento della qualità del servizio, definisce i criteri generali delle metodologie di valutazione basate su indici e standard di valutazione».

Ancor più esplicito è l'art. 2 del Ccnl biennio economico 2008-2009 comparto Agenzie fiscali, il quale introduce una procedura completa di valutazione. Si legge, infatti:

«4. In questo quadro di riferimento, le Agenzie istituiscono o confermano, ove adottati, i sistemi di valutazione delle proprie attività e, al fine di evitare che gli stessi abbiano una valenza meramente formale, assicurano, con cadenza annuale, la concreta verifica della corrispondenza dei servizi erogati ad oggettivi standard di qualità, attraverso la misurazione della produttività conseguita, nonché l'implementazione del livello qualitativo e quantitativo dei prodotti resi e dei servizi erogati.

5. In sede di attuazione del sistema di valutazione delle proprie attività, le Agenzie dovranno, in ogni caso, tenere presenti le seguenti metodologie:

- identificazione dei processi nei quali si articola l'azione;
- individuazione delle risorse necessarie, con particolare riguardo alle competenze ed alle professionalità coinvolte;
- indicazione dei dirigenti responsabili delle strutture interessate.

6. In relazione a quanto previsto dai commi precedenti, le Agenzie devono rendere conto dei risultati conseguiti, dei costi sostenuti, delle risorse umane impiegate, assicurandone la più ampia trasparenza e pubblicità. Tali risultati

vengono utilizzati dalle Agenzie anche per definire successive misure di miglioramento dell'attività.

7. Le parti concordano sull'esigenza di individuare, anche mediante l'istituzione di apposite Commissioni, sedi e momenti di incontro tra Agenzie, organizzazioni sindacali ed utenti in merito all'efficienza ed alla qualità dei servizi ed al conseguimento degli obiettivi stabiliti in sede di predisposizione dei programmi di azione.

8. La verifica dell'attività amministrativa nel suo complesso, come delineata nei precedenti commi, costituisce anche un elemento di particolare rilevanza, che potrà favorire una valutazione delle strutture/uffici e del personale, assicurando il rispetto dei canoni di oggettività e trasparenza».

Gli esempi potrebbero continuare ma, come è evidente, le procedure di valutazione erano già ampiamente previste. L'unico difetto è che questa normativa non prevede un contatto diretto tra valutato e valutatore, contatto mediato dalle parti sociali, ma non si può dire che i contratti non abbiano previsto la valutazione del personale.

Sfortunatamente e peraltro inspiegabilmente l'ultimo intervento legislativo s'indirizza verso una valutazione del pubblico impiego, basato su un criterio squisitamente economico aziendalistico, facendo passare in secondo piano l'elemento giuridico.

Gli obiettivi della riforma sono chiari nell'enunciato generale, ma vaghi per quanto riguarda il contenuto. Il 9 gennaio 2009, il Senato ha approvato il ddl n. 847, recante *Delega al Governo finalizzata alla ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti*. La delega è divenuta legge 4 marzo 2009, n. 15. È sufficiente leggere il titolo della delega per comprendere come la pubblica amministrazione dal legislatore vorrebbe essere trattata in tutto al pari di un'azienda, ma le ambiguità e le contraddizioni sono numerose. La prima e più delicata questione è contenuta nell'art. 1, il quale sancisce: «Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge». È evidente la differenza rispetto al vigente secondo periodo del comma 2 dell'art. 2, d.lgs. n. 165/2001, aggiunto dall'art. 176, d.lgs. n. 196/2003: «Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale». È stato affermato che la nuova normativa abbia sostanzialmente restaurato la supremazia della legge sul contratto, del legislatore sulle parti sociali, degli atti amministrativi sugli strumenti negoziali (A. MONTEMARANO, *Pubblico impiego: in Gazzetta la riforma Brunetta*, in *GLav*, 2009, n. 12).

In realtà la normativa introduce un sistema ibrido di fonti del diritto, un modello cioè contrattuale su autorizzazione del legislatore. Il contratto rimane, ma non è più uno strumento esclusivo di regolazione del rapporto di lavoro, né lo è la legge, come è proprio dei sistemi amministrativi pubblici. La legge legittima i contratti di lavoro, non limitatamente in ambiti intorno ai quali ciò sarebbe ragionevole (piante organiche, ecc.), ma su qualsiasi materia che il legislatore ritiene necessario. In un certo senso, non avendo stabilito le materie di competenza della legge, l'autonomia delle parti sociali non è più una libertà riconosciuta dallo Stato, ma concessa. Naturalmente tutto ciò solleva problematiche costituzionali di non poco momento.

Il rapporto di lavoro delle pubbliche amministrazioni non è più né privato né pubblico (sui problemi e sulle prospettive di riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni si veda F. VERBARO, *Le disposizioni in materia di organizzazione e lavoro riguardanti le pubbliche amministrazioni: la "riforma Brunetta"*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 679-694).

Tuttavia, l'aspetto, più delicato è proprio nel sistema di valutazione, che tocca precise posizioni soggettive, in quanto si prevedono riduzioni di stipendio, anche di grande entità. Non solo, ma la valutazione inciderà anche sulla carriera e sull'esito dei concorsi (art. 5, comma 2, lett. *b*, della legge delega citata). Se pertanto non sarà imparziale, anche i concorsi pubblici non lo saranno (in alcuni enunciati della legge delega pare che la vera *ratio* della riforma sia dimostrare che i poco produttivi esistono).

Il legislatore considera la pubblica amministrazione come uno strumento, un mero oggetto, che deve comportarsi non secondo legge, ma secondo obiettivi rigidi. Il dipendente non partecipa al sistema e non sono previsti adeguati sistemi di difesa. Se raggiunge l'obiettivo ottiene una maggiore retribuzione, se non lo raggiunge, indipendentemente dalle ragioni che hanno determinato ciò, viene sanzionato. In nome del principio di trasparenza i nominativi dei lavoratori poco produttivi potrebbero essere pubblicati su giornali e siti web, senza nessuna tutela di difesa o di differenziazione (si ritiene che questo strumento di gestione possa indurre comportamenti virtuosi. Il rischio, a parere di chi scrive, è che un simile atteggiamento possa solo aumentare il malessere organizzativo).

La sanzione è il vero obiettivo della riforma, perché si ritiene che la responsabilità delle inefficienze pubbliche è riconducibile senza il beneficio del dubbio al dipendente, indipendentemente dai rapporti gerarchici e d'altra natura, in cui questi è inserito.

L'art. 4 della citata legge delega prevede che saranno predisposti, preventivamente, gli obiettivi che l'amministrazione si pone per ciascun anno e che sarà rilevata, in via consuntiva ed in concreto, la parte degli obiettivi effettivamente conseguita, anche con riferimento alle diverse sedi territoriali, assicurandone la pubblicità ai cittadini. Gli stessi cittadini potranno avere, con la organizzazione, confronti pubblici annuali in cui è prevista la partecipazione di associazioni di consumatori e utenti, organizzazioni sindacali, studiosi e organi di

informazione e la diffusione dei relativi contenuti mediante adeguate forme di pubblicità, anche in modalità telematica, sul funzionamento e sugli obiettivi di miglioramento di ciascuna amministrazione. Anche in questo caso tutti partecipano, meno i valutati.

A garanzia della oggettività del processo di valutazione si prevede un organismo centrale di valutazione con il compito di: a) indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di valutazione; b) garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione; c) assicurare la comparabilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale.

Tale organo informerà annualmente il Ministro per l'attuazione del programma di Governo sull'attività svolta. Sarà infine assicurata la totale accessibilità dei dati relativi ai servizi resi dalla pubblica amministrazione tramite la pubblicità e la trasparenza degli indicatori e delle valutazioni operate da ciascuna pubblica amministrazione. Anche in questo caso non è chiaro come verranno nominati i membri di questo organismo e quali rapporti avranno con l'Esecutivo.

L'art. 5 prevede che saranno introdotti nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni concreti strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa, secondo le modalità attuative stabilite dalla contrattazione collettiva, e che saranno stabilite percentuali minime di risorse da destinare al merito e alla produttività, previa misurazione secondo criteri oggettivi del contributo e del rendimento del singolo dipendente pubblico.

In questo caso il sistema di formazione degli obiettivi non è condiviso. Stando alla lettera della norma gli obiettivi, i criteri di valutazione e le prestazioni attese sono decise dai dirigenti e dalle parti politiche e comunicati al dipendente, il quale si deve adeguare. Le garanzie saranno peraltro bassissime, se la revisione è sotto il controllo dello stesso dirigente, che oltretutto ha anche la possibilità di condizionare il risultato finale.

È naturalmente necessario analizzare come sarà attuata in concreto la legge delega. Gli annunci e i dati normativi suindicati non inducono all'ottimismo. L'approvazione del decreto di attuazione del 9 ottobre 2009 conferma l'*humus* preconcepito, in seno a cui è nato l'intervento normativo. La riforma creerà un'organizzazione amministrativa rigida, gerarchica, impermeabile ai bisogni reali degli uffici. Si crede che il paradigma economico possa risolvere i difetti del precedente modello giuridico di pubblica amministrazione, perché l'interpretazione giuridica è considerata un inutile intralcio al raggiungimento degli obiettivi. Nelle organizzazioni, soprattutto pubbliche, invece, è necessario regolare prima di tutto con strumenti giuridici l'elemento umano. La contrattazione, la partecipazione, un sapiente controllo dei superiori, persino la razionalizzazione giuridica di un mancato raggiungimento degli obiettivi, renderanno possibile una pubblica amministrazione migliore (R. REMOTTI, *Cultura, Territorio, Cittadinanza: un modello di organizzazione ecologica per la*

fruizione dei beni culturali, Atti del V Convegno internazionale sui beni culturali e territoriali, Fano, 4-6 settembre 2009, in corso di pubblicazione).

Renzo Remotti
Direttore – Archivio di Stato di Asti

2. Lavoro pubblico (segue)

2.2. Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri 18 dicembre 2009, n. 206 (in *Boll. Adapt*, 2010, n. 2).

Esclusione dei malati sottoposti a terapia salvavita dalle fasce di reperibilità nel lavoro pubblico

Sommario: **1.** Il contesto di riferimento. – **2.** Aspetti problematici dell'art. 71 del d.l. 112/2008. – **3.** Le tappe che hanno portato al decreto n. 206/2009. – **4.** Conclusioni. – **5.** Bibliografia essenziale.

1. Tra le misure introdotte negli ultimi venti mesi per promuovere l'efficienza ed il risparmio nella Pubblica Amministrazione, quelle sulle assenze dei dipendenti hanno senza dubbio avuto più diffuso richiamo mediatico. Poche volte, però, l'attenzione è stata rivolta allo stato di disagio in cui sono venute a trovarsi le persone maggiormente interessate da tali modifiche, ovvero quelle il cui stato di salute è davvero precario. In effetti c'è ancora poca attenzione sulle ripercussioni che alcune patologie, fra cui quelle oncologiche, hanno sull'attività lavorativa di chi ne è colpito e di come sia difficile conciliare i tempi per la cura ed i tempi di lavoro. Le terapie necessarie per tali malattie obbligano il malato a lunghi periodi di assenze lavorative, con l'evidente rischio del superamento del periodo di comporto ed il conseguente licenziamento. Anche nel caso di rientro al lavoro, si è spesso costretti a subire un demansionamento, causato dalla mutata capacità lavorativa o, ancor peggio, dall'atteggiamento pregiudiziale del datore di lavoro. Non di secondaria importanza, poi, sono i risvolti economici della malattia: ai costi direttamente collegati alle cure, possono aggiungersi quelli derivanti dalla riduzione della retribuzione, per le sopra citate motivazioni. Lo stato di depressione che allora coglie queste persone, già come conseguenza della malattia, viene così acuito dalle difficoltà collegate all'ambiente lavorativo rallentando la completa guarigione del malato.

2. Costituiscono concreto esempio delle considerazioni sin qui svolte le innovazioni introdotte dall'art. 71 del d.l. n. 112/2008 (convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, e poi modificato dalla l. 3 agosto 2009, n. 78). L'articolo fissa il trattamento economico spettante al dipendente in caso di assenza per malattia

(comma 1), definisce le modalità per la presentazione della certificazione medica a giustificazione dell'assenza (comma 2) e i controlli che le amministrazioni debbono disporre per accertare l'effettivo stato di malattia (comma 3). La normativa, non derogabile da contratti o accordi collettivi, si applica a tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, a prescindere dalla patologia da cui sono affetti. Essa fissa l'obbligo, per l'Amministrazione, tenuto conto delle esigenze organizzative e funzionali, di procedere agli accertamenti fiscali anche per un solo giorno di assenza del dipendente. Questi deve comunicare, entro le ore 9.00 del primo giorno di malattia, alla propria sede l'assenza e la sua durata, precisando se si tratti di ricovero o day hospital, ovvero di riposo domiciliare, segnalando, nel contempo, la dimora durante la convalescenza e le eventuali variazioni. Laddove l'assenza si protragga per un periodo superiore a 10 giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, è richiesta la certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica. Vengono poi fissate le fasce orarie in cui vige l'obbligo di reperibilità al domicilio segnalato (inizialmente dalle ore 8.00 alle ore 13.00 e dalle ore 14.00 alle ore 20.00, poi a seguito del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, conv. in l. n. 102/2009, dalle ore 10.00 alle ore 12.00 e dalle ore 17.00 alle ore 19.00), per tutti i giorni della settimana, salvo la necessità – previamente comunicata all'Amministrazione – per il dipendente di allontanarsi dal proprio domicilio per visite o terapie mediche.

Il mancato rispetto di tali procedure comporta la sospensione dell'intero trattamento economico spettante al dipendente, fino a 10 giorni.

Laddove invece tali obblighi vengano rispettati, «nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento economico accessorio», con la sola eccezione di eventuali trattamenti più favorevoli previsti dalla contrattazione collettiva o da specifiche normative di settore per le assenze dovute ad infortuni sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital o a terapie salvavita.

Le assenze dal servizio, inoltre, non sono equiparate alla presenza ai fini della distribuzione delle risorse del fondo per la contrattazione integrativa, ad eccezione di quelle per congedo di maternità e paternità obbligatori, decesso o grave infermità ai sensi dell'art. 4, comma 1, l. n. 53/2000, testimonianza, funzione di giudice popolare, donazione di sangue e midollo osseo e, per i soli dipendenti portatori di handicap grave, per le ipotesi di cui all'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992.

Introdotta come strumento per combattere l'assenteismo poco giustificato, la norma ha di fatto penalizzato maggiormente le persone affette dalle patologie più gravi, creando difficoltà innanzitutto dal punto di vista economico e poi complicando la gestione della malattia. Il lungo periodo di reperibilità, infatti, applicato indiscriminatamente costringe alla permanenza in casa persone la cui patologia e le cui cure sono di fatto incompatibili con la presenza presso il

proprio domicilio per l'intero arco della giornata. Basti pensare ai cicli di chemioterapia e radioterapia dei pazienti oncologici, alla dialisi dei malati di patologie renali, nonché ai disturbi di ansia e di depressione sia del malato psichiatrico che di quello oncologico, per i quali il rimanere obbligatoriamente in casa rischia, paradossalmente, di trasformarsi in un meccanismo che aggrava la patologia.

Incisiva, nell'evidenziare tali aspetti, è stata l'opera di informazione condotta dalle categorie più vicine a queste realtà, quali le associazioni a tutela e sostegno dei portatori di gravi patologie. Esse hanno sottolineato l'esigenza di diversificare gli interventi volti a ridurre l'assenteismo nel pubblico impiego, in considerazione di due aspetti fondamentali: da una parte la tutela del diritto alla salute, quale diritto primario che ogni datore di lavoro è tenuto a garantire, dall'altro il rispetto della parità di trattamento sostanziale che deve tener conto delle differenze esistenti tra i pazienti al fine di poter garantire un'effettiva equità e fugare ogni tipo di discriminazione.

3. Lo stesso Dipartimento della Funzione Pubblica ha preso atto, come poi sottolineato nella circ. 17 luglio 2008, n. 7, che alcune assenze «in ragione della causale – non possono tradursi in una penalizzazione per il dipendente» e che quindi necessitano di una disciplina particolare. È questa la *ratio* ispiratrice della circ. Funzione Pubblica 8 settembre 2008, n. 8, che demanda all'Amministrazione la scelta di disporre o meno la visita fiscale nel caso delle assenze per visite specialistiche, terapie e accertamenti diagnostici, strettamente legate ad uno stato patologico in atto, ovvero sua diretta conseguenza.

A fronte di queste parziali e poco incisive modifiche, le associazioni che operano a favore dei malati oncologici (in particolare la F.A.V.O., Federazione italiana delle Associazioni di Volontariato in Oncologia) si sono fatte portatrici verso il Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione delle istanze dei lavoratori pubblici costretti a confrontarsi con il cancro, sollecitando la riforma di alcuni istituti, tra cui le visite fiscali.

Il confronto con le associazioni porta all'emanazione della circ. Funzione Pubblica 30 aprile 2009, n. 1. Essa sottolinea la *ratio* dell'art. 71, d.l. n. 112/2008: rendere più efficaci i controlli, disincentivando il fenomeno delle frequenti assenze non giustificate dalla presenza di patologie che non consentano lo svolgimento delle proprie incombenze lavorative. Al contempo, si precisa che è interesse del legislatore e della pubblica amministrazione favorire il recupero ed il reinserimento dei lavoratori colpiti da malattie, specie se gravi, riducendo al minimo la necessità di rimanere fuori dal ciclo produttivo durante il periodo di cura della patologia (ricorrendo, come nel caso dei malati oncologici, agli strumenti di flessibilità contrattuale già previsti dalla normativa e la cui fruizione non deve essere ostacolata da parte del datore di lavoro).

Recependo le istanze avanzate dalle Associazioni citate, poi, la circolare fornisce indicazioni circa le modalità di espletamento del controllo dell'assenza per malattia per sottoposizione a cicli di cure oncologiche. Viene stabilito che, laddove il singolo episodio di malattia si inserisca in un unico ciclo di tratta-

mento per la cura della patologia grave – inizialmente accertata dalla Amministrazione o risultante da certificazione di una struttura pubblica ospedaliera, Asl o struttura convenzionata – e prescritto dai medesimi soggetti sopra richiamati, l'Amministrazione possa valutare l'opportunità di procedere o meno alla richiesta di visita fiscale, disponendola solo se sussistano effettive necessità di verifica (come, ad esempio, nel caso in cui sia la patologia, sia i trattamenti prescritti per la cura della medesima vengano modificati da prescrizioni mediche successive).

Il testo della circolare ha suscitato molte polemiche, tanto da indurre alla proposizione di una interpellanza urgente alla Camera dei Deputati. Nella discussione che ne è seguita, tenutasi nella seduta 25 giugno 2009, n. 193, è stato sottolineato che la discrezionalità demandata all'Amministrazione circa l'opportunità dell'accertamento domiciliare creerebbe un "clima di sospetto" sulla veridicità della reale consistenza e gravità della patologia dichiarata (e certificata) dal dipendente (vedi interpellanza n. 2-00404). Si è anche evidenziato che restano insoluti aspetti nodali, come quello economico e quello di conciliazione dei tempi di cura e dei tempi di lavoro. Una soluzione auspicabile sarebbe, allora, l'emanazione di direttive specifiche per i lavoratori colpiti da patologie gravi, come quelle oncologiche, renali, o psichiche, riconoscendo, a tal fine, al medico della struttura pubblica che ha in carico il paziente «la responsabilità di definire, insieme all'ammalato, quel percorso di cura di cui il lavoro è parte integrante, e [...] di modularlo secondo un principio di responsabilità e di lealtà verso il paziente e verso l'istituzione».

Le istanze avanzate sono state effettivamente considerate dal Governo e, come preannunciato con la circ. Funzione Pubblica 11 novembre 2009, n. 7, il Ministro per la pubblica amministrazione ha adottato il d.P.C.M. n. 206/2009, emesso in data 18 dicembre 2009 (in *GU*, 20 gennaio 2010, n. 15) con il quale vengono nuovamente ampliate le fasce orarie di reperibilità (dalle 9.00 alle 13.00 e dalle 15.00 alle 18.00) ed «introdotte deroghe all'obbligo di reperibilità in considerazione di specifiche situazioni anche in relazione a stati patologici particolari».

Il decreto esclude dall'obbligo di rispettare le fasce di reperibilità i dipendenti per i quali l'assenza è etiologicamente riconducibile ad una delle seguenti circostanze: a) patologie gravi che richiedono terapie salvavita; b) infortuni sul lavoro; c) malattie per le quali è stata riconosciuta la causa di servizio; d) stati patologici sottesi o connessi alla situazione di invalidità riconosciuta. Sono altresì esclusi, i dipendenti nei confronti dei quali è stata già effettuata la visita fiscale per il periodo di prognosi indicato nel certificato.

4. Il decreto n. 206/2009 ha il lodevole merito di aver tenuto conto delle numerose richieste espresse nel corso dell'ultimo anno e porta senza dubbio al conseguimento di importanti obiettivi. Esso consente ai malati di poter ricorrere alle cure necessarie senza l'onere delle ripetute segnalazioni sulle terapie effettuate e permette agli operatori che si occupano dei controlli un notevole risparmio in termini di risorse umane ed economiche. Le persone facenti parte

delle categorie esonerate dall'obbligo di reperibilità, infatti, sono già state soggette a verifiche da parte delle AUSL e degli enti previdenziali, per cui un ulteriore accertamento, da parte delle stesse strutture pubbliche, non può che costituire un costo ingiustificato.

Ciò nonostante, restano ancora delle problematiche irrisolte, che il decreto non affronta, né può affrontare, per questioni di competenza.

Il decreto in esame, infatti, si inserisce nel contesto delle riforme attuate dal d.lgs. n. 150/2009 il quale, con l'art. 69, ha inserito, nel d.lgs. n. 165/2001, l'art. 55-*septies* (*Controlli sulle assenze*). Il comma 5 dell'articolo stabilisce che «l'Amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo, sono stabilite con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione».

Dall'interpretazione letterale della norma, si evince innanzitutto che resta prerogativa dell'Amministrazione "disporre il controllo" per verificare la sussistenza della malattia: in questo senso il d.lgs. n. 206/2009 afferma che le categorie indicate «sono escluse dall'obbligo di rispettare le fasce di reperibilità», non che nei loro confronti siano escluse le visite domiciliari come stabilito dal d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008. In secondo luogo, sembrerebbe che il decreto ministeriale possa disporre solo in ordine agli "orari" in cui vige l'obbligo di reperibilità, non in ordine alle "categorie" tenute al rispetto di tale obbligo. Se così fosse, le deroghe introdotte dal decreto potrebbero essere ritenute ingiustificate o prestarsi a critiche di illegittimità per violazione dell'art. 3 Cost., dando luogo ad applicazioni non sempre uniformi.

C'è da chiedersi, allora, se lo strumento normativo adottato sia il più idoneo a disciplinare la materia o se sarebbe meglio adottare i correttivi già individuati dalla proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati il 1° aprile 2009. In essa viene richiesto l'inserimento, dopo il comma 3 dell'art. 71 del d.l. n. 112/2008, del comma 3-*bis* nel quale si precisi che «le disposizioni del comma 3 non si applicano nei casi di assenza dal lavoro per malattie, certificate da strutture sanitarie pubbliche, di natura oncologica e di natura psichiatrica, in particolar modo per nevrosi d'ansia e per depressione, nonché per malattie renali croniche che necessitano del trattamento della dialisi».

Ciò che sarebbe auspicabile è proprio la revisione del testo legislativo che ha originato la discussione fin qui condotta, introducendo non una deroga alle fasce orarie di reperibilità, con tutti i dubbi che ciò comporta, ma piuttosto disciplinando apposite procedure di controllo per le patologie più gravi e per quelle malattie già oggetto di verifica e relativa certificazione da parte delle strutture pubbliche. Solo in questo modo si potrebbe evitare di far ricadere sui pazienti, soprattutto su quelli la cui condizione di salute è più complicata, le disfunzioni legate ad un sistema di controlli poco efficace. In questo modo si agevolerebbe l'ammalato nella possibilità di conciliare i tempi di cura ed i

tempi di lavoro, e si permetterebbe allo Stato di ottimizzare le risorse economiche e umane, risparmiando i costi ed i tempi dei controlli domiciliari.

5. Sulla più recente disciplina relativa al pubblico impiego, vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, con particolare riferimento all'intervento di A. BABUDRI, *Assenze per malattia e permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, 563-575.

Sulla malattia e sul comportamento cui sono tenuti il datore di lavoro e il lavoratore durante le assenze di quest'ultimo, vedi M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2002, nonché, per una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale sulla tematica, R. SCORCELLI, *Sulla rilevanza dei comportamenti del lavoratore durante l'assenza per malattia* (nota a Cass. 21 aprile 2009, n. 9474), in *D&L*, aprile-giugno 2009, n. 2, 448-452.

Sulla condizione lavorativa e sulle tutele giuridiche dei lavoratori affetti da disabilità e gravi patologie, vedi R. RUBINO, I. SPANÒ, C. TODESCHINI (a cura di), *I diritti del lavoratore affetto da patologie oncologiche*, Dossier Adapt, 2008, n. 3, nonché A. SERVIDORI, M. BETTONI (a cura di), *L'ipotesi di un codice etico per promuovere nuove misure a tutela dei lavoratori affetti da patologie oncologiche*, Dossier Adapt, 2008, n. 10.

Rosa Rubino

*Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

3. Mercato del lavoro

3.1. Legge regionale Campania 18 novembre 2009, n. 14 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 37).

La legge regionale campana per la qualità del lavoro

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Gli attori della legge ed il sistema dei tre assi di intervento. – **3.** I servizi all'impiego e il sistema informativo regionale. – **4.** Norme per favorire l'ingresso nel mercato del lavoro di soggetti svantaggiati. – **5.** La sicurezza sul lavoro nelle norme regionali. – **6.** Formazione e orientamento: i tirocini, i profili formativi del contratto di apprendistato ed i voucher formativi. – **7.** Conclusioni.

1. Dopo anni di gestazione finalmente è stato varato il Testo Unico in materia di lavoro e formazione professionale per la promozione della qualità del lavoro in Campania (in epigrafe; il disegno di legge della legge regionale in esame era stato approvato dalla Giunta regionale il 15 settembre 2006, ma è rimasto

fermo in sede di valutazione da parte del Consiglio regionale. Per un approfondimento si rinvia ai numerosi contributi contenuti in L. ZOPPOLI (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro – Studi preparatori*, Quaderni ARLAV – Regione Campania, Napoli, 2007).

La l.r. n. 14/2009 rientra in un modello di normativa promozionale e si presenta come una organica ed esaustiva raccolta di norme sul lavoro, secondo le competenze legislative affidate alla Regione da parte della Costituzione e agli indirizzi comunitari in materia di occupazione (per una panoramica sulla tematica della ripartizione di competenze legislative ai sensi dell'art. 117 Cost., si rinvia ai saggi: F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, n. 1, 17; M. PALLINI, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in *RGL*, 2002, n. 1, 21; R. PESSI, *Il diritto del lavoro tra Stato e Regioni*, in *ADL*, 2002, n. 1, 75; R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, in F. GALGANO (diretto da), *Le monografie di Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 2005, n. 96).

Si fa, infatti, un uso consapevole della ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni. Nello spirito della legge si dà ampio spazio alla valorizzazione del federalismo interno attraverso le deleghe alle Province, pur restando alla Regione la funzione di cabina di regia. Inoltre, viene perseguita un'efficiente ricerca di sussidiarietà con gli Enti locali minori.

Non è un caso, infatti, che questa legge sia il frutto anche di concertazione con le parti sociali (intesa dell'8 settembre 2006) e di dialogo con il mondo dell'Università (L. ZOPPOLI, *Introduzione*, intervento tenuto al convegno *Occupare conviene. Il nuovo testo unico sulla qualità del lavoro e della formazione professionale*, Napoli, 17 dicembre 2009).

Studiosi ed esperti la considerano “legge illuministica” nel panorama di legislazione regionale in materia di occupazione e formazione professionale (la definizione appartiene a M. NAPOLI, nell'ambito dell'intervento al convegno *Occupare conviene*, cit.).

Prima di analizzare le singole tematiche regolate dalla legge, meritano di essere evidenziati alcuni aspetti su cui è costruito l'intero impianto della legge stessa. Denota interesse, nella prospettiva di tecniche regolative regionali delle materie del lavoro, il sistema degli incentivi alle imprese.

La Regione mette, infatti, al servizio dei cittadini e delle imprese un singolare sistema di incentivazione, ispirato ai criteri di *selettività, rigore e trasparenza*. In via di principio la legge adotta dei parametri di “Qualità del Lavoro” (QdL) in relazione ai quali sono erogati finanziamenti e vantaggi alle imprese operanti nel territorio (a titolo di esempio sono indicatori della QdL: la stabilizzazione del rapporto di lavoro, la crescita dimensionale dell'impresa, l'adozione di misure promozionali per la sicurezza sul lavoro, l'organizzazione di formazione professionale).

Il meccanismo prevede che per erogare benefici economici la Regione darà più peso ad un indicatore piuttosto che ad un altro a seconda dell'obiettivo perseguito di volta in volta dalla singola politica del lavoro.

Questo sistema di QdL è fondato su tre assi. Nel primo asse rientrano quelle imprese che hanno già raggiunto un'alta qualità del lavoro. Nel secondo asse sono comprese le imprese che intendano migliorare la qualità del lavoro (trasformazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, congruenza tra mansioni svolte e titolo professionale o di studio, investimenti per la sicurezza sul lavoro ecc.). Il terzo asse, invece, riguarda le imprese che si impegnano all'emersione ed alla regolarizzazione del lavoro.

Sulla base di tale scala di valore, sono erogati i finanziamenti pubblici regionali.

Nelle successive parti della presente nota verranno esaminati i singoli ambiti tematici a cui la legge offre spazio e regolamentazione; si consideri, tuttavia, che l'ampio ventaglio di strumenti ed istituti predisposti dalla legge sarà oggetto di concreta attuazione da parte della normativa regolamentare a breve adottata *ex art.* 54 della legge.

2. La Regione Campania, come altre Regioni, si è dotata di un sistema programmatico articolato, attorno a cui ruotano i differenti attori, *in primis* Regione e Province.

La Regione esercita le funzioni di programmazione, di indirizzo, di sviluppo e di coordinamento, individuando gli strumenti idonei al perseguimento delle finalità della legge, nonché le funzioni di monitoraggio, di controllo e di valutazione della gestione amministrativa.

Contribuiscono allo svolgimento di tali funzioni, secondo le competenze rispettivamente attribuite, la Conferenza regionale, nonché l'ARLAS (Agenzia regionale della Campania per il lavoro e la scuola).

La Provincia esercita, invece, le funzioni di gestione amministrativa, nei limiti fissati dalla legge.

La Provincia concorre, inoltre, alla programmazione regionale, limitatamente agli interventi relativi all'ambito territoriale di competenza, avvalendosi, a tal fine, della Commissione provinciale per il lavoro di cui all'art. 15 (art. 3, comma 2).

La legge, dunque, affida l'elaborazione delle politiche attinenti alle materie del lavoro e della formazione a documenti programmatici che devono tener conto degli orientamenti e delle raccomandazioni delle istituzioni europee, delle priorità trasversali relative alle pari opportunità, allo sviluppo locale, alla società dell'informazione, all'ambiente e al consolidamento e sviluppo delle piccole e medie imprese nonché ad altri eventuali temi e settori d'intervento individuati e promossi a livello comunitario.

La Regione ha il compito di stilare il *Documento regionale di programmazione triennale dell'intervento pubblico sul mercato del lavoro* (Documento triennale), approvato ogni tre anni da parte del Consiglio regionale, attraverso

cui definisce le linee di programmazione e gli indirizzi per le politiche del lavoro e della formazione.

In questo vengono individuati i criteri, gli obiettivi e le linee di intervento e di incentivo di cui al Regolamento di attuazione della legge.

La Giunta regionale, in attuazione del Documento triennale, sentita la Commissione regionale per il lavoro, adotta poi annualmente il *Programma per le politiche del lavoro e della formazione professionale* (Programma annuale) secondo i criteri previsti dal Regolamento di attuazione.

Ciascuna Provincia, sulla base delle proposte formulate dalla Commissione provinciale per il lavoro, adotta, nel rispetto del Documento triennale, un *Piano provinciale per le politiche del lavoro* relativo allo sviluppo del sistema dei servizi per l'impiego, delle politiche attive del lavoro e della formazione professionale, i cui contenuti sono individuati nel Regolamento di attuazione.

Tra i soggetti attori di rilievo nell'ambito del sistema offerto dalla Regione alle politiche del lavoro deve essere menzionata l'ARLAS; tale agenzia svolge l'attività istruttoria, l'analisi e gli studi necessari per l'elaborazione del Documento triennale e del Programma annuale e fornisce assistenza tecnica alla Conferenza regionale e alla Commissione regionale per il lavoro per lo svolgimento dei compiti loro attribuiti dalla presente legge; svolge, altresì, le attività di Osservatorio regionale sul mercato del lavoro e numerose attività in materia di servizi per l'impiego. Nell'ambito di tale agenzia, rispetto a quanto previsto prima dell'emanazione della legge in esame, è stata inserita una componente dedicata alla scuola, in un'ottica di avvicinamento del mondo del lavoro anche ai percorsi dell'istruzione e della formazione.

Come accennato nell'introduzione, uno dei criteri fondanti la legge prevede che le imprese campane siano certificate e classificate secondo il sistema di Alta Qualità del Lavoro (AQL), definito in sede di elaborazione del Documento triennale e del Programma annuale.

Sulla base dell'indice AQL, la certificazione attesta la conformità del sistema organizzativo-gestionale delle imprese a parametri di stabilità e durata del lavoro, sicurezza nei luoghi di lavoro, valorizzazione professionale dei lavoratori, promozione di un modello partecipativo di relazioni sindacali. Si badi che la certificazione è necessaria per l'accesso ai finanziamenti regionali.

Il sistema di certificazione prevede, inoltre, un meccanismo sanzionatorio secondo cui la certificazione stessa è revocata quando l'impresa che ha avuto accesso agli incentivi non abbia realizzato le azioni positive previste.

La legge campana sul lavoro prevede, dunque, tre assi di intervento di un unico Fondo per la Qualità del Lavoro (FQL) per il finanziamento di attività positive; a ciascun asse corrisponde un "tipo" di impresa, a seconda del livello qualitativo del lavoro da essa approntato.

Come già visto, al I asse di intervento accedono le imprese in possesso del certificato AQL che si impegnano a mantenere i livelli già certificati.

Accedono, invece, al II asse di intervento le imprese in possesso del certificato AQL, che si impegnano a migliorare ulteriormente la qualità del lavoro se-

condo gli indici AQL, quali, ad esempio, il superamento di determinati livelli dimensionali delle aziende, la trasformazione di contratti di lavoro atipici in contratti di lavoro tipici, l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori a corsi di formazione professionale, la promozione di investimenti finalizzati al miglioramento degli standard minimi in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro ecc.

Fanno poi parte del III asse di intervento gli stanziamenti rivolti alle imprese che si impegnano a far emergere il lavoro sommerso e favorire l'occupazione regolare privilegiando il metodo del coinvolgimento delle parti sociali e della cooperazione tra i soggetti istituzionali.

3. In un così ampio spettro di strumenti ed istituti riconosciuti dalla Regione non poteva di certo mancare la previsione di un sistema integrato di servizi all'impiego, a cornice del quale sono inoltre previsti sistemi di accreditamento e di autorizzazione regionali, strumenti essenziali per far sì che anche soggetti di natura privata possano supportare le attività promozionali al lavoro di qualità.

Infatti, le attività di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale sono svolte, sul territorio regionale, dai soggetti *autorizzati*. La Regione conferisce l'accreditamento regionale a soggetti pubblici o privati aventi o meno scopo di lucro che possiedono i requisiti previsti nel Regolamento di attuazione.

Così, il sistema regionale integrato dei servizi per l'impiego «è costituito dai soggetti, pubblici e privati, che svolgono un'attività di gestione ed erogazione dei servizi al lavoro» (art. 17).

Le funzioni di gestione amministrativa del sistema regionale sono, invece, attribuite alle Province.

La Regione realizza e gestisce, tramite l'ARLAS, un altro importante strumento di raccordo informativo: il Sistema informativo regionale del lavoro (SIRL), che costituisce il nodo regionale della Borsa continua nazionale del lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003.

Il SIRL raccoglie le informazioni relative alla domanda e offerta di lavoro in possesso dei Centri per l'impiego e degli altri soggetti, pubblici e privati, autorizzati o accreditati, e permette la libera consultazione del sistema regionale dei servizi per l'impiego, ne assicura l'omogeneità e ne garantisce la diffusione, nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali.

4. La l.r. n. 14/2009 contiene numerose norme tese all'inserimento nel mercato del lavoro di donne ed immigrati, così come di lavoratori disabili.

La Regione promuove l'occupazione e la partecipazione delle donne al mercato del lavoro attraverso azioni di sostegno e di diffusione di buone pratiche e lo sviluppo delle pari opportunità.

Una particolare attenzione è dedicata al lavoro delle persone diversamente abili; si riconosce, innanzitutto, la promozione dell'inserimento lavorativo delle stesse in ogni sua forma: subordinata, autonoma ed auto imprenditoriale.

È istituito, poi, ai sensi dell'art. 14, comma 1, della l. n. 68/1999, un Fondo specifico regionale per l'occupazione dei disabili.

La Regione promuove, inoltre, iniziative di formazione, tirocinio, orientamento, transizione al lavoro e riqualificazione che possono prevedere percorsi di recupero scolastico.

La realizzazione di simili interventi è improntata al rispetto di principi quali: il coinvolgimento e la partecipazione delle famiglie dei destinatari e delle organizzazioni di rappresentanza delle persone diversamente abili; l'integrazione e la collaborazione fra i servizi competenti, anche educativi e formativi, per favorire l'inserimento professionale e l'occupazione delle persone diversamente abili; il sostegno allo sviluppo delle attitudini e delle capacità professionali delle persone diversamente abili; la personalizzazione delle attività di formazione e verifica dell'efficacia di esse in ragione delle peculiarità concernenti l'inserimento al lavoro delle persone diversamente abili; ed, infine, la cooperazione fra soggetti pubblici e privati nella realizzazione degli interventi e valorizzazione della funzione delle cooperative sociali.

La Regione, inoltre, promuove ed incentiva progetti di formazione negoziati con le parti sociali per l'aggiornamento, la riqualificazione o la riconversione delle competenze di tutti i lavoratori in condizione di svantaggio occupazionale.

La legge prevede che la Regione Campania, a valere sul FQL e nel rispetto dei criteri e delle priorità individuate nel Programma annuale, concede incentivi alle imprese, associazioni, fondazioni e soggetti esercenti le libere professioni in forma individuale o associata, che assumano soggetti in condizione di svantaggio occupazionale con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche parziale.

La Regione, d'intesa con le parti sociali, sostiene l'accesso al credito di lavoratori non impiegati con un contratto di lavoro a tempo indeterminato o di lavoratori, anche autonomi, che si trovano in particolari situazioni di difficoltà individuate con apposito atto di indirizzo.

5. La materia della sicurezza sul lavoro è adeguatamente trattata a livello regionale e le norme sono ben intersecate con il d.lgs. n. 81/2008 e successive integrazioni e modificazioni. Ricordiamo, infatti, che di recente la materia prevenzionistica è stata assemblata, razionalizzata ed integrata in questo Testo Unico normativo appena citato, ma la Costituzione deputa comunque le Regioni quali soggetti legittimati a legiferare sulla scorta dei principi statuiti dal legislatore nazionale.

È, dunque, istituito a livello regionale il Comitato di coordinamento per la sicurezza come richiesto dal d.lgs. n. 81/2008.

L'interesse verso tale tematica da parte della Regione si spinge poi sino al punto di prevedere lo stanziamento di contributi finanziari alle imprese per interventi diretti al miglioramento dei livelli di sicurezza del lavoro e della qualità degli ambienti di lavoro, attingendo dalla fonte del FQL.

Oltre a ciò, la Regione promuove un sistema coordinato di vigilanza e controllo sulla regolarità e sicurezza del lavoro per potenziare e coordinare le attività di tutti i soggetti e gli organi competenti in materia, affiancandosi, dunque, ai sistemi canonici di vigilanza ed ispezione di natura ministeriale.

Particolare rilievo, inoltre, è dato agli istituti dell'informazione e della formazione, poiché ad essi è dedicata l'istituzione di un fondo *ad hoc*, il Fondo regionale per l'informazione e la formazione sulla sicurezza sul lavoro, per assicurare la massima efficacia al sistema della prevenzione e dei controlli attraverso campagne di informazione e formazione del personale impegnato nella vigilanza e nel controllo, e a qualsiasi titolo partecipe dei meccanismi di sicurezza.

6. La legge individua nella Regione la figura di coordinamento in materia di formazione professionale attraverso gli strumenti di programmazione e controllo regionale e l'erogazione di servizi di supporto.

La legge prevede che la Regione sia promotrice, infatti, dell'inserimento o del reinserimento al lavoro di persone temporaneamente disoccupate o a rischio di disoccupazione mediante interventi formativi affiancati all'indennità di disoccupazione, di cassa integrazione o di mobilità.

È, altresì, prevista la promozione di iniziative formative finalizzate alla creazione e allo sviluppo d'impresa, soprattutto in ambiti produttivi interessati da innovazioni di processo o di prodotto.

Sono poi conferite alle Province le funzioni di programmazione, attuazione, gestione e monitoraggio del ciclo dell'orientamento e della formazione per garantire una maggior efficacia del sistema formativo regionale rispetto ai fabbisogni dello sviluppo del territorio.

Le Province svolgono gli interventi ed i servizi di orientamento nel settore educativo e professionale nell'ambito della rete regionale dei servizi per l'impiego, attraverso i Centri per l'impiego e le strutture territoriali, con il concorso dei soggetti pubblici e privati accreditati che attuano le politiche dell'educazione, dell'istruzione, della formazione e del lavoro.

Di particolare rilievo è la disposizione che demanda la costituzione di un sistema regionale di certificazione delle competenze. Il riconoscimento delle competenze potrà essere utilizzato, in ottemperanza alle disposizioni comunitarie e nel rispetto della disciplina legislativa e regolamentare, per conseguire un diploma, una qualifica professionale o altro titolo riconosciuto. A tal fine, la Regione promuove accordi con i soggetti del sistema formativo e con le parti sociali per la definizione di procedure per il riconoscimento, la certificazione e l'individuazione degli ambiti di utilizzazione delle diverse competenze nonché per il riconoscimento delle competenze acquisite nel mondo del lavoro, utilizzabili come crediti nei percorsi formativi.

Le certificazioni professionali rilasciate dalla Regione avranno valore legale nei casi in cui la legge o i contratti collettivi richiederanno il possesso della professionalità certificata.

Venendo ora al contratto di apprendistato, si può senza dubbio affermare che la Regione ha inteso darle particolare rilievo in tale testo normativo.

Come noto, infatti, sono le Regioni, a meno che la formazione non si svolga interamente all'interno delle imprese, a dover prevedere i profili inerenti la formazione, una volta esperita una fase concertativa con le parti sociali su base territoriale (art. 49, d.lgs. n. 276/2003).

Il legislatore regionale ha, così, provveduto nel testo normativo a regolamentare gli aspetti relativi alla formazione delle tre tipologie di apprendistato: il contratto di apprendistato legato ai percorsi scolastici del diritto-dovere di istruzione e formazione, il contratto di apprendistato professionalizzante, il contratto di apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione.

Degna di nota è la definizione di "formazione formale" data dal legislatore regionale, quale quella «finalizzata all'acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali», da realizzarsi in un «contesto formativo organizzato» che deve essere documentabile e verificabile; la formazione formale deve produrre esiti verificabili e certificabili, secondo le modalità stabilite dalla Giunta regionale, dai contratti collettivi o dagli enti bilaterali. Deve essere erogata, mediante una specifica progettazione, in un ambiente formativo adeguato, anche nel luogo di lavoro se svolta in un contesto distinto da quello predisposto per la produzione di beni o servizi ed effettuata con il supporto di figure professionali.

Il legislatore regionale specifica anche la funzione del "piano formativo individuale", documento facente parte integrante del contratto di lavoro. Questo definisce il percorso di formazione formale e le attività di affiancamento dell'apprendista nella formazione non formale, in relazione alle competenze possedute dall'apprendista stesso e in coerenza con i profili formativi determinati dalla Regione, dai contratti collettivi o dagli enti bilaterali. È la Giunta regionale a definire, ad ogni modo, i criteri e le modalità per la formulazione dei piani formativi individuali secondo le modalità previste nel Regolamento per la formazione professionale.

L'apprendista è affiancato durante l'intero percorso di formazione definito nel piano formativo individuale dal tutor aziendale, quale garante del percorso formativo per la formazione non formale in azienda, possessore delle caratteristiche previste nel Regolamento per la formazione professionale.

Si specifica, altresì, che nel rapporto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione, la formazione formale è svolta esclusivamente all'*esterno* dell'impresa.

In conformità dell'art. 117 Cost. e nell'ambito della legislazione nazionale, la Giunta regionale, d'intesa con le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale, definisce i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003, riguardanti l'attività di formazione, nel rispetto dei livelli

essenziali stabiliti a livello nazionale ed in coerenza con il sistema regionale delle qualifiche.

La Regione promuove l'utilizzo del contratto di apprendistato per la acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione, compresi i dottorati, di cui all'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003, per il miglioramento delle competenze nelle imprese e il riconoscimento dei titoli e dei crediti conseguiti dagli apprendisti.

La regolamentazione delle sperimentazioni di questo ultimo tipo di apprendistato ha ad oggetto la durata, le modalità, il contenuto della formazione formale ed i raccordi con la formazione non formale nonché le modalità per il riconoscimento dei crediti e dei titoli.

La Regione, inoltre, si investe di un ruolo determinante nell'ambito dell'istituto contrattuale formativo prevedendo che, nell'ambito delle risorse finanziarie stanziare annualmente con la legge di bilancio, sia concesso un *incentivo* economico ai datori di lavoro rientranti nel sistema AQL che, senza soluzione di continuità rispetto al periodo di apprendistato, assumono l'apprendista a tempo indeterminato.

Come di norma, la legge regionale si occupa poi dell'istituto del tirocinio formativo e di orientamento, materia assegnata alla competenza regionale in via esclusiva *ex art.* 117 Cost. Il ricorso all'istituto presuppone una convenzione fra il datore di lavoro ed i soggetti promotori contenente le regole e gli obblighi dei soggetti interessati nonché i percorsi di formazione ed inserimento. I tirocini sono attuati sulla base di uno specifico progetto formativo sottoscritto dal tirocinante e dal datore di lavoro ospitante e non configurano rapporti di lavoro subordinati.

L'art. 52 aggiunge che la Regione promuove l'inserimento o il reinserimento al lavoro di persone temporaneamente disoccupate o a rischio di disoccupazione mediante interventi formativi in accompagnamento all'indennità di disoccupazione, di cassa integrazione o di mobilità. Gli interventi perseguono obiettivi di inclusione sociale e sono attuati secondo modalità formative rispondenti alle condizioni ed ai bisogni dei destinatari, nel rispetto delle procedure e delle condizioni previste nel Regolamento per la formazione professionale.

La Regione promuove, altresì, interventi formativi finalizzati alla creazione e allo sviluppo d'impresa soprattutto in ambiti produttivi interessati da innovazioni di processo o di prodotto. La legge regionale prevede, inoltre, nella programmazione per l'attribuzione delle risorse, il finanziamento di iniziative formative, che hanno come destinatari le piccole e medie imprese e i manager impegnati in settori di intervento della politica industriale regionale, nonché di iniziative proposte da consorzi di imprese nell'ambito di sistemi di distretto o di filiera finalizzate all'accrescimento della professionalità degli operatori.

Uno strumento altresì interessante è il voucher formativo, definito nella sua misura minima di 120 ore di formazione per chi sia alla ricerca di lavoro da 36 mesi. Con tale strumento il lavoratore è guidato dal Centro per l'impiego e

sostenuto nella scelta di esperienze lavorative e formative per uscire dallo stato di disoccupazione. Gli interventi formativi sono attuati secondo modalità rispondenti ai bisogni dei destinatari.

7. Come descritto, la legge della Regione Campania in materia di lavoro offre un ampio ventaglio di istituti e di strumenti tesi all'implementazione di un sistema del lavoro efficace ed efficiente.

La finalità perseguita dal legislatore è quella di offrire un vero e proprio codice regionale del lavoro (L. ZOPPOLI, *Introduzione*, cit.) al quale possono attingere tutti gli operatori del sistema regionale del lavoro in una Regione dove i livelli di disoccupazione segnano, da oramai sin troppo tempo, picchi vertiginosi.

Da parte di studiosi dei sistemi del lavoro regionali si è avuto modo di apprezzare questo intervento, definendo l'approccio della legge "interventista" e "maturo" alla disciplina del mercato del lavoro in un equilibrio istituzionale ed in una prospettiva unitaria di politiche del lavoro (M. NAPOLI, *op. cit.*).

In effetti, il legislatore regionale adotta un compiuto sistema programmatico, fornisce tutti gli strumenti normativi per far decollare lo strumento formativo del contratto di apprendistato, articolato nelle tre forme, mediante un pacchetto di norme aggiornate all'ultima modifica di tale istituto (d.l. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008), adotta una vasta gamma di strumenti tesi all'inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti svantaggiati.

Tra le altre cose, istituisce un sistema di incentivazione fondato sullo strumento della certificazione e della premialità di esperienze virtuose.

La materia degli incentivi, così delineata, comporta comunque che si ponga attenzione alla materia della concorrenza in ambito comunitario; occorrerà infatti valutare in sede di stanziamento la corrispondenza dei finanziamenti alla regolamentazione degli aiuti di Stato.

Resta poi da attendere l'articolazione di questa vasta gamma di strumenti all'interno dei regolamenti di attuazione da parte dell'Esecutivo regionale ed auspicare che il sistema del legislatore campano sia attuato seguendo la stessa linea riformatrice che è alla base della filosofia del progetto esaminato.

*Lilli Carollo
Ricercatore Isfol*

4. Partecipazione

4.1. A. BORRONI, *La via italiana all'ESOP* (📖 Working paper Adapt 10 dicembre 2009, n. 102).

Problemi e prospettive dell'inquadramento giuridico degli schemi ESOP di partecipazione azionaria nell'ordinamento italiano

Sommario: 1. Il problema e il quadro di riferimento. – 2. Gli *Employee Stock Ownership Plans*. – 2.1. La compatibilità delle operazioni di *Leveraged Buy Out* con l'ordinamento italiano. – 2.2. La compatibilità del *trust* con l'ordinamento italiano. – 3. Struttura effettiva dell'ESOP italiano. – 4. Brevi osservazioni conclusive. – 5. Breve nota bibliografica.

1. La Carta Costituzionale italiana all'art. 47, comma 2, afferma che la Repubblica «favorisce l'accesso del risparmio popolare [...] al diretto o indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese» ma non stabilisce la via attraverso cui tale proposito debba realizzarsi. Per rendere effettivo l'azionariato operaio, la dottrina ha suggerito il ricorso a diverse ipotesi: associazione in partecipazione, patti parasociali, costituzione di una società.

Una prima ipotesi sarebbe il ricorso alla associazione in partecipazione; un contratto mediante il quale l'imprenditore/associante acquista i beni apportati dall'associato e ne dispone liberamente per lo svolgimento della propria attività mentre l'associato acquista un diritto di credito a partecipare agli eventuali utili. L'associato, però, non diventa socio dell'associante che è il solo responsabile verso i terzi, ai quali è normalmente ignota, o comunque indifferente, la partecipazione dell'associato.

Altro strumento possono essere i patti parasociali. Secondo questa ipotesi i lavoratori azionisti stipulano un patto di sindacato per esercitare in comune il diritto di voto. Dal momento che le azioni non verrebbero conferite al patto, ma rimarrebbero intestate ai lavoratori azionisti, resterebbe il problema di assicurare l'esercizio di voto in assemblea ai membri del patto, attraverso la raccolta di deleghe o l'intestazione fiduciaria.

Ulteriore modalità e ipotesi contemplata dalla dottrina è la costituzione, da parte dei dipendenti azionisti, di una società terza (sorta di *holding*) a cui intestare le azioni della società in cui lavorano. La *holding*, in quanto titolare delle azioni, eserciterebbe direttamente tutti i diritti ad esse collegati, compreso il voto in assemblea. Con questa soluzione vengono risolti contemporaneamente il problema della determinazione della volontà comune e quello dell'esercizio di voto in assemblea. Si verifica, tuttavia, un inconveniente: in questo modo i lavoratori azionisti trasferiscono le azioni (dotate di liquidità e di un valore intrinseco) alla società *holding* e in cambio ricevono azioni (o quote) della

holding, che invece sono prive di tali requisiti. Se la gestione viene svolta “a monte”, raggruppando unitariamente i risparmi apportati da una pluralità di soggetti, si parla – con terminologia di derivazione comunitaria – di “organismi di investimento collettivo del risparmio” tra cui si annoverano diverse tipologie.

Una prima ipotesi è quella dei Fondi comuni di investimento mobiliare aperti, che possono essere gestiti solo da società per azioni, aventi per oggetto esclusivo la gestione di tali fondi. Le somme versate dai partecipanti sono investite dalla società di gestione in “strumenti finanziari” il più possibile diversificati. I valori restano di proprietà del Fondo, ma possono essere gestiti in maniera dinamica nella prospettiva di una massimizzazione dell’investimento mentre i partecipanti hanno diritto di chiedere in qualsiasi tempo il rimborso delle loro quote.

Seconda ipotesi è la creazione di società di investimento a capitale variabile (SICAV) che investono direttamente in valori mobiliari il proprio patrimonio, raccolto offrendo al pubblico in via continuativa le proprie azioni.

Terza ipotesi sono i Fondi pensione che mirano ad assicurare a lavoratori, dipendenti o autonomi, trattamenti pensionistici complementari. Il patrimonio del Fondo si costituisce con la contribuzione dei datori di lavoro e/o con le contribuzioni dei lavoratori.

Ulteriore ipotesi prevista dalla dottrina per rendere effettivo l’azionariato dei lavoratori è la costituzione di una società cooperativa ai sensi dell’art. 2511 c.c. il quale dispone che le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico. La mutualità postula che l’attività sociale possa svolgersi solo nei confronti dei soci o nell’interesse di questi. In questa ottica, società cooperative e società lucrative svolgono attività economiche ma con diverse finalità: le società lucrative, infatti, mirano a realizzare un *surplus* di gestione destinato ad essere distribuito tra i soci, mentre la società cooperativa assicura ai soci un’utilità che si forma direttamente nel loro patrimonio nel momento in cui acquistano a prezzi inferiori a quelli di mercato o vengono remunerati a prezzi superiori. Inevitabilmente, peraltro, di fronte ad una mutualità pura (o prevalente) si diffondono le società cooperativa a mutualità spuria (o non prevalente) che operano sul mercato in modo sostanzialmente simile a quella di qualsiasi impresa lucrativa. Tuttavia, anche in questo ultimo caso, la disciplina della cooperativa garantisce una struttura fortemente differenziata da quella tipica delle società di capitale. Infatti, rappresentano caratteristiche ontologiche delle cooperative 1) un tetto massimo del valore della partecipazione di ciascun socio con conseguente atomizzazione del capitale sociale, 2) l’assegnazione capitaria del diritto di voto – uguale per tutti i soci – e dunque non proporzionale al valore della partecipazione nonché, 3) la variabilità tanto dell’entità del capitale quanto del numero dei soci in funzione del principio della c.d. porta aperta, che garantisce la possibilità di ingresso nella cooperativa a chiunque abbia i requisiti fissati dallo statuto. Queste caratteristiche im-

pediscono alle cooperative un respiro finanziario idoneo a consentire loro di porsi sul mercato con potenzialità pari a quelle delle imprese concorrenti. Per i motivi su indicati tali soluzioni non hanno beneficiato di una grande diffusione.

Rimane, infatti, essenziale disciplinare l'attribuzione dei diritti sociali correlati ad azioni o quote ad un'entità giuridica collettiva distinta dai dipendenti che eserciti detti diritti nell'assemblea generale in nome proprio, senza ricorrere a deleghe di voto. Tuttavia, data l'assenza di strumenti giuridici *ad hoc* per la gestione collettiva delle azioni, occorre cercare un modello di riferimento. Il modello per eccellenza sono gli *Employee Stock Ownership Plans* (ESOP).

2. Gli ESOP sono schemi di retribuzioni accessorie – di origine anglosassone – erogate in forma di titoli e obbligazioni dell'impresa. La partecipazione finanziaria parte con una funzione indubbiamente distributiva e previdenziale, per poi esplicitare il suo potenziale partecipativo nell'ambito della influenza e della condivisione circa le decisioni d'impresa.

L'ESOP risponde, appunto, ad esigenze specifiche e complesse del rapporto tra lavoratori e azienda, non limitate esclusivamente a diritti di tipo patrimoniale (dividendo e apprezzamento del capitale) ma estese fino a comprendere anche diritti di tipo amministrativo (possibilità di esercitare i diritti connessi con la figura d'azionista).

Dal punto di vista operativo la società promotrice (o società ESOP) versa i contributi dei dipendenti sotto forma di azioni, di cui sono titolari i singoli dipendenti, in un fondo che detiene le azioni stesse a beneficio dei medesimi ed è, normalmente, amministrato da un *trust* distinto dall'impresa.

Le azioni devono avere pieno diritto di voto ed è il *trust* ad esercitare i diritti relativi nell'interesse dei dipendenti.

Una tipologia diffusa di piano ESOP è costituita dai cosiddetti *Leveraged Employee Stock Ownership Plans*, piani che prevedono il ricorso all'indebitamento bancario (o a un'altra fonte esterna di finanziamento) per acquisire le azioni della società ESOP. Quest'ultima versa poi i fondi al *trust*, il quale li destina al servizio del debito contratto a fronte del piano ESOP.

Resta da analizzare un ulteriore problema: quello della compatibilità con l'ordinamento italiano dell'ESOP sia relativamente al veicolo giuridico con il quale normalmente si manifesta il *trust*, sia con la struttura finanziaria con la quale è più spesso utilizzata, il *Leveraged Buy Out* – indicato comunemente con l'acronimo LBO.

2.1. L'operazione di LBO designa, nel gergo economico-finanziario anglosassone, una particolare tecnica di acquisto da parte di una società della totalità o della maggioranza del pacchetto azionario di un'altra società, a mezzo di finanziamenti concessi da uno o più soggetti terzi, garantiti dai beni della azienda *target*. Sin dalle prime attuazioni del descritto schema di acquisizione nell'ordinamento italiano, il LBO è stato oggetto di critiche da parte della dottrina sotto il profilo di una possibile violazione del primo comma dell'art. 2358 c.c. in quanto, come regola generale, la società non può, direttamente o

indirettamente, accordare prestiti né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni.

Il legislatore, per rispondere a tale criticità, nella previsione del nuovo art. 2501-bis c.c., rubricato *Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento*, ha previsto infatti una disciplina apposita nel caso «di fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti», e ha dettato un elenco dettagliato di requisiti integrativi della documentazione già richiesta dalla norma generale di cui all'art. 2501 c.c. Con tale articolo il legislatore ha sciolto le riserve circa la legittimità, nel nostro ordinamento, del LBO.

Sembra quindi che la principale obiezione alla compatibilità con l'ordinamento italiano di questo istituto sia venuta meno. Senza contare poi che, a tenore del medesimo articolo 2358 c.c., le disposizioni di tale articolo non si applicano alle operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società o di quelli di società controllanti o controllate.

Un fenomeno distinto di *Buy Out* è il c.d. *Employees Buy Out* (EBO), che rappresenta una tecnica volta a favorire un nuovo assetto proprietario connotata dal coinvolgimento più esteso dei dipendenti dell'azienda stessa. I fautori di questa forma partecipativa hanno rimarcato i grandi benefici che possono derivare all'azienda dall'eliminazione o, quanto meno, dalla riduzione della conflittualità permanente mediante la valorizzazione della partecipazione, fenomeno questo in grado di attenuare il problema della dicotomia capitale-lavoro. Difatti, l'esperienza americana ci ha consegnato l'idea che l'acquisizione del controllo di una società possa condurre ad una sua sostanziale valorizzazione, mediante una gestione più efficiente ed un rilancio della sua attività, destinato naturalmente a ripercuotersi in termini positivi (e remunerativi in un'ottica di crescita di medio-lungo periodo) sui soggetti direttamente coinvolti e sul mercato. Non solo. Nei termini della teoria economica neoclassica, l'eventualità stessa che taluno possa procedere alla rilevazione del pacchetto di maggioranza potrebbe fungere da stimolo propulsore dell'efficienza della gestione dell'impresa da parte del suo *management*.

Nell'esperienza italiana sono prevalenti le operazioni di EBO originatesi in seguito a situazioni di crisi aziendali in cui i lavoratori, per evitare la scomparsa dell'azienda, ne hanno rilevato il controllo. Apparentemente a sorpresa, nonostante le sfavorevoli condizioni di partenza, il bilancio di questo fenomeno ha dato risultati positivi. Citando i casi di imprese nate grazie agli strumenti di agevolazione previsti dalla Legge Marcora (riguardante lavoratori in cassa integrazione che rilevano l'impresa in crisi tramite la loro costituzione in cooperativa e senza ricorso al credito bancario) si può verificare che il tasso di sopravvivenza delle aziende rilevate era di circa il 60%.

Tra le esperienze riscontrate in Italia per favorire la diffusione dell'azionariato popolare merita di essere ricordato il caso della società Montecatini che, nel

1946, offrì ai propri dipendenti le prime azioni c.d. sonda. Visto il successo dell'operazione, nel 1952 la società istituì un servizio gratuito di deposito e custodia per le azioni sociali attraverso una finanziaria consociata. Tale sistema garantì notevoli vantaggi, tra cui la partecipazione immediata ad ogni eventuale iniziativa finanziaria relativa al capitale della società, la compravendita delle azioni della stessa società Montecatini SpA senza aggravii di spesa, l'immediata corresponsione dei dividendi e la verifica delle estrazioni obbligatorie con conseguente rimorso.

I dirigenti della Montecatini non mancarono di rilevare il buon successo dell'iniziativa realizzata in ossequio all'art. 47 Cost. nonché ai principi ispiratori delle encicliche pontificie *Rerum Novarum* e *Mater et Magistra* dove, appunto, si augura l'estensione della partecipazione dei lavoratori agli utili ed al patrimonio dell'azienda.

Di grande interesse è stato anche il c.d. sistema Zanussi, esempio di partecipazione strategico-amministrativa dei lavoratori (tale sistema è stato criticato dal G. BAGLIONI, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, il Mulino, Bologna, 2001, 172 per il carattere eccessivamente formalistico della struttura posta in essere).

Altro caso di scuola è rappresentato dall'esperienza Alitalia, il cui piano di risanamento prevedeva il collocamento di una quota pari fino al 30% delle azioni ordinarie ai propri dipendenti. Per la prima volta, nel giugno 1997, nel CdA di Alitalia sedevano alcuni rappresentanti delle associazioni sindacali e professionali. Le azioni assegnate ai dipendenti, sottoscritte individualmente, venivano affidate in gestione ad una *holding* avente forma di società cooperativa a responsabilità limitata. Il progetto scontava però le difficoltà connesse allo scambio di azioni della società – dotate di valore di mercato – con azioni della *holding* che, non essendo contrattate sul mercato, mancavano di tali requisiti.

Infine, una delle forme di partecipazionismo industriale più avanzate è rappresentato dalla iniziativa della Dalmine SpA. Il piano ricorreva all'art. 2441 ultimo comma c.c. per favorire la partecipazione dei suoi dipendenti al capitale e l'assegnazione di azioni ordinarie sottoposte ad un vincolo di inalienabilità di tre anni. Non solo, per i lavoratori era prevista la possibilità di esprimere un rappresentante del CdA al raggiungimento del 10% del capitale sociale, ma tale iniziativa non ebbe grande adesione (secondo il Molesti poiché in quel periodo le azioni della Dalmine SpA erano ai massimi storici).

I casi su citati mostrano come il ricorso all'EBO possa essere un'iniziativa percorribile in molte fasi della vita aziendale (e non limitata quindi solo a momenti di transizione o di crisi). Tale strumento, infatti, può mostrare le sue potenzialità con buone prospettive nei casi di esternalizzazione di servizi ed il possibile ruolo di veicolo per ovviare al problema passaggio generazionale di un'impresa grazie anche all'inclusione nel suo regolamento attuativo di una clausola che potrebbe essere definita di "accompagnamento", che permetta al proprietario della azienda *target* di uscire "dolcemente" dalla azienda stessa,

rimanendo per un certo numero di anni nel CdA (anche per meglio introdurre i nuovi manager all'amministrazione della azienda).

Data l'apertura del legislatore italiano verso i *Buy Out* e la pregressa esperienza di fenomeni di EBO ne deriva la compatibilità degli ESOP – che da un lato integra un'ipotesi di *Buy Out* e dall'altro valorizza la partecipazione dei lavoratori – con l'ordinamento giuridico italiano. Fugato, quindi, il dubbio circa la possibile incompatibilità con il sistema italiano della modalità tipica di attuazione dell'ESOP, rimane da vagliare l'ultimo ostacolo al suo recepimento nel nostro sistema giuridico.

2.2. La normale veste giuridica con la quale si presenta l'ESOP è quella del *trust*, istituto tipico dei sistemi di matrice anglosassone ed estraneo alla storia giuridica degli ordinamenti che convenzionalmente appartengono al mondo del *civil law*.

Con la convenzione de L'Aia del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai *trust* e al loro riconoscimento, però, sono ormai riconoscibili, anche in Italia, gli effetti di *trust* costituiti all'estero. Il *trust* comporta il trasferimento di beni, da parte di un costituente (*settlor*), ad un fiduciario (*trustee*), investito del potere e dell'obbligo di amministrare, gestire e disporre dei beni secondo le istruzioni del costituente e nell'interesse di uno o più beneficiari.

La suddetta legge non ha introdotto un nuovo istituto nel nostro ordinamento (e, quindi, il *trust* non è oggetto di una apposita disciplina legislativa italiana che ne regoli gli effetti e le funzioni). Esistono però nel codice civile e nelle leggi speciali istituti che presentano analogie con esso.

Prima di procedere oltre, conviene premettere alcune considerazioni generali sull'elemento del *trust* che appare maggiormente distintivo rispetto ad istituti di *civil law* ritenuti in qualche modo consimili.

Tale elemento viene individuato nel c.d. "sdoppiamento della proprietà". Il costituente si spoglia della proprietà dei beni ma questi, pur uscendo dalla originaria sfera proprietaria, non entrano a far parte del patrimonio di un soggetto terzo: i beni del *trust* non possono essere aggrediti dai creditori del costituente ma neanche dai creditori del *trustee*, poiché essi divengono un patrimonio separato (c.d. *trust fund*). Completa le caratteristiche del *trust* la previsione di un adeguato sistema rimediale in grado di accordare una tutela efficace al patrimonio costituito in *trust*, alla volontà del costituente e, soprattutto, alla posizione del beneficiario (*tracing, constructive trust* ecc.). Pur dando origine alla costituzione di un patrimonio separato, il *trust* non è, tuttavia, dotato di personalità giuridica propria: gli atti di amministrazione e gestione ad esso relativi sono pertanto sempre e solo imputabili alla persona fisica o giuridica del *trustee*, senza che i beni o i diritti conferiti in *trust* si confondano in alcun caso con il suo patrimonio.

Ancora qualche osservazione merita l'analogia che viene frequentemente individuata fra il *trust* e la fondazione, ed infine col negozio fiduciario.

Orbene, *trust* e fondazione presentano la caratteristica comune del vincolo di destinazione conferito ad un patrimonio e l'autonomia del medesimo, che non

si confonde, pertanto, con quello di chi lo amministra. Una prima differenziazione si appalesa tuttavia se solo si consideri il requisito della soggettività giuridica, proprio della fondazione ma estraneo, come si è visto, al *trust*. La distinzione non ha valore esclusivamente formale. In particolare, la procedura di riconoscimento finalizzata all'attribuzione di personalità giuridica – peculiare alla fondazione – presuppone il controllo da parte dell'autorità giurisdizionale sulla rilevanza sociale dello scopo che con la fondazione si intende perseguire e, soprattutto, sull'adeguatezza dei mezzi patrimoniali impiegati. Più semplice, invece, la disciplina del *trust* essendo il controllo sulla liceità degli scopi che si intendono perseguire, nonché sugli atti compiuti dal *trustee*, meramente eventuale, in ogni caso posticipato, e comunque esercitabile in sede giurisdizionale.

Infine la posizione giuridica dei beneficiari viene maggiormente tutelata nell'ipotesi di *trust* che in quella di una fondazione (ad esempio di natura caritatevole): difatti, nel primo caso tali soggetti sono titolari di una posizione giuridica opponibile *erga omnes*, nel secondo gli stessi potrebbero, al più, vantare un diritto di credito nei confronti dell'ente.

Una delle altre vie italiane al *trust* è rappresentata dal negozio fiduciario, in base al quale un soggetto (fiduciante) trasferisce o fa trasferire da un terzo ad un fiduciario la titolarità di un bene (nel nostro caso azioni o quote della società del lavoratore), ma con il patto che l'intestatario utilizzerà e disporrà del bene esclusivamente nell'interesse del fiduciante. Pur essendo regolato solo per effetto di una disposizione in materia testamentaria non si dubita che il negozio fiduciario sia consentito nei limiti della generale autonomia riconosciuta ai privati (art. 1322 c.c., secondo comma). Tuttavia, appare opportuno sottolineare che il negozio fiduciario comunque accorda al conferente o ai terzi una tutela inferiore rispetto a quella garantita dal *trust* perché, mentre il trasferimento di proprietà a favore del fiduciario è pienamente opponibile ai terzi, il vincolo imposto a tale trasferimento produce effetti meramente obbligatori, limitati ai soli rapporti tra sfiduciante e fiduciario. La legge peraltro già prevede espressamente le c.d. società fiduciarie (che provvedono ad intestarsi beni dei fiducianti curandone l'amministrazione) nonché l'esercizio in via individuale dell'attività di gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi.

La singolarità del *trust* di essere fonte, oltre che di obbligazioni fra le parti, della costituzione di diritti reali tutelabili *erga omnes* costituisce la vera discriminante fra il *trust* e gli istituti giuridici municipali sottraendo, stanti le numerose analogie, fondamento ad ogni plausibile assimilazione.

Il *trust* trova diffuso impiego nell'ambito delle relazioni economiche e dei traffici commerciali e finanziari internazionali. E l'apertura dell'Italia verso l'Europa nel settore dei mercati e degli intermediari finanziari (*in primis* con il recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di inve-

stimento e degli enti creditizi con d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415) si riflette, quindi, sulla possibilità di operare in Italia da parte di *trusts* esteri che intendano proporre servizi *latu sensu* finanziari nel rispetto delle normative di settore.

3. Il momento fondamentale, perché un ESOP sia operativo, è la costituzione e la implementazione di un fondo che l'azienda dovrà istituire in una delle forme che abbiamo testé riportato (siano esse un *trust* o, ad esempio, un fondo fiduciario) in favore dei propri dipendenti.

Il fondo viene finanziato da una combinazione di contributi e prestiti aziendali che potranno far parte di un accordo di partecipazione agli utili su base azionaria con i lavoratori. A riguardo l'art. 2349 c.c. riconosce alla società la possibilità di assegnare utili ai dipendenti della società medesima o di società controllate, attraverso l'emissione di speciali categorie di azioni, a titolo gratuito, da attribuire individualmente ai dipendenti stessi.

Altra caratteristica del fondo è la possibilità di prendere in prestito denaro direttamente da una banca o dall'azienda, che a sua volta può chiedere un prestito alla banca o ad altri finanziatori (*leveraged* ESOP). L'art. 2358, comma 3, c.c. autorizza l'emissione di fondi per fornire prestiti e garanzie (assistenza finanziaria) in vista di acquisizioni di azioni dell'azienda stessa per destinarle ai dipendenti.

Il fondo può essere poi ulteriormente sviluppato tramite la possibilità riconosciuta dal codice civile all'art. 2441. In particolare, per incoraggiare la partecipazione finanziaria in caso di aumento del capitale, l'art. 2441, comma 8, c.c. introduce il tema della assegnazione di azioni a pagamento. Questa disposizione permette, in caso di aumento di capitale effettuato da una società per azioni, di escludere dal diritto di opzione, riconosciuto di norma agli azionisti già presenti, fino a un quarto delle azioni di nuova emissione, qualora queste siano offerte ai dipendenti della società emittente.

Le azioni vengono detenute collettivamente nel fondo e vengono assegnate o distribuite solo ai conti titoli dei lavoratori, scontato un periodo di conservazione (*holding period*).

Infine il prestito viene ripagato dal fondo tramite contributi diretti dall'azienda e tramite i dividendi sulle azioni mantenute nel fondo.

4. Alla luce dei rilievi che precedono (costituzionali, codicistici, comparatistici e di semplice opportunità) si ritiene che l'ESOP possa fare il proprio ingresso nell'ordinamento italiano quale strumento idoneo a garantire efficacia alla partecipazione azionaria dei lavoratori all'impresa.

Tale risultato può essere conseguito mediante due alternative.

La prima possibilità consiste nella costituzione di un *trust*. Non va dimenticato, infatti, che la presenza nel nostro ordinamento di istituti che consentano di conseguire effetti analoghi a quelli che si prefiggono le parti attraverso la costituzione di un *trust* renda la possibilità di invocare l'eccezione di contrarietà all'ordine pubblico del tutto marginale. Il binomio *trust*-ESOP potrebbe concretizzarsi secondo due modalità: attraverso il ricorso ad un *trust* regolato dal

diritto di uno Stato cui tale istituto già appartenga (cioè i Paesi di *common law*), i cui effetti, in virtù della convenzione de L'Aia potrebbero essere riconosciuti in Italia; oppure mediante accordi che riproducano effetti e struttura del *trust*. Tale soluzione sarebbe difatti consentita in virtù del principio di cui all'articolo 1322 del codice civile che garantisce l'autonomia negoziale dei privati. Nel caso di specie, invero, il giudizio di meritevolezza sarebbe pienamente soddisfatto date le finalità assolutamente compatibili con il pubblico interesse cui l'ESOP è preordinato.

La seconda alternativa consiste nell'utilizzo di strumenti già esistenti (i c.d. fondi, oppure il negozio fiduciario) per la costituzione del veicolo per i lavoratori e delle norme del codice civile brevemente illustrate per la implementazione del fondo stesso (anche se tale opzione rappresenta un risultato subottimale).

È evidente che un'effettiva soluzione non può derivare se non da un'attività organica a vasto raggio, che affronti il problema in tutti i suoi aspetti, nel quadro di una programmazione razionale.

Resta quindi ora da realizzare il primo progetto pilota di ESOP italiano.

5. Senza pretesa di completezza circa il ricco panorama dottrinale americano in tema di ESOP si possono ricordare E.S. FIELD, *Money for Nothing and Leverage for Free: The Politics and History of The Leveraged ESOP Tax Subsidy*, in *Columbia Law Review*, 1997, vol. 97, n. 3, 740-785; S.J. WESTENDORF, *Compensation through Ownership: The Use of the ESOP in Entrepreneurial Ventures*, in *Entrepreneurial Business Law Journal*, 2006, vol. 1, 195; S.F. REID, M.L. O'CONNOR, S.J. SHAPIRO, *The Valuation of Employee Stock Options Issued by Closely Held Firms*, in *Journal of Legal Economics*, 2006, vol. 13, n. 19. Sul tema del passaggio generazionale si veda S.B. GORIN, *Transferring Ownership of Stock in an S Corporation*, in *Journal of the Missouri Bar*, 2005, vol. 61, 92; A. BAGCHI, *Varieties of Employee Ownership: Some Unintended Consequences of Corporate Law and Labor Law*, in *University of Pennsylvania Journal of Business and Employment Law*, 2008, vol. 10, 305. Il più importante promotore dell'azionariato dei dipendenti negli Stati Uniti fu sicuramente Louis Kelso. Si vedano L.O. KELSO, M. ADLER, *The capitalist manifesto*, Random House, New York, 1958; L.O. KELSO, P. HETTER, *How to turn eighty million workers into capitalists on borrowed money*, Random House, New York, 1967.

La legittimità in Italia del LBO è stata sostenuta, *ex multis*, da R. PARDOLESI, *Leveraged buyout: una novità a tinte forti (o fosche?)*, in *GComm*, 1989, I, 401 ss.; G. FRIGNANI, *Il Leveraged Buy-Out nel diritto italiano*, in *GComm*, 1989, I, 419 ss., e ID., voce *Leveraged Buy-Out*, in *DDPComm*, IX, 1993; P. MONTALENTI, voce *Leveraged buyout*, in *EGT*, XVIII, 1999, 1; T.M. UBERTAZZI, *Il procedimento di acquisizione di impresa*, Cedam, Padova, 2008; L.G. PICONE, *Orientamenti giurisprudenziali e profili operativi del leveraged buy out*, Giuffrè, Milano, 2001.

Grande parte del dibattito relativo al tema della partecipazione, soprattutto per quanto riguarda gli ESOP e gli EBO, si ritrova in G. BAGLIONI, *Democrazia impossibile? I modelli collaborativi nell'impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza*, il Mulino, Bologna, 1995; M. BIAGI, *Cultura e istituti partecipativi delle relazioni industriali in Europa*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, 2002, n. 9; G. BAGLIONI, *Il sistema Zanussi. Illustrazione e commento dell'accordo del luglio '97*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, 1998, n. 1. Sull'esperienza italiana degli strumenti di agevolazione per gli EBO previsti dalla Legge Marcora si veda P.M. SILANI, *Dalla partecipazione a capitale all'employee buy out*, in *L'impresa al plurale. Quaderni della partecipazione*, 2001, n. 7-8.

Sempre relativi al tema della partecipazione sono particolarmente interessanti i contributi di R. MOLESTI, *Impresa e partecipazione, esperienze e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2006; R. BRUNETTA, *La fine della società dei salariati*, Marsilio, Venezia, 1994.

Andrea Borroni

Ricercatore – Seconda Università degli Studi di Napoli

5. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

5.1. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale per il 2009, 2010* (in  Osservatorio di Diritto sanzionatorio).

Il Rapporto annuale sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenza: riscontri di effettività sulla c.d. direttiva Sacconi

Sommario: **1.** Presupposti e finalità del Rapporto. – **2.** Analisi dei dati nella prospettiva di verifica del processo di riforma dell'attività di vigilanza. – **2.1.** I fenomeni c.d. sensibili e la contestazione delle violazioni sostanziali. – **2.2.** Gli istituti conciliativi e l'attività preventiva. – **2.3.** Il potere di sospensione dell'attività imprenditoriale per settore merceologico. – **3.** Conclusioni. – **4.** Indicazioni bibliografiche.

1. La Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha recentemente pubblicato il Rapporto sull'attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenza per il 2009, relazione che annualmente redige ai sensi degli artt. 20 e 21 della convenzione ILO n. 81/47. Questa, infatti, prescrive a scopi conoscitivi il monitoraggio dell'attività di vigilanza complessivamente svolta da ciascuno Stato aderente attraverso la redazione di resoconti periodici trasmessi dagli Uffici periferici a quelli centrali di ciascun

Paese e, secondo una logica ascendente, da questi ultimi all'ILO (artt. 19, 20, 21, 37).

Pertanto, nella prima parte del Rapporto il Ministero sintetizza i risultati conseguiti da tutto il personale di vigilanza, compresi Inps, Inail ed Enpals, mentre nella seconda parte si analizzano quelli conseguiti dal solo personale ispettivo ministeriale, focalizzando l'attenzione sui poteri che lo contraddistinguono rispetto agli altri organi di vigilanza.

2. Il Rapporto assume un significato particolare in quanto il 2009, anno a cui i dati in esame si riferiscono, si colloca immediatamente dopo l'emanazione della direttiva Sacconi del 18 settembre 2008 e, pertanto, tali risultati vanno valutati proprio rispetto agli obiettivi di rinnovamento del sistema delle ispezioni che questa ha tracciato, allo scopo di conferire completa effettività alla riforma avviata dal d.lgs. n. 124/2004.

In estrema sintesi, la direttiva Sacconi ed il successivo Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per il 2009 hanno delineato una strategia tesa a concentrare le ispezioni d'iniziativa sui fenomeni elusivi di maggior impatto sul sistema della concorrenza tra imprese e sulle tutele dei lavoratori, puntando quindi sulla qualità piuttosto che sulla numerosità degli interventi.

Allo scopo di meglio calibrare tali accertamenti, la strategia ministeriale ha invertito anche il sistema della programmazione, da una pianificazione centralizzata ad una *mappatura* dei c.d. *fenomeni sensibili* a livello territoriale, ponendo quindi in primo piano proprio il ruolo degli uffici periferici.

Nel mirino dell'attività di vigilanza sono state poste le violazioni di natura sostanziale e nel contempo accantonate quelle di natura meramente formale: a sostegno di questa linea di interventi, sempre il 2009 è stato anche l'anno di adozione del libro unico del lavoro (LUL) in sostituzione dei libri obbligatori, in particolare il libro matricola ed il libro paga, per i quali erano previsti una pleora di adempimenti e sanzioni, che garantivano un considerevole importo riscosso da parte dell'Amministrazione, ma spesso senza un'evidente tutela diretta dei lavoratori.

Alla luce degli obiettivi strategici dichiarati, il succitato Rapporto offre quindi una prima occasione di verifica dei risultati raccolti sotto un duplice profilo di effettività dell'indirizzo ministeriale così delineato, da un lato con riguardo alla tipologia di violazioni contestate, dall'altro relativamente all'uso dei poteri ispettivi.

2.1. Nella prima parte del Rapporto, i dati sono riuniti in un'unica tabella riepilogativa che confronta i risultati dell'attività ispettiva conseguiti da ogni organo di vigilanza (Ministero del lavoro, Inps, Inail, Enpals) nel 2009 con quelli del 2008. Si precisa che nei numeri raggiunti dal Ministero sono computati anche quelli del personale ispettivo dipendente dalla Regione Sicilia. I campi considerati sono: il numero delle aziende ispezionate; il numero delle aziende risultate irregolari ovvero alle quali è stata contestata una qualsivoglia sanzione, anche di natura formale; il numero dei lavoratori irregolari ovvero le posizioni lavorative nei riguardi delle quali è stata accertata una qualunque

violazione; il numero di lavoratori totalmente in nero ovvero in relazione ai quali è stata irrogata la maxi-sanzione; l'ammontare del recupero dei contributi e dei premi evasi conseguente alle irregolarità contestate.

L'attività più significativa sul versante dell'effettività delle tutele è indubbiamente quella riferita al numero di lavoratori totalmente in nero, che rappresenta una specificazione del dato sui lavoratori irregolari, in cui è già computato. Di rilievo altrettanto sostanziale è anche il recupero contributivo e assicurativo, generato soprattutto dall'emersione del nero, ma anche da altre attività d'accertamento, come la riqualificazione dei rapporti di lavoro o la scoperta di truffe ai danni degli enti previdenziali ed assicurativi.

Premesso ciò, sotto il profilo quantitativo, il numero di aziende ispezionate nel 2009 dagli ispettori ministeriali, in linea con gli obiettivi qualitativi indicati dalla direttiva ed esplicitati dal Documento di programmazione, è diminuito del 7% rispetto a quello del 2008. Comunque, le 175.263 aziende ispezionate rimangono un dato positivo rispetto a quello programmato di 137.788 unità. Tale risultato è stato, infatti, stimolato dall'obiettivo di maturare un buon indicatore di presenza sul territorio da parte di ciascuna DPL nell'ambito del Progetto Qualità, come pure favorito dalla semplificazione del procedimento ispettivo realizzato con l'introduzione del c.d. verbale unico, che ha permesso la concentrazione di più provvedimenti in un unico verbale conclusivo degli accertamenti, snellendo di molto il carico del singolo ispettore.

Le aziende risultate irregolari al termine degli accertamenti sono state 73.348, con una riduzione del 21,03%, addebitabile soprattutto alle mancate contestazioni di natura formale, in particolare allo scomputo rispetto al 2008 delle irregolarità sulla tenuta dei libri obbligatori, a fronte della adozione, come sopra anticipato, del LUL.

La riduzione degli accessi ispettivi e delle aziende riscontrate irregolari è confermata anche dai risultati degli altri organi di vigilanza, salvo il diverso andamento in crescita dell'Inps, ma di limitate proporzioni da non incidere sul dato cumulativo, che si attesta su un decremento complessivo di -3,64% relativo alle aziende ispezionate e di -11,47% di quelle irregolari.

I dati ministeriali che indicano l'accertamento di violazioni sostanziali sono di segno positivo rispetto al 2008: si ha, infatti, un aumento dello 0,23% delle posizioni lavorative trovate irregolari, una crescita dell'1,74% dei lavoratori in nero e soprattutto un aumento del 12,46% del recupero contributivo ed assicurativo, a cui ha indubbiamente contribuito l'impulso del Ministero alla lotta alle truffe, gestite talvolta anche dalla criminalità organizzata, ai danni degli Istituti previdenziali ed assistenziali. Tale esigenza di controllo ha assunto particolare rilievo nel 2009, anno in cui la crisi ed il massiccio ricorso agli ammortizzatori sociali hanno richiesto un intenso sforzo nel reperimento delle risorse finanziarie.

Il risultato ministeriale è stato, quindi, di 2.493 truffe denunciate all'autorità giudiziaria nel 2009 rispetto alle 419 nel 2008, con un incremento molto significativo pari al 495%.

In definitiva, i dati riferiti al personale ispettivo del Ministero mostrano un successo netto sul versante del recupero contributivo, pari ad euro 317.803.872,67.

In controtendenza rispetto al generale trend positivo è la performance in calo dell'Inail, che nel 2009 ha individuato 12.428 lavoratori in nero in meno rispetto al 2008 con una riduzione pari a -49,18% ed un corrispondente recupero assicurativo di -12,28%. Di conseguenza, nel riepilogo si registra un -2,25% del numero dei prestatori in nero ed un -0,92% del recupero.

Nella seconda parte, il Rapporto ministeriale focalizza l'attenzione sui dati conseguiti dal proprio personale ispettivo, composto da 3.859 unità, di cui 3.109 di vigilanza ordinaria, 370 di vigilanza tecnica e 380 appartenenti ai Nuclei Ispettivi Carabinieri, presenti presso ogni DPL.

In riferimento agli ambiti di intervento individuati dal Documento di programmazione dell'attività di vigilanza, i c.d. fenomeni sensibili, vengono registrati consistenti aumenti nell'accertamento delle violazioni sostanziali.

Nel 2009 è fortemente cresciuta l'attività di polizia giudiziaria degli ispettori del lavoro, che ha registrato oltre alle 2.493 truffe di cui sopra, anche 6.649 (+273%) notizie di reato riferite a violazioni della disciplina sugli appalti, 489 (+97%) relative ad omissioni/evasioni contributive, 23.218 (+56%) in materia di salute e sicurezza, 613 (+155%) sulla tutela fisica delle lavoratrici madri.

Per quanto riguarda gli illeciti amministrativi, inoltre, sono state irrogate 40.108 maxisanzioni, contestate 27.761 violazioni in materia di orario di lavoro, 406 irregolarità sulla tutela economica delle lavoratrici madri, 1.042 per inadempienze sulla disciplina dello Statuto dei lavoratori con un incremento rilevante del 262%. Non è, invece, specificato il dato sulle contestazioni relative alla riqualificazione dei rapporti di lavoro.

In totale nel 2009 sono state accertate 466.456 (+26,76%) violazioni, che hanno comportato un riscosso pari ad euro 47.841.926.

I dati relativi alle violazioni contestate evidenziano l'efficacia del sistema incentivante previsto dal Progetto Qualità, capace di indirizzare l'attività di accertamento dei singoli ispettori in ordine agli obiettivi programmati dal Ministero tramite i punteggi premiali o penalizzanti assegnati agli uffici periferici (da un lato, 3 punti per le maxisanzioni e le truffe, 2,5 per gli appalti, 1,5 per le violazioni sulla disciplina dello Statuto; dall'altro 0,5 sulle irregolarità formali del LUL, 0,1 per le violazioni formali ecc.), che a loro volta influiscono sulla valutazione della dirigenza.

2.2. La direttiva ha inteso rilanciare anche il ricorso da parte delle DPL e del loro personale ispettivo a poteri e compiti, previsti e disciplinati dal d.lgs. n. 124/2004, proprio perché dotati di molta forza sotto il profilo dell'effettività e della tempestività delle tutele dei lavoratori, ma scarsamente adottati nel quadriennio 2004-2008. Trattasi dell'istituto della conciliazione monocratica previsto all'art. 11 del decreto, del potere di diffida accertativa dei crediti patrimoniali che il prestatore vanta nei confronti del proprio datore di lavoro ai

sensi dell'art. 12, dell'attività di promozione e prevenzione contemplate all'art. 8.

Per quanto riguarda l'istituto della conciliazione monocratica, il Rapporto registra un incremento dell'81% dei tentativi promossi nel 2009 (13.008) rispetto al 2008 (7.169), ma non specifica quanti di questi si siano conclusi positivamente, raggiungendo effettivamente il duplice obiettivo della tutela temporanea del lavoratore e della deflazione dell'azione ispettiva in senso stretto. In futuro, la rilevazione e l'analisi delle cause degli esiti negativi potrebbe suggerire come rafforzare e promuovere ulteriormente quest'istituto. Non è, inoltre, scorporato il dato tra le due tipologie di conciliazioni monocratiche, quelle preventive e quelle contestuali all'accesso ispettivo.

Evidente successo ha caratterizzato l'adozione dei provvedimenti di diffida accertativa, sciogliendo le resistenze che scoraggiavano il ricorso ad un istituto piuttosto invasivo nella sfera del rapporto privatistico tra datore e lavoratore, non solo dipendente ma anche autonomo. Nel caso delle diffide accertative, infatti, è quasi triplicato non solo il numero dei provvedimenti adottati, con un aumento pari al 178% (7.269 nel 2009 rispetto alle 2.609 del 2008), ma anche l'effettivo recupero dei crediti a favore dei prestatori: gli importi retributivi e contributivi ammontano nel 2009 a euro 16.856.221 a fronte di euro 6.258.910,49 nel 2008 con una variazione percentuale di 169%.

Altro dato positivo è rappresentato dal superamento del 39,40% dell'obiettivo programmato in relazione alle azioni finalizzate alla prevenzione degli illeciti ed alla promozione della cultura della legalità, concretizzatesi in 1.394 incontri con gli *interlocutori qualificati* del mercato del lavoro, organizzazioni sindacali, associazioni professionali e di categoria, con cui la direttiva chiedeva di operare in modo collaborativo e sinergico. A tal proposito, sarebbe utile anche la condivisione delle *best practices* in modo tale da innescare un meccanismo virtuoso di emulazione tra le DPL d'Italia.

Nulla, invece, dice il Rapporto in merito ad un altro strumento di controllo preventivo e di promozione della legalità, sempre introdotto dal d.lgs. n. 124/2004 all'art. 9 ovvero l'interpello, ma la copiosità dei pareri espressi e pubblicati nel 2009 sul sito ministeriale sono di per sé un indice di vitalità e funzionalità di tale istituto.

Le eventuali riserve degli uffici periferici e del personale ispettivo nello svolgimento delle attività conciliative e preventive sono state, quindi, progressivamente ridimensionate dai molteplici interventi ministeriali, tesi in tutto il 2009 ad uniformare e migliorare qualitativamente le prassi e le tecniche ispettive sul territorio nazionale. A tal proposito, sul versante incentivante, è stato ancora una volta determinante il Progetto Qualità, che ha assegnato un elevato punteggio premiale alle DPL in caso di esito positivo della conciliazione monocratica (5 punti) e per ogni provvedimento di diffida accertativa emesso (4 punti). Sull'opposto versante della deterrenza, ha agito il Progetto Uniformità e trasparenza, che, a fronte di una dettagliata circolare sulla proceduralizzazione dell'attività ispettiva e numerosi richiami sulla rigorosa applicazione

delle indicazioni ministeriali, ha introdotto una procedura di segnalazione, da parte dell'utenza qualificata, delle condotte del personale ispettivo difformi sotto il duplice profilo della *violazione del principio di uniformità d'azione* o della *violazione dei principi deontologici*.

2.3. All'analisi dei dati riferiti all'esercizio del potere di sospensione della attività imprenditoriale, di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008, come modificato dall'art. 11 del d.lgs. n. 106/2009, il Rapporto dedica una sezione a parte, per la delicatezza e l'incisività che lo caratterizza.

L'esercizio di un potere così invasivo della sfera giuridica del soggetto passivo è motivato dalle esigenze di tutela del diritto costituzionalmente garantito alla salute ed è ammesso in due casi: in presenza di gravi e reiterate violazioni della disciplina in materia di salute e sicurezza sul lavoro, e in caso di impiego di personale in nero in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro al momento dell'accesso ispettivo. Nella prima ipotesi, quindi, la sospensione delle attività è volta direttamente a prevenire gli infortuni nell'ambiente lavorativo, mentre nella seconda la tutela è perseguita in modo mediato tramite l'emersione di rapporti di lavoro sconosciuti alle pubbliche amministrazioni ed eseguiti quindi senza alcun rispetto della legalità, ivi compresa la normativa prevenzionistica, in particolare quella relativa alla formazione e alla sorveglianza sanitaria, che molto incide sul grado di esposizione del lavoratore al rischio di infortuni. Premesso ciò, il personale ispettivo ministeriale ha emesso 4.769 provvedimenti di sospensione per impiego di manodopera in nero, di cui nel 37% dei casi in edilizia, nel 30% nei pubblici esercizi, nel 12% nel commercio, nel 10,5% tra le imprese artigiane, nel 3% in agricoltura, nel 2,8% in industria, nell'1,7% nel settore metalmeccanico, nell'1,6% nei servizi, nella restante parte pari all'1,4% dei casi nei settori rimanenti ovvero servizi, trasporti, studi professionali e aziende dello spettacolo. Le revoche, che presuppongono il ripristino della legalità e della sicurezza nell'ambiente di lavoro tramite l'avvenuta regolarizzazione, oltre al pagamento di una apposita somma, sono state emesse mediamente nel 77% dei casi. Questa percentuale di per sé rappresenta un indicatore di efficacia dell'azione ispettiva, ma *a contrario* evidenzia anche una quota non trascurabile di aziende che cessa la propria attività a seguito di sospensione, magari riavviandola impunemente con un'altra denominazione ed un fittizio responsabile aziendale. Questa quota franca di trasgressori si attesta al 33% tra le aziende sospese nell'edilizia, al 32% nel settore dei servizi dove operano numerose pseudo-cooperative, scende al 17% nei trasporti, all'11% tra i pubblici esercizi ed il commercio dove evidentemente rileva la *location* e l'avviamento dell'attività, si azzerava tra gli studi professionali dove tutte le aziende sospese si sono regolarizzate. Evidentemente il provvedimento di sospensione risulta maggiormente efficace nei confronti delle attività che si reggono sull'immagine percepita dalla clientela.

In media la percentuale di lavoratori in nero per cui il personale ispettivo ha provveduto alla sospensione è pari al 53% (tale media oscilla tra l'88% nelle

aziende artigiane, il 51% in edilizia e il 50% nei pubblici esercizi, sino al 40% nel commercio). Tutto ciò indica che più della metà dei lavoratori presenti al momento dell'accesso ispettivo erano sprovvisti di ogni tipo di tutela, a conferma che la vigilanza è stata con successo mirata ai fenomeni elusori di grave impatto o comunque nei confronti di aziende piccole dalla struttura organizzativa estemporanea.

Il numero di clandestini complessivamente impiegati dalle aziende sospese risulta essere di 974, di cui 428 alle dipendenze di artigiani, 135 in edilizia, 132 nei pubblici esercizi, 117 nell'industria, solamente 32 in agricoltura, nessuno nei trasporti. Il numero particolarmente elevato di clandestini nell'artigianato lascia supporre che, tramite il sistema dei subappalti in edilizia, si scarichi proprio sulle microimprese artigiane il ribasso del costo della manodopera.

Al contrario, l'assenza di clandestini nel settore dei trasporti rivela l'efficacia anche dei controlli della polizia stradale.

I prestatori trovati intenti al lavoro nero in occasione di sospensioni dell'attività imprenditoriale sono 11.042, valore che sottratto alle 50.370 unità in nero complessive fornisce il dato (39.328) sulle posizioni lavorative in nero accertate senza che sia stato contestualmente necessario provvedere alla sospensione.

Gli importi sanzionatori riscossi come condizione di procedibilità per la revoca del provvedimento di sospensione ammontano complessivamente ad euro 8.039.920 con un'incidenza per settore merceologico condizionata dal numero di posizioni in nero accertate e nello stesso tempo dalla percentuale di revoca che caratterizza il settore.

Per quanto riguarda, invece, la sospensione per gravi e reiterate violazioni in materia di salute e sicurezza, si registra un unico caso in Italia. Infatti, nonostante il Ministero abbia già prontamente chiarito il significato delle nozioni "grave" e "reiterate", permangono le difficoltà operative d'accertamento della recidiva, che richiedono un miglioramento dei sistemi informativi e del coordinamento tra i diversi organismi di vigilanza. Va anche precisato che in questa ipotesi di sospensione l'organo competente è in via generale il personale di vigilanza dello SPISAL (Servizio Prevenzione Igiene Sicurezza Ambienti di Lavoro) delle Asl e solo in alcuni ambiti, seppur rilevanti come l'edilizia, il personale ispettivo ministeriale.

3. Il Rapporto in esame, sebbene stilato a fini conoscitivi dell'ILO, rappresenta una buona base per valutare ad un anno di distanza l'effettività dei cambiamenti promossi dalla direttiva del 18 settembre 2008.

Da una lettura complessiva dei risultati del Rapporto, emerge una concreta capacità del Ministero di orientare l'attività operativa verso i propri obiettivi strategici, sia in relazione al "cosa vigilare" sia sul "come vigilare", grazie soprattutto ai Progetti Qualità ed Uniformità.

I dati esaminati suggeriscono altresì la possibilità di perfezionare l'efficacia dell'azione ispettiva in alcuni settori critici, quali l'agricoltura e l'artigianato, dove più diffuso è il ricorso alla manodopera clandestina.

Tale esigenza, evidenziata ancor più dalle recenti vicende di cronaca in Calabria, dallo scarso ricorso ai voucher e dal mancato esaurimento delle quote annuali di lavoratori stagionali extracomunitari nelle regioni meridionali, ha già trovato risposta nel recente Piano Straordinario di vigilanza in agricoltura ed edilizia predisposto per il Mezzogiorno e nel Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per il 2010.

4. Per un approfondimento sul decreto di riforma dei servizi ispettivi, il d.lgs. n. 124/2004, si veda C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004. Per una sintesi commentata della direttiva del Ministro Sacconi del 18 settembre 2008 si legga P. RAUSEI, *Nuove regole per servizi ispettivi ed attività di vigilanza*, in *DPL*, 2008, n. 39, inserto; mentre per un'analisi del Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2009 si veda *La strategia ministeriale per i servizi ispettivi e l'attività di vigilanza*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2, 476.

Per quanto concerne la prassi amministrativa d'attuazione degli obiettivi individuati dalla direttiva, si considerino la nota del Ministero del lavoro 9 gennaio 2009, n. 195, sul verbale unificato nell'ambito della semplificazione del procedimento ispettivo; la nota del Ministero del lavoro 27 aprile 2009, n. 6051, sul Progetto Qualità; la nota del Ministero del lavoro 27 aprile 2009, n. 6052, sul Progetto Uniformità e Trasparenza dell'azione ispettiva; la nota 12 giugno 2009, n. 8716, sulla procedimentalizzazione dell'attività ispettiva; la circ. Min. lav. n. 13/2009 sul regime autorizzatorio delle agenzie di somministrazione, le quali sono tenute a comunicare agli enti competenti il verificarsi delle condizioni di decadenza del sussidio per il lavoratore beneficiario che rifiuta una congrua offerta di lavoro o formativa; la direttiva ministeriale del 10 febbraio 2009 che dispone la condivisione telematica della banca dati Inps sui lavoratori percettori di trattamento di sostegno al reddito; la circ. Min. lav. n. 6/2009 sulle politiche di incentivazione della produttività del personale. Per una spiegazione delle voci del sistema di rilevazione dei risultati dell'attività di vigilanza, si consulti l'allegato n. 1 alla nota del Ministero del lavoro 7 marzo 2007, n. 2983, sul sistema IS.CAN.ED relativo all'edilizia.

Sulla conciliazione monocratica è stata recentemente emessa la circ. Min. lav. n. 36/2009, come pure pubblicato il relativo commento di P. RAUSEI, *Il rilancio della conciliazione monocratica*, in *q. Rivista*, 2009, n. 4, 1132. In merito all'esercizio del potere di sospensione dell'attività imprenditoriale, la circ. Min. lav. n. 33/2009 e il commento di D. PAPA, *Il potere di sospensione dell'attività imprenditoriale dopo il correttivo al T.U.*, in *q. Rivista*, 2009, n. 3, 788. Riguardo la tenuta del LUL, si legga P. RAUSEI, *Il libro unico del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2009. Per un approfondimento monografico sulle procedure ispettive e sull'apparato sanzionatorio, si consulti P. RAUSEI, *Codice del-*

le Ispezioni, Ipsoa, Milano, 2009. Da ultimo, si leggano il Piano straordinario di vigilanza agricoltura/edilizia Calabria-Campania-Puglia-Sicilia anno 2010 ed il Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2010, pubblicati in *www.adapt.it*, nell'*Osservatorio di diritto sanzionatorio*.

Daniela Leone

*Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

5. Servizi ispettivi e attività di vigilanza (segue)

5.2. Nota del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 18 febbraio 2010, n. 3152 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 13).

Archiviazione dei rapporti provenienti dall'Inail che non sono stati preceduti dalla diffida obbligatoria

Sommario: **1.** Il problema della diffida dei funzionari non ispettivi Inail. – **2.** L'archiviazione per carenza di condizione di procedibilità.

1. Il Ministero del lavoro con la nota 18 febbraio 2010, n. 3152 (in epigrafe), torna sull'utilizzo della diffida obbligatoria di cui all'art. 13 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, con riferimento ai provvedimenti adottati dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali (Inail). L'art. 4, comma 6, della l. 3 agosto 2007, n. 123, aveva proceduto ad assegnare ai funzionari amministrativi degli Istituti previdenziali, che procedono ad accertare d'ufficio gli illeciti amministrativi in materia previdenziale, la titolarità del potere di diffida, con riferimento, naturalmente, alle «violazioni amministrative sanabili» di loro competenza.

La norma apparve subito di grande impatto, soprattutto sul piano operativo, in quanto la maggior parte degli illeciti previdenziali che permangono sanzionati in via amministrativa vengono notificati direttamente d'ufficio dagli Istituti, riguardando, prevalentemente, ipotesi di denunce o comunicazioni del tutto omesse o comunque tardivamente effettuate.

L'Inail stesso, d'altronde, sottolineò la rilevanza della disposizione introdotta dall'art. 4, comma 6, della l. n. 123/2007, con appositi chiarimenti operativi in ben quattro note: 14 dicembre 2007, n. 9274, della Direzione Centrale Rischi; 2 ottobre 2007, n. 5593, della Direzione Centrale Prestazioni; 27 agosto 2007, n. 6756, e 21 agosto 2007, n. 6695, della Direzione Centrale Rischi.

Peraltro, l'Istituto assicuratore ribadì anche che fino al 24 agosto 2007, come già a suo tempo sancito dalla circ. Inail 17 dicembre 2004, n. 86, in base alla

lettera dell'art. 13, comma 4, del d.lgs. n. 124/2004, il potere di diffida si riteneva di esclusiva pertinenza del personale ispettivo.

Tale lettura impediva alle strutture periferiche dell'Istituto di consentire ai funzionari amministrativi di avvalersi della collaborazione degli ispettori delle singole sedi, al fine di attivare la procedura di diffida, con un effetto paradossale per cui nelle ipotesi prevalenti di sanzioni pecuniarie irrogate dall'Inail per tardivi adempimenti di fatto "accertati" dai funzionari amministrativi (ad esempio denunce di infortunio sul lavoro *ex art.* 53 del d.P.R. n. 1124/1965 o denunce dei lavori *ex art.* 12 del medesimo decreto) in mancanza di diffida, venivano ad essere più onerose delle corrispondenti omissioni totali verificate in sede ispettiva, e in quel contesto legittimamente diffidate.

D'altra parte, questo orientamento era stato palesemente condiviso dallo stesso Ministero del lavoro con risposta ad interpello 9 novembre 2005, n. 2608 (in *DPL*, 2005, 45, 2486), seppure già censurato dalla giurisprudenza di merito, sulla scorta di una lettura dell'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004 oggettiva e non soggettiva, fondata sulla tipologia delle sanzioni e non sulla qualifica dell'accertatore (in questo senso il Trib. Ascoli Piceno 20 giugno 2007, n. 71, in *DPL*, 2007, 34, 2076 ss.).

Per effetto dell'art. 4, comma 6, della l. n. 123/2007, dal 25 agosto 2007 è stata superata l'incoerenza della prassi operativa richiamata, e la vicenda sanzionatoria è stata ricondotta nell'alveo di una coerente ragionevolezza costituzionale, permettendo al datore di lavoro che tarda nell'adempire di ottenere un trattamento non pregiudizievole rispetto a quello che omette del tutto l'adempimento, sebbene l'Inail abbia segnalato che il precedente orientamento era da ritenersi valido fino all'entrata in vigore della l. n. 123/2007.

Sul piano operativo la posizione assunta dall'Inail ha lasciato un ampio contenzioso, insoluto da quasi tre anni, presso le Direzioni provinciali del lavoro competenti, ai sensi dell'art. 17 della l. n. 689/1981, a ricevere il rapporto sulle violazioni amministrative dell'Istituto che non siano state conciliate in via amministrativa con pagamento della sanzione in misura ridotta (soluzione agevolativa prevista dall'art. 16 della medesima l. n. 689/1981).

2. La nota del 18 febbraio 2010 del Ministero del lavoro, sollecitata da pressanti richieste degli Uffici territoriali, giunge a prendere posizione risolutoria sulla questione, con riferimento alle violazioni commesse nel periodo fra il 27 maggio 2004 (entrata in vigore del d.lgs. n. 124/2004) e il 25 agosto 2007 (entrata in vigore della l. n. 123/2007).

Anzitutto il Ministero ribadisce la natura di violazioni sanabili delle fattispecie di illecito relative alle denunce obbligatorie di cui al d.P.R. n. 1124/1965, già peraltro affermata con la circ. 23 marzo 2006, n. 9, per poi argomentare in merito alla natura della diffida quale condizione di procedibilità, segnalata con circ. 24 giugno 2004, n. 24, per il legittimo prosieguo e la conseguente conclusione del procedimento sanzionatorio amministrativo.

Il requisito oggettivo di legittimità del procedimento sanzionatorio, riconosciuto in via generale alla diffida obbligatoria di cui all'art. 13 del d.lgs. n.

124/2004, ha spinto la Direzione generale per l'attività ispettiva a ritenere che la mancata adozione della diffida da parte dei funzionari amministrativi accertatori dell'Inail evidenzia una obiettiva disparità di trattamento fra il destinatario della sanzione irrogata d'ufficio e quello che si vede sanzionato in sede ispettiva. Siffatta disparità di trattamento a danno del trasgressore che ha adempiuto tardivamente appare, in effetti, "difficilmente giustificabile", o perlomeno può motivarsi esclusivamente «in base ad una lettura formalistica della norma» che lo stesso Ministero del lavoro giudica «suscettibile [...] di censure di incostituzionalità».

La irragionevole disparità ingenerata dalla sola circostanza che a verbalizzare gli illeciti siano funzionari amministrativi ovvero ispettivi appartenenti al medesimo Istituto conduce, dunque, la nota n. 3152/2010 del Ministero a sottolineare come essa sia stata rilevata dallo stesso legislatore con la previsione introdotta dall'art. 4, comma 6, della l. n. 123/2007, con la quale si è superato definitivamente, ma solo a far data dal 25 agosto 2007, il dato formale della qualifica soggettiva rivestita dal funzionario accertatore.

La nota ministeriale in commento, infatti, legge l'intervento legislativo del 2007 in una prospettiva, in senso lato, "interpretativa" rispetto al d.lgs. n. 124/2004, considerando preminente una interpretazione di tipo sostanziale e non formale rispetto all'adozione di uno strumento, la diffida obbligatoria, che ha precipue finalità compositive nei riguardi di tutte le ipotesi di illecito amministrativo (di "inosservanza") che abbiano le caratteristiche proprie della "sanabilità", intesa come "materiale realizzabilità" ovvero di "materiale tardiva realizzazione" (nei casi della cosiddetta "diffida ora per allora").

Nella nota in commento, pertanto, il Ministero ribadisce la "ineludibilità" della diffida obbligatoria, allo scopo di garantire la piena legittimità (formale e sostanziale) dell'intero procedimento sanzionatorio e, sulla scorta di tale affermazione in punto di diritto, osserva che essa deve ritenersi sussistente anche per quelle fattispecie di violazioni commesse nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 123/2007.

Un avviso contrario, infatti, secondo la nota n. 3152/2010 spingerebbe gli Uffici territoriali del Ministero incontro al rischio di esiti sfavorevoli all'Amministrazione nei ricorsi giudiziari in opposizione, dinanzi al Giudice unico civile, avverso le ordinanze-ingiunzione, adottate a norma dell'art. 18 della l. n. 689/1981, anche con riferimento all'addebito delle spese di lite.

Da qui l'invito conclusivo alle Direzioni provinciali del lavoro a procedere, a norma dell'art. 18 della l. n. 689/1981, con un attento esercizio del potere di autotutela mediante l'emanazione di provvedimenti motivati di archiviazione della generalità dei rapporti ancora in trattazione e, precisamente:

- 1) dei rapporti in carico agli Uffici territoriali ministeriali non ancora definiti con ordinanza;
- 2) dei rapporti confermati con ordinanza-ingiunzione non ancora iscritta a ruolo;

- 3) dei rapporti confermati con ordinanza-ingiunzione oggetto di ricorso in opposizione ai sensi dell'art. 22 della l. n. 689/1981;
- 4) dei rapporti confermati con ordinanza-ingiunzione a base di cartella esattoriale che abbia formato oggetto di opposizione giudiziaria.

Con riguardo alle prime tre fattispecie considerate il Direttore della Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente procederà con motivata ordinanza di archiviazione, diretta su rapporto o per revoca di precedente ordinanza-ingiunzione già emanata; mentre nell'ultima ipotesi dovrà procedere con l'adozione di un motivato provvedimento di discarico amministrativo per l'importo iscritto a ruolo a seguito del mancato pagamento della relativa sanzione pecuniaria.

Pierluigi Rausei

Direttore della Direzione provinciale del lavoro di Macerata

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Coesione economica e sociale

- *il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (1.1.)*

Conciliazione vita e lavoro

- *licenziamento della lavoratrice madre (2.1. – 2.2.; 2.3.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.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. Coesione economica e sociale

1.1. Regolamento (CE) n. 546/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che modifica il regolamento (CE) n. 1927/2006 che istituisce un Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

Primo bilancio del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione: le istanze di una maggiore partecipazione delle parti sociali alla *governance*

Sommario: **1.** Il fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione e la sua evoluzione normativa. – **2.** Le posizioni degli Stati. – **3.** Gli organi di rappresentanza collettiva europea e le istanze di una maggiore partecipazione ai meccanismi di *governance*. – **4.** Critiche da Eurochambres.

1. Il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG) è stato istituito nel 2006 mediante il regolamento (CE) n. 1927/2006 allo scopo di fronteggiare le situazioni di crisi derivanti dalle trasformazioni del commercio mondiale riconducibili ai fenomeni di globalizzazione. L'intento originario del legislatore europeo era quello di creare una linea di finanziamento *ad hoc* per l'attuazione delle politiche attive a sostegno dei lavoratori in esubero per cause riconducibili alla concorrenza dei Paesi emergenti. La sua attivazione era subordinata al verificarsi di una delle seguenti condizioni:

- a) l'esistenza dell'esubero di almeno mille dipendenti di un'impresa nell'arco di 4 mesi in uno Stato membro, ivi compresi i lavoratori in esubero dei fornitori o dei produttori a valle di tale impresa;
- b) l'esubero di almeno mille dipendenti, nell'arco di 9 mesi, in particolare in piccole e medie imprese di un settore NACE 2 in una regione o in due regioni contigue di livello NUTS II; oppure:
- c) in mercati del lavoro di piccole dimensioni o in circostanze eccezionali, ove debitamente motivato dallo Stato membro o dagli Stati membri interessati una richiesta di contributo FEG può essere considerata ammissibile anche se le condizioni richieste non sono interamente soddisfatte, qualora però gli esuberi abbiano un'incidenza grave sull'occupazione e sull'economia locale.

Nel corso del 2008, la necessità di disporre di uno strumento in grado di fronteggiare i sistemi economico-territoriali caduti in crisi per i noti eventi mondiali in atto ha indotto la Commissione europea a modificare il regolamento attuativo del fondo e – nel 2009 – il Parlamento europeo ha approvato il regolamento (CE) n. 546/2009 (in epigrafe), che ha innovato il dettato del regolamento (CE) n. 1927/2006.

Dunque, oggi, i tratti salienti del FEG riguardano, in primo luogo, le sue finalità, prevedendosi che, a partire dal 2009, il fondo possa essere impiegato anche per fornire un sostegno ai lavoratori in esubero «come conseguenza diret-

ta della crisi finanziaria ed economica mondiale». In secondo luogo, è stato modificato l'importo del cofinanziamento che il Fondo eroga agli Stati membri, che dal 50% (definiti dal regolamento (CE) n. 1927/2006) è elevato al 65% dei costi sostenuti dallo Stato membro. Infine, sono stato introdotti cambiamenti relativi alla durata degli interventi finanziati che da 12 passa a 24 mesi, nonché al numero di esuberi minimo a partire dal quale il FEG può essere attivato (si vedano i punti a) e b) precedenti), che da 1.000 unità è ridotto a 500.

L'accesso al fondo è subordinato alla presentazione da parte dello Stato membro di un progetto d'intervento rispetto al quale il FEG finanzia esclusivamente misure di politica attiva del lavoro a favore dei soggetti in esubero (E. FABRI, *FEG: meccanismi di funzionamento e limiti strutturali*, in F. ALIAS, M.P. MONACO (a cura di), *Norme italiane e anima europea*, Dossier Adapt, 2009, n. 24).

2. L'istituzione del FEG è stata salutata come un'effettiva espressione di solidarietà tra gli Stati membri anche dai Paesi economicamente più sviluppati. Se, infatti, nei contesti europei meno evoluti la solidarietà tra Stati è già un valore interiorizzato, grazie all'ingente azione dei fondi strutturali e di coesione che ne stanno ridefinendo i connotati socio-economici, in quelli più sviluppati questi valori tardano ad affermarsi poiché i soggetti di tali contesti hanno giocato più il ruolo dei finanziatori che quello dei fruitori dei fondi per lo sviluppo (K. NOWACZEK, *The European Globalisation Adjustment Fund: A Social Pilot Project between Political and Economic Realms*, in *European Governance*, 2007, n. 1). Il FEG, dunque, essendo stato costituito per fronteggiare gli effetti occupazionali negativi derivanti dalla globalizzazione (almeno nella sua versione originaria del regolamento (CE) n. 1927/2006), si presta ad una diffusa applicazione anche nei contesti economici europei più maturi: quelli, cioè, in cui un consolidato sistema economico-produttivo è stato messo in crisi dalle economie del terzo mondo.

Secondo alcuni osservatori (cfr. L. TSOUKALIS, *Why we need a Globalisation Adjustment Fund*, Discussion paper prepared for the UK Presidency, 2005, in www.number10.gov.uk/Page8381) il FEG costituisce una risposta alternativa rispetto a quelle incentrate sulla liberalizzazione del mercato, che spesso hanno connotato le istituzioni europee.

Nei fatti, il fondo è il risultato di una negoziazione serrata tra i Paesi membri, alcuni dei quali erano partiti da posizioni ben lontane rispetto a quelle poi confluite nel regolamento che lo attua. In particolare, il Regno Unito, sostenuto dalla Repubblica ceca, era sostanzialmente contrario all'istituzione del fondo in virtù della (liberale) convinzione che il FEG avrebbe costituito un elemento di turbamento della competizione interna e che – allo stesso tempo – la sua istituzione avrebbe ulteriormente complicato la burocrazia tra gli Stati membri e Bruxelles. Gli altri Stati, invece, si sono divisi sulle valutazioni in merito a coloro che – una volta istituito il FEG – sarebbero stati i Paesi potenzialmente più favoriti: la Germania, la Svezia e i Paesi Bassi erano prelimi-

narmente scettici nell'istituire un fondo che avrebbe sostenuto ulteriormente i Paesi più poveri dell'Unione. Al contrario, l'Estonia, Malta e la Slovacchia erano preoccupate di esser escluse dagli effetti benefici del FEG, in quanto le grandi imprese, presenti prevalentemente nei Paesi più ricchi, avrebbero potuto veder finanziati i propri progetti d'intervento con relativa facilità (G. PARKER, S. LAITNER, *European Hampton Court Summit: Leaders face split over EU shock absorber for regions*, in *Financial Times*, 20 ottobre 2005).

Dai dati relativi alle domande di finanziamento presentate dagli Stati membri per l'accesso al FEG, sembra che le preoccupazioni preliminari degli Stati minori siano state piuttosto fondate: infatti, l'83% dei progetti proviene dai membri dell'Unione europea a 15 (si tratta di domande presentate da Francia, Italia, Germania, Paesi Bassi, Belgio, Irlanda, Spagna, Portogallo, Svezia, Finlandia), mentre solo il restante 15% è associato ai Paesi che hanno aderito in tempi più recenti (Lituania, Malta, Bulgaria).

3. Nel corso dei tre anni in cui il FEG ha operato sono emerse diverse questioni, alcune delle quali sono state oggetto di una riflessione da parte della Commissione europea che, nel 2009, con il regolamento (CE) n. 546/2009, ha rivisto la normativa che disciplina il Fondo ampliando, come si è visto, il ventaglio degli interventi finanziabili (cfr. E. FABBRI, *op. cit.*). Tali modifiche, frutto delle indicazioni raccolte mediante un'indagine condotta sui referenti del FEG negli Stati membri, offrono certamente una risposta alle criticità sollevate dai destinatari degli interventi, ma non esauriscono i temi in campo: le questioni più spinose, infatti, sono sollevate da tutti quegli *stakeholders* che il FEG "tiene fuori" dai propri meccanismi di *governance*.

In particolare, gli organi di rappresentanza collettiva europea più volte – prima e dopo l'istituzione del FEG – hanno assunto una posizione critica verso il Fondo. Infatti, sia il primo che il secondo regolamento indicano nello Stato membro il soggetto che può presentare domanda di finanziamento degli interventi a sostegno dei lavoratori. Rimane, dunque, preclusa ai sindacati dei lavoratori la possibilità di richiedere direttamente l'intervento del FEG; né le imprese e/o le associazioni di rappresentanza degli interessi collettivi datoriali – imbrigliati dal regime sugli aiuti di Stato – possono attingere allo strumento per ristrutturarsi in modo meno traumatico per le proprie maestranze (cfr. M. MENES, *European Globalisation Fund – A new EU support instrument regarding the Adjustment of employees to globalisation processes*, in *Fibres & textiles in Eastern Europe*, 2009, vol. 17, n. 5).

A tale proposito, l'European Trade Union Confederation (ETUC), pur dando una valutazione complessivamente positiva dell'avvento del FEG, definisce come "limitato" il ruolo degli attori delle relazioni industriali nazionali ed europee nei meccanismi di regolazione del Fondo, lamentando che il loro coinvolgimento si ferma alle procedure di consultazione e informazione nelle fasi di presentazione della domanda da parte dei singoli Stati membri (ETUC, *The ETUC welcomes the setting up of European Globalisation Adjustment Fund*, in www.etuc.org/a/2134, marzo 2006). L'ETUC, inoltre, sottolinea che il nu-

mero stimato di lavoratori che all'anno perdono un impiego per questioni riconducibili agli effetti negativi della globalizzazione in Europa sono circa 570 mila, ma la Commissione, con il FEG, prevede di intervenire solo su 35-50 mila lavoratori l'anno. Dunque, coloro che risultano potenzialmente esclusi dalla "presa in carico" europea sono un numero considerevole.

Quest'ultima obiezione dell'ETUC trova una pronta risposta della Commissione europea che nella relazione al Parlamento e al Consiglio sulla mobilitazione del FEG nel 2008 osservava che «la differenza nel numero di lavoratori destinatari dell'aiuto FEG può in alcuni casi essere dovuta alla scelta dello Stato membro richiedente di fornire sostegno a tutti i lavoratori licenziati oppure di concentrare l'assistenza solo su alcuni di essi» (COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla mobilitazione del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione nel 2008*, Bruxelles, 2009).

Quanto riportato sopra apre qualche interrogativo su alcuni scenari possibili (soprattutto ora che il FEG è diventato anche uno strumento per fronteggiare la crisi economica in atto): che cosa succederà se le domande di finanziamenti FEG supereranno le disponibilità del Fondo (500 milioni di euro all'anno)? Come verranno scelti i progetti da finanziare? Quali saranno i criteri utilizzati? Quali effetti avranno le scelte della Commissione sui contesti esclusi dal finanziamento? E, soprattutto, la scelta di finanziare alcuni progetti a discapito di altri permette di considerare ancora il FEG come espressione di solidarietà tra gli Stati membri?

4. Ulteriori critiche giungono anche da Eurochambers (l'Associazione europea delle camere di commercio e dell'industria), la quale ha ufficialmente dichiarato che il FEG dà un segnale sbagliato agli imprenditori europei (cfr. K. NOWACZEK, *op. cit.*). In primo luogo, infatti, genera l'illusione di poter proteggere l'Europa dal resto del mondo. In seconda battuta, il Fondo, per come è strutturato, è in grado di produrre solo vantaggi a breve termine, non stimolando, nel lungo periodo, i necessari cambiamenti della struttura economico-produttiva degli Stati. In terzo luogo, si corre il rischio che le azioni di tale Fondo si sovrappongano a quelle del Fondo sociale europeo, creando disconomie derivanti dalla duplicazione degli interventi. Infine, le risorse del FEG sarebbero meglio spese se indirizzate a «incoraggiare l'imprenditoria, promuovere gli affari europei nel mercato globale e supportare i processi di ricerca e sviluppo» (EUROCHAMBERS, *Proposed Globalisation Fund sends wrong signal to European entrepreneurs*, rassegna stampa ipertestuale disponibile su www.eurochambers.be).

Le critiche, dunque, richiamano tutte la necessità di incrementare la partecipazione nei processi di *governance* del FEG. Infatti, il rischio paventato – al di là dei distinguo dei singoli casi – è che gli interventi finanziati finiscano per prendere delle strade non sempre condivise dai destinatari finali dell'intervento: i lavoratori, destinatari finali diretti, e le imprese, destinatari

finali indiretti, che si avvantaggiano del *know-how* del lavoratore riqualificato o degli incentivi all'assunzione di cui i lavoratori sono portatori.

A tale proposito, da più parti, viene fatto notare che, in molti casi, i progetti presentati dai singoli Stati membri sono identici in riferimento alle finalità ultime e alle modalità di assistenza offerta ai lavoratori (cfr. M. MENES, *op. cit.*). Se tale strategia ha il vantaggio di uniformare il sistema di gestione progettuale e quindi di abbassare i costi indiretti dell'intervento (coordinamento, pubblicizzazione degli interventi, disseminazione dei risultati, ecc.), è presumibile che tale approccio faccia sì che realtà profondamente differenti vengano trattate allo stesso modo, con evidenti ripercussioni negative sull'efficacia degli interventi attuati.

Una modalità attraverso la quale recuperare le diverse peculiarità territoriali, strutturando progetti a misura dei singoli contesti settoriali o locali, può essere, appunto, quella di incrementare il peso delle parti sociali e, più in generale, degli *stakeholders* locali nei processi di definizione del progetto, predisponendo a monte percorsi di programmazione condivisa degli interventi da attuare. D'altronde, l'Unione europea ha sempre insistito perché tutti i documenti di programmazione prodotti dagli Stati membri fossero il frutto di iter negoziali basati sulla concertazione ed il coinvolgimento del più ampio numero di *stakeholders* (a titolo d'esempio, si veda l'esplicita richiesta di utilizzare metodi partecipativi ispirati al *goal oriented project planning* dei Programmi MEDA, LIFE, Europe AID, Sprint, Innovex, Recite, RIS, RITTS, ecc.). Dunque, anche gli interventi a contrasto degli effetti negativi della globalizzazione non dovrebbero sottrarsi a questa *ratio*, dalla quale – probabilmente – si potrebbero trarre spunti innovativi ed originali in materia di politiche attive del lavoro.

Enrico Fabbri

Responsabile area politiche del lavoro presso IRES – Toscana

2. Conciliazione vita e lavoro

2.1. C. Giust. 29 ottobre 2009, *Pontin*, causa C-63/08 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 32).

Protezione delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Direttiva 92/85/CEE - Divieto di licenziamento tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario - Parità di trattamento tra uomini e donne - Direttiva 76/207/CEE - Trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza o al congedo per maternità - Limitazione dei mezzi di ricorso a disposizione delle donne licenziate durante la gravidanza.

Gli artt. 10 e 12 della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, § 1, della direttiva 89/391/CEE) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla normativa di uno Stato membro che prevede un mezzo di ricorso specifico relativo al divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento enunciato al detto art. 10, esercitato secondo le modalità procedurali specifiche di tale ricorso, purché esse non siano meno favorevoli di quelle relative a ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Un termine di decadenza di quindici giorni, come quello istituito dall'art. L. 337-1, n. 1, quarto comma, del Code du travail, non sembra idoneo a soddisfare tale condizione, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.

L'art. 2 della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE (relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 settembre 2002, 2002/73/CE), in combinato disposto con l'art. 3 di tale direttiva 76/207 modificata, deve essere interpretato nel senso che tale disposizione osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella introdotta dall'art. L. 337-1 del Code du travail, specificamente adottata ai fini della protezione prevista all'art. 10 della direttiva 92/85 in caso di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, se priva la lavoratrice subordinata gestante, licenziata durante la gravidanza, di una azione giurisdizionale di risarcimento dei danni là dove tale azione può essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato e qualora una tale limitazione dei mezzi di ricorso costituisca un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza. Ciò si verificherebbe, in particolare, se le modalità procedurali afferenti alla unica azione a disposizione in caso di licenziamento di dette lavoratrici non rispettassero il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario. Spetta al giudice del rinvio verificare tale circostanza.

2.2. C. Giust. 22 ottobre 2009, *Meerts*, causa C-116/08 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 31).

Direttiva 96/34/CE - Accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES - Interpretazione della clausola 2, n. 6 e n. 7 - Congedo parentale a tempo parziale - Licenziamento del lavoratore precedente alla scadenza del periodo di congedo parentale in violazione del termine legale di preavviso - Calcolo dell'indennità.

La clausola 2, n. 6 e n. 7, dell'accordo quadro sul congedo parentale, concluso il 14 dicembre 1995, allegato alla direttiva del Consiglio 3 giugno 1996,

96/34/CE, concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, come modificata dalla direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/75/CE, va interpretata nel senso che essa osta a che – in caso di risoluzione unilaterale, da parte del datore di lavoro, senza un motivo grave o in violazione del termine legale di preavviso, del contratto di lavoro di un lavoratore assunto a tempo indeterminato e in regime di tempo pieno durante un periodo in cui quest'ultimo fruisce di un congedo parentale a tempo parziale – l'indennità dovuta al lavoratore sia calcolata sulla base della retribuzione ridotta che questi percepisce quando si verifica il licenziamento.

(2.1. – 2.2.) Gli ultimi interventi della Corte di giustizia in relazione al tema della donna lavoratrice

Sommario: **1.** Dal caso *Pontin...* – **2.** ...al caso *Meerts*. – **3.** Gli interrogativi lasciati aperti in relazione al quadro normativo nazionale.

1. Nelle sentenze in epigrafe la Corte di giustizia torna sul tema della donna lavoratrice. Si tratta di un argomento da sempre portato all'attenzione dei giudici dell'Unione al fine di meglio precisare e, se del caso, arricchire il contenuto delle direttive che lo disciplinano, mettendo al contempo in luce i casi di conflittualità assai spesso presenti fra normativa comunitaria e normative nazionali.

In questa direzione si pone la questione pregiudiziale sollevata dal giudice del Tribunale del lavoro del Lussemburgo nella causa C-63/08. La vicenda trae origine da un licenziamento di una lavoratrice gestante. Nella specie, la dipendente di una società si vedeva recapitare una lettera di licenziamento con effetto immediato "per colpa grave" a causa di un'assenza «ingiustificata dal lavoro superiore a tre giorni». Il giorno successivo, la lavoratrice comunicava alla ditta presso cui lavorava che era in stato interessante e che il licenziamento doveva ritenersi nullo, in virtù della protezione giuridica conferita alle lavoratrici gestanti. In assenza di risposta da parte della società e ritenendosi vittima di un licenziamento abusivo, la lavoratrice presentava ricorso al Tribunal du travail d'Esch-sur-Alzette al fine di far accertare la nullità del licenziamento. Tra il momento del licenziamento e quello della impugnativa, infatti, era trascorso un lasso di tempo pari a sei mesi e ciò in contrasto con quanto stabilito dal *Code du travail* lussemburghese, che, in attuazione della direttiva 92/85/CEE, vieta il licenziamento di una lavoratrice subordinata in stato di gravidanza medicalmente accertato, prevedendo in tale caso che l'azione giudiziaria possa essere instaurata entro un termine di quindici giorni decorrente dalla data di risoluzione del contratto.

Proprio in relazione a questa fattispecie, il Tribunal du travail chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che, da un lato, subordina l'azione giudiziaria delle lavoratrici gestanti licenziate durante la gravidanza a termini brevi, idonei a pri-

varle della possibilità di proporre un'azione giudiziaria per far valere i loro diritti, e, dall'altro, le priva della possibilità – di cui invece dispongono tutti gli altri lavoratori licenziati – di proporre un'azione di risarcimento danni nei confronti del datore di lavoro.

In relazione al primo punto, la Corte ricorda che gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per consentire alle persone che si ritengano lese di poter far valere i propri diritti in giudizio conformemente al principio di tutela giurisdizionale. In questa prospettiva deve essere valutata, quindi, anche la ragionevolezza del termine fissato per proporre un'azione giudiziaria: tale termine, infatti, non deve rendere impossibile, ovvero eccessivamente difficoltoso, l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario. Nel caso di specie, il previsto termine di quindici giorni è apparso ai giudici della Corte di giustizia particolarmente breve, in considerazione anche del fatto che, comunque, la lavoratrice prima di proporre un'eventuale azione in giudizio dovrà farsi consigliare utilmente al fine di comprendere, in relazione al suo caso concreto, se sia possibile o meno agire in giudizio.

La Corte rileva, inoltre, come nella fattispecie portata alla sua attenzione questo lasso temporale di quindici giorni potrebbe essere soltanto fittizio. La giurisprudenza nazionale ritiene, infatti, che il termine dei quindici giorni inizi a decorrere dal deposito alla posta della lettera di licenziamento e non dal momento in cui la lavoratrice l'abbia ricevuta. La Corte, pertanto, conclude ricordando che, sebbene in ultima analisi spetti al giudice nazionale accertare la ragionevolezza o meno del termine previsto per proporre un'azione in giudizio, comunque un termine di decadenza di quindici giorni non pare soddisfare il requisito di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario. Tale termine, pertanto, ove sia congegnato nei termini sopra descritti deve essere considerato illegittimo, in quanto in contrasto con la direttiva 92/85: «se l'unico ricorso che la normativa nazionale mette a disposizione delle lavoratrici licenziate durante la gravidanza non accorda termini di ricorso adeguati, tale normativa introduce un trattamento meno favorevole per ragioni collegate alla gravidanza e costituisce una discriminazione nei confronti delle lavoratrici subordinate».

Il giudice del rinvio pone all'attenzione dei giudici dell'Unione anche una seconda ed ulteriore questione. In sostanza si chiede alla Corte di verificare anche la compatibilità di una legge nazionale che preveda che l'unico ricorso esperibile dalla lavoratrice gestante licenziata durante la gravidanza sia l'azione di nullità e di reintegrazione nell'impresa, con esclusione di qualsiasi altro ricorso in materia di diritto del lavoro, come l'azione di risarcimento dei danni.

2. Nel giro di pochi mesi, la Corte interviene su un altro aspetto del rapporto di lavoro connesso con la tutela della donna lavoratrice. Nella causa C-116/08 la questione portata all'attenzione dei giudici nasce in relazione al calcolo dell'indennità di licenziamento. Una lavoratrice belga assunta con un contratto di lavoro a tempo pieno aveva chiesto ed ottenuto di poter beneficiare di un

periodo di congedo parentale per dedicarsi alla cura del figlio: in virtù di tale congedo, pertanto, le era stato consentito di effettuare una prestazione di lavoro ad orario ridotto. La lavoratrice mentre godeva del congedo parentale veniva licenziata e, pertanto, le veniva corrisposta un'indennità di licenziamento commisurata all'ultima retribuzione percepita e, quindi, ridotta rispetto alla retribuzione prevista nel contratto di assunzione.

Nel caso di specie la Corte è chiamata a valutare la correttezza di una normativa nazionale che prevede che il calcolo dell'indennità di licenziamento sia effettuato in base alla retribuzione effettivamente percepita e, quindi, nel caso di specie a quella calcolata in base al numero di ore lavorate anziché a quelle stabilite nel contratto di assunzione.

La Corte effettua la verifica di compatibilità in relazione alla clausola 2, n. 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale che prevede che «i diritti acquisiti o in via di acquisizione, da parte del lavoratore, alla data d'inizio del congedo parentale restino immutati fino alla fine del congedo stesso». Proprio tale clausola, infatti, mira ad evitare la perdita o la riduzione dei diritti che derivano dal rapporto di lavoro di cui il lavoratore già dispone quando inizia il congedo parentale, in modo tale che la situazione del lavoratore all'inizio e alla fine della fruizione del periodo di congedo sia immutata.

La Corte rileva come l'accordo non specifichi la nozione di «diritti acquisiti o in via di acquisizione» né rinvii per l'attuazione di tale nozione alla normativa dei vari Stati membri. Tuttavia, la Corte ritiene che alla luce dell'obiettivo della parità di trattamento tra uomini e donne perseguito dall'accordo quadro sul congedo parentale tale clausola, e, quindi, tale nozione, «deve essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale comunitario particolarmente importante» (punto 42) che non consente interpretazioni restrittive. Pertanto, i diritti acquisiti o in via di acquisizione saranno tutti i diritti e i vantaggi, «in contanti o in natura, derivanti, direttamente o indirettamente, dal rapporto di lavoro, che il lavoratore può far valere nei confronti del datore di lavoro alla data di inizio del congedo parentale» (punto 43).

Tale insieme di diritti e vantaggi sarebbe vanificato se, nell'ipotesi di mancato rispetto del termine di preavviso previsto dalla legge in caso di licenziamento intervenuto durante un congedo parentale a tempo parziale, un lavoratore assunto a tempo pieno perdesse il diritto alla determinazione dell'indennità di licenziamento che gli spetta in base alla retribuzione relativa al suo contratto di lavoro. Una normativa nazionale che, infatti, si risolvesse in una riduzione dei diritti che discendono dal rapporto di lavoro in caso di congedo parentale potrebbe dissuadere il lavoratore dal fruire del congedo stesso e incitare il datore di lavoro a licenziare, tra i lavoratori, quelli che si trovino in una situazione di congedo parentale piuttosto che gli altri. Ciò si porrebbe in diretto contrasto con la finalità dell'accordo quadro sul congedo, che ha tra i suoi obiettivi quello di una migliore conciliazione della vita professionale con quella familiare.

3. Il quadro normativo risulta, pertanto, arricchito dalle due pronunce sopra riportate. Si tratta a questo punto di verificare quale sia l'incidenza della giurisprudenza comunitaria sul nostro sistema nazionale, con particolare attenzione al contenuto della pronuncia del 29 ottobre 2009 di cui al procedimento C-63/08.

Nel nostro ordinamento, infatti, il principio della nullità (cfr. C. Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *FI*, 1991, I, 697) del licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e puerperio è da ritenersi principio consolidato. Invero, secondo l'orientamento della Corte di Cassazione, il divieto di licenziamento di cui all'art. 2, della l. n. 1204/1971 opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio e, pertanto, il licenziamento intimato nonostante il divieto comporta, anche in mancanza di tempestiva richiesta di ripristino del rapporto e ancorché il datore di lavoro sia inconsapevole dello stato della lavoratrice, il pagamento delle retribuzioni successive alla data d'effettiva cessazione del rapporto, le quali maturano a decorrere dalla presentazione della certificazione attestante lo stato di gravidanza, ai sensi del d.P.R. n. 1026/1976, art. 4 (Cass. 3 marzo 2008, n. 5749; Cass. 20 maggio 2000, n. 6595).

In relazione a questo punto, in primo luogo, non è corretto richiamare la disciplina codicistica al fine di condizionare l'esercizio del potere di licenziamento all'elemento soggettivo del datore di lavoro. Se si operasse in tale direzione, infatti, si disapplicherebbe la norma speciale (ossia l'art. 2 della l. n. 1204/1971), che ponendo il divieto di licenziamento in connessione «con lo stato oggettivo di gravidanza e puerperio» consente di dichiarare *contra legem* il licenziamento anche nel caso d'inconsapevolezza del datore di lavoro.

In secondo luogo, l'illegittimità del licenziamento rileva non solo ai fini del diritto al ripristino del rapporto (da richiedere nel termine di 90 giorni), ma ne deriva anche che, alla luce di un'altra norma speciale (l'art. 4, comma 2, del d.P.R. n. 1026/1976), l'unico vuoto possibile nel pagamento della obbligazione retributiva è quello relativo al «periodo di tempo intercorrente tra la data di cessazione effettiva del rapporto e la presentazione della certificazione» durante il quale la retribuzione non decorre. Pertanto, ancorché il rapporto di lavoro sia *de iure* sempre pendente, e quindi il periodo sia utile ai fini dell'anzianità di servizio, le retribuzioni successive alla data di effettiva cessazione del rapporto maturano solo dal momento della presentazione del certificato medico di gravidanza (Cass. 20 maggio 2000, n. 6595; ma già chiaramente Cass. 26 agosto 1987, n. 7037, in *RIDL*, 1988, II, 413, secondo la quale nell'ambito della tutela a favore delle lavoratrici madri la normativa attribuisce una diversa rilevanza alla certificazione medica di gravidanza e di parto in relazione ai diversi istituti disciplinati. Pertanto, per ottenere il ripristino del rapporto di lavoro è sufficiente la presentazione, entro il termine di 90 giorni dal licenziamento, di un certificato medico da cui risulti la sussistenza dello stato di gravidanza al momento del licenziamento, ma non è necessario che tale certificato sia redatto secondo i criteri formali prescritti dall'art. 14 del

d.P.R. n. 1206/1976. Invece, nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, il trattamento retributivo deve essere riconosciuto dalla data di presentazione del certificato di gravidanza redatto secondo la disposizione regolamentare suindicata; mentre, per il periodo di astensione obbligatoria, l'indennità giornaliera nella misura dell'80% della retribuzione è dovuta dalla data di presentazione del certificato di parto redatto secondo i criteri indicati nell'art. 15 del d.P.R. n. 1206/1976).

Più complesso il connesso problema degli effetti della dichiarazione di nullità del licenziamento pronunciata dal giudice sul rapporto di lavoro. La questione, non risolta in maniera univoca dalla giurisprudenza, riguarda in particolare la possibile applicazione anche alla fattispecie del licenziamento della lavoratrice in maternità e fino ad un anno di vita del bambino, della disciplina contenuta nell'art. 18 Stat. lav. A tale proposito, occorre ricordare che, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale (cfr. C. Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *FI*, 1991, I, 697) la violazione dell'art. 2, l. n. 1204/1971, comporta la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio indicato nel predetto articolo. I principi di rango costituzionale sottesi al divieto di licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e puerperio impongono, secondo la Corte, che tale divieto sia assistito da quelle misure idonee ad impedire che l'atto vietato sia ugualmente compiuto e sia ugualmente conveniente per chi lo compie. La Corte afferma, infatti, che «sul piano civile» occorre che «se il licenziamento vietato viene ugualmente disposto, l'ordinamento giuridico, di cui esso costituisce una violazione, non lo recepisca in alcuna misura e cioè lo consideri totalmente improduttivo di effetti, come del resto è disposto per l'ipotesi, per certi aspetti analoga, del licenziamento per causa di matrimonio, di cui alla legge 9 gennaio 1963, n. 7» (C. Cost. 5 marzo 1969, n. 27).

Il problema non risolto dal giudice costituzionale riguarda le conseguenze che la dichiarazione di nullità comporta. Proprio riguardo a questo punto in giurisprudenza si rinvengono due diverse posizioni.

Secondo una prima, la c.d. forza espansiva dell'art. 18 Stat. lav. (cfr. C. Cost. 22 gennaio 1987, n. 17; Cass. 11 maggio 1990, n. 4072), nonché la formulazione dell'art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108 – che espressamente dichiara applicabile l'art. 18 ad ogni caso di licenziamento discriminatorio, quale che sia il numero di dipendenti occupati presso il datore di lavoro – consentono di ritenere che, anche nel caso di licenziamento della lavoratrice madre, il giudice possa ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro e condannare il datore di lavoro al risarcimento dei danni, in misura pari alle retribuzioni dalla data del recesso all'effettiva reintegra e, comunque, in misura non inferiore a cinque mensilità (Trib. Milano 9 febbraio 2000, in *D&L*, 2000, 473, in base alla quale è nullo ai sensi dell'art. 2, l. n. 1204/1971, il licenziamento intimato alla lavoratrice madre prima del compimento del primo anno di età del bambino ed alla fattispecie si applica l'art. 18 Stat. lav. a prescindere dalla verifica del numero dei dipendenti impiegati nell'impresa; Trib. Pisa 4 agosto 2008, in

D&L, 2008, 4, 1276, con nota di Y. SERAFINI; Trib. Pisa 3 marzo 2009, in *RIDL*, 2009, 4, 850, con nota di G. DI MARTINO; Trib. Pisa 2 aprile 2009, in *D&L*, 2009, 3, 801, con nota di C. ZAMBRELLI, secondo la quale «il licenziamento determinato da motivo discriminatorio fondato sulla maternità determina ai sensi dell'art. 25 d.lg. 11 aprile 2006 n. 198 la nullità del licenziamento ai sensi dell'art. 3 l. 11 maggio 1990 n. 108 e comporta l'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 st. lav»).

Secondo un diverso orientamento, invece, la tutela apprestata dall'art. 18 Stat. lav. non sarebbe applicabile (Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, e, in tempi più recenti, Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *Famiglia e diritto*, 2000, 515; Cass. 7 febbraio 1998, n. 1312). Secondo questa diversa impostazione, infatti, la l. n. 1204/1971 avrebbe introdotto una disciplina speciale con lo scopo di tutelare la posizione della lavoratrice madre in un periodo particolare della sua vita, tanto è vero che, superato il primo anno di vita del bambino, il datore di lavoro può recedere osservando le regole generali in tema di licenziamento.

La specificità della tutela troverebbe conferma in più elementi. Ad esempio, nel fatto che, ai fini dell'operatività dell'art. 2, comma 3, lett. a, l. n. 1204/1971 – che fa venir meno il divieto di licenziamento sancito nel primo comma dello stesso articolo, quando ricorra «colpa grave da parte della lavoratrice» – non è sufficiente la sussistenza di un giustificato motivo soggettivo ovvero di una situazione contemplata dalla contrattazione collettiva quale giusta causa idonea a legittimare la sanzione espulsiva, ma è necessaria la sussistenza di una colpa specifica diversa da quella applicabile a generiche ipotesi di inadempimento del lavoratore sanzionate con la risoluzione del rapporto (Cass. 18 febbraio 1993, n. 1973); ovvero, ancora che, in ogni caso, i comportamenti della donna lavoratrice dovrebbero essere valutati tenendo conto del comportamento complessivo in relazione alle sue particolari condizioni psicofisiche legate allo stato di gestazione e di maternità, che possono assumere rilievo ai fini della esclusione della gravità del comportamento sanzionato quando operino come fattori causali o concausali dello stesso (Cass. 23 novembre 1988, n. 6300; Cass. 4 marzo 1996, n. 1667). Del resto, la nullità è comminata per il solo fatto che il licenziamento sia intimato nel primo anno di vita del bambino, risultando, quindi, tale declaratoria del tutto svincolata dalle motivazioni che l'abbiano determinato – con l'unica eccezione per quelle considerate dal richiamato art. 2 – e, tra l'altro, indipendentemente dall'elemento psicologico del recedente. È proprio questa disciplina così peculiare che induce altra parte della giurisprudenza ad escludere che l'art. 3, l. n. 108/1990, abbia compreso tra i licenziamenti, la cui nullità comporta l'applicazione dell'art. 18, anche quello adottato in contrasto con la l. n. 1204/1971 (Cass. 22 luglio 1987, n. 6384; Cass. 19 dicembre 1988, n. 6907; Trib. Milano 16 aprile 2002, in *Gius*, 2004, 269, «il licenziamento intimato alla lavoratrice madre nel periodo di interdizione di cui alla l. n. 1204 del 1971 è nullo, ma ad esso non è applicabile l'art. 18 l. n. 300 del 1970»; Trib. Perugia 16 luglio 2001, in *Rassegna Giuridica Umbra*, 2003, 59, con nota di L. RONDELLI, «il licenziamen-

to intimato nei confronti della lavoratrice madre in violazione della l. 30 dicembre 1971 n. 1204 è affetto da nullità, con la conseguenza che il rapporto deve ritenersi mai interrotto e che la lavoratrice madre ha diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1223 c.c., senza che invece possa trovare applicazione la speciale disciplina prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori»).

In conclusione, questo orientamento ritiene che, alla stregua dei principi generali del vigente sistema, la declaratoria di nullità del licenziamento nella misura in cui si pone in contrasto con norma imperativa comporti, da un lato, che il recesso vada considerato fin dall'inizio privo di effetti risolutivi del rapporto – che, pertanto, giuridicamente va considerato sempre pendente, fino a quando non si verifichi una legittima causa di risoluzione – e, dall'altro lato, che il creditore abbia diritto al risarcimento dei danni, come previsti dall'art. 1223 c.c.

Si tratta allora di riportare il dibattito presente nella nostra giurisprudenza all'interno delle valutazioni espresse dalla Corte di giustizia nel procedimento C-63/08 (d'altra parte che vi fosse un "terreno comune" fra la vicenda sottoposta all'attenzione della Corte e il nostro sistema nazionale lo si evince anche in via indiretta dall'intervento nel giudizio comunitario del Governo italiano), laddove si chiede appunto di verificare se la limitazione dei mezzi di ricorso giurisdizionali disponibili in caso di licenziamento durante la gravidanza alla sola azione di nullità e di reintegrazione possa costituire una discriminazione ai sensi della direttiva 76/207. Secondo la Corte il diritto comunitario è di ostacolo ad una normativa che privi la lavoratrice gestante subordinata che sia stata oggetto di una misura di licenziamento «durante la gravidanza di un'azione giurisdizionale di risarcimento dei danni, mentre quest'ultima può essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato, qualora una tale limitazione dei mezzi di ricorso costituisca un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza».

Spetterà quindi ai nostri giudici verificare la compatibilità della legislazione nazionale con quanto previsto dall'art. 2 della direttiva 76/207, in combinato disposto con l'art. 3 della medesima, considerando che, secondo la Corte, proprio questi articoli rappresentano il punto dal quale partire per effettuare il giudizio comparativo fra tutele.

Maria Paola Monaco

Ricercatrice di diritto del lavoro – Università degli Studi di Firenze

2. Conciliazione vita e lavoro (segue)

2.3. C. Giust. 26 febbraio 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner*, causa C-506/06 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 9).

Licenziamento individuale - Licenziamento durante fruizione di permesso di malattia per tentativo di fecondazione *in vitro* - Direttiva 92/85/CEE - Nozione di “lavoratrice gestante” - Esclusione - Direttiva 76/207/CEE - Discriminazione di genere - Sussistenza - Illegittimità.

*La direttiva 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento e la salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, ed in particolare il divieto di licenziamento ivi contenuto (art. 10, punto 1) devono essere interpretati nel senso che non riguardano la lavoratrice che si sottoponga a fecondazione *in vitro*, qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, gli ovuli fecondati, benché esistenti, non siano ancora stati trasferiti nell'utero della donna. La lavoratrice può tuttavia invocare la tutela predisposta dalla direttiva 76/207/CEE, relativa alla parità di trattamento fra gli uomini e le donne in materia di lavoro. È, infatti, da ritenersi discriminatorio il licenziamento che si basi essenzialmente sulla circostanza che la lavoratrice si trova in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione *in vitro*.*

La tutela della lavoratrice licenziata per essersi sottoposta a procedimento di fecondazione *in vitro*

Sommario: **1.** La vicenda processuale. – **2.** La nozione di “lavoratrice gestante” ai sensi della direttiva 92/85/CEE. – **3.** Possibile natura discriminatoria del licenziamento. – **4.** Conclusioni.

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte di giustizia è stata chiamata in via pregiudiziale dalla Corte Suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) a pronunciarsi in merito al momento a partire dal quale inizia ad applicarsi, nel caso di una lavoratrice che si sottoponga a tentativo di fecondazione *in vitro*, la disciplina comunitaria a tutela delle lavoratrici gestanti (la direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, n. 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di gravidanza).

La pronuncia trae origine da una controversia insorta fra Sabine Mayr ed il suo ex datore di lavoro, Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner, circa la legittimità del licenziamento della lavoratrice intervenuto durante la fruizione, da parte di quest'ultima, di un congedo di malattia necessario per l'esperimento di un tentativo di fecondazione *in vitro*. La peculiarità della fattispecie consiste nel fatto che, alla data della comunicazione del licenziamento

della signora Mayr, gli ovuli ad essa prelevati risultavano essere già stati fecondati con gli spermatozoi del partner, ma non ancora trasferiti nell'utero. Gli ovuli fecondati, esistenti ma esterni alla donna, sarebbero stati trasferiti tre giorni dopo.

Ritenendo che, fin dalla data di fecondazione *in vitro* degli ovuli, trovasse applicazione la tutela prevista contro il licenziamento dall'art. 10 della legge austriaca sulla tutela della maternità, la *Mutterschutzgesetz* (MSchG), la signora Mayr provvedeva a comunicare tempestivamente il proprio "stato di gravidanza" al datore di lavoro. Quest'ultimo, tuttavia, respingeva tale tesi sulla base dell'assunto che la mera presenza di ovuli fecondati, e non ancora trasferiti nell'utero, non fosse sufficiente ad integrare lo "stato di gravidanza", richiesto dalla normativa nazionale per l'attivazione della tutela prevista per le lavoratrici gestanti in caso di licenziamento.

Va rilevato che la consolidata giurisprudenza nazionale austriaca individua, quale momento iniziale dello "stato di gravidanza" ai fini dell'applicazione dell'art. 10 MSchG, il momento della fecondazione dell'ovulo. Giudicando possibile l'estensione di tale approdo giurisprudenziale, formatosi per il caso di concepimento naturale, anche al caso di fecondazione *in vitro*, il tribunale di Salisburgo (*Landesgericht Salzburg*), investito della controversia in primo grado, si pronunciava a favore della signora Mayr. Secondo l'interpretazione resa dal giudice di primo grado, dunque, lo "stato di gravidanza" sussisterebbe dal momento in cui gli ovuli vengono fecondati, anche nel caso in cui ciò avvenga esternamente al corpo della donna.

Di diverso avviso, tuttavia, è stato il giudice di appello (*Oberlandesgericht Linz*), per il quale l'estensione dell'interpretazione giurisprudenziale "tradizionale" circa il momento di inizio dello "stato di gravidanza" sarebbe impossibile. La conseguenza per cui sarebbe configurabile una "gravidanza" isolata dal corpo della donna sarebbe, infatti, "impensabile". Nel caso di fecondazione *in vitro*, pertanto, lo "stato di gravidanza" avrebbe inizio solo con il trasferimento dell'ovulo fecondato nell'utero della donna. Solo da quel momento opererebbe la tutela della gestante contro la risoluzione del rapporto di lavoro. Tale sentenza ha formato oggetto di ricorso presso l'*Oberster Gerichtshof*, il quale ha ritenuto che la controversia richiedesse l'interpretazione di norme comunitarie, in particolare della direttiva 92/85/CEE, e ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, tesa a risolvere il problema interpretativo di definizione della nozione di "lavoratrice gestante", al fine di determinare se il divieto di licenziamento che la concerne (art. 10, n. 1, direttiva 92/85/CEE) debba essere interpretato nel senso che riguardi una lavoratrice che si sottoponga a fecondazione *in vitro*, qualora al momento della comunicazione del licenziamento si sia già in presenza di ovuli fecondati *in vitro*, ma questi non siano ancora stati trasferiti nell'utero della lavoratrice.

2. Occorre precisare che, per quanto concerne la definizione dell'ambito di applicazione di tale direttiva, l'art. 2, lett. a, si limita a stabilire che debba considerarsi "lavoratrice gestante" ogni lavoratrice che «informi del suo stato

il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali». Disposizione, quest'ultima, decisamente scarna ed insidiosa, per il caso di fecondazione *in vitro*, laddove si consideri che, non solo le peculiarità di tale tecnica (in particolare la fecondazione dell'ovulo, esterna al corpo della donna) pongono problemi circa l'esatta individuazione del momento di inizio del "suo stato" ovvero dello "stato di gestazione", ma, anche, come peraltro ha avuto modo di sottolineare la stessa Corte, che il «trattamento di fecondazioni artificiali e cellule in via di sviluppo costituisce un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalle molteplici tradizioni e sistemi di valore di questi ultimi».

La consapevolezza della delicatezza del tema ha spinto la Corte a sottolineare come, con la sentenza in esame, essa non sia stata chiamata ad affrontare alcuna definizione medica o etica ma, esclusivamente, un'interpretazione giuridica delle disposizioni rilevanti della direttiva 92/85/CEE, tenuto conto della formulazione, dell'economia e degli scopi di quest'ultima.

Proprio alla luce degli scopi della direttiva emerge, tuttavia, una apparente aporia nel regime di tutela della maternità per il caso di fecondazione *in vitro*. Se, da un lato, il divieto di licenziamento posto dall'art. 10 trova la propria *ratio* nell'esigenza di garantire la sicurezza e la tutela delle lavoratrici gestanti, in particolare contro il rischio che un licenziamento per motivi connessi al loro stato possa avere effetti dannosi sulla salute della lavoratrice, per cui sembra necessario doversi tener conto della prima data possibile di inizio della gravidanza, dall'altro lato, esigenze di certezza del diritto impediscono l'estensione delle tutele previste dalla direttiva per i casi in cui la gravidanza non abbia avuto *effettivamente* inizio.

La Corte, riprendendo le conclusioni dell'avvocato generale, ha reputato predominante la seconda esigenza. La possibilità riconosciuta, in alcuni Stati membri, della crioconservazione di ovociti si presterebbe all'ammissibilità di situazioni di abuso del diritto. In particolare un'eccessiva estensione della tutela concessa dall'art. 10 della direttiva 92/85/CEE potrebbe avere l'effetto di concedere i benefici accordati alla lavoratrice in ragione dello stato di gravidanza a quelle situazioni in cui il trasferimento degli ovuli fecondati sia rimandato per diversi anni o definitivamente escluso o, ancora, la fecondazione *in vitro* stessa sia effettuata a scopi meramente cautelativi, con la creazione di un'inammissibile incertezza del diritto. Tali considerazioni impediscono di considerare compresa nella nozione di "lavoratrice gestante" una lavoratrice che si trovi nella condizione di cui alla causa principale.

3. L'esigenza di garantire alla lavoratrice la possibilità di sottoporsi a cure per l'infertilità senza il rischio di subire pregiudizi per ragioni basate sulla gravidanza futura o, comunque, ricercata, ha spinto la Corte ad affrontare la questione sotto altro profilo.

È ormai principio acquisito dell'ordinamento processuale comunitario quello per cui la Corte, nel decidere in merito a procedimenti pregiudiziali, non sia legata alla questione come prefigurata dal giudice nazionale, ma possa pren-

dere in considerazione norme di diritto comunitario più pertinenti (si veda, da ultimo, C. Giust. 26 aprile 2007, *Alevizos*, C-392/05).

A giudizio della Corte, qualora risultasse che il licenziamento della signora Mayr fosse basato essenzialmente sul fatto che essa si sottoponesse al trattamento di fecondazione *in vitro*, pur non essendo possibile invocare la tutela predisposta dalla direttiva 92/85/CEE, la lavoratrice potrebbe far valere la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso dalla direttiva 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro. Quest'ultima direttiva impone (in particolare artt. 2, n. 1, e art. 5, n. 1) l'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento. Essendo pacifico che il prelievo follicolare ed il trasferimento nell'utero di ovuli fecondati siano trattamenti medici che possono riguardare unicamente le donne, emerge chiaramente come il licenziamento basato essenzialmente sul fatto che essa si sottoponga a tali fasi avanzate del trattamento di fecondazione *in vitro* costituisca una discriminazione diretta basata sul sesso.

4. Sebbene la decisione abbia tratto origine da una fattispecie molto particolare, avente ad oggetto un tema estremamente delicato e originale, altrettanto non può dirsi dell'interpretazione normativa effettuata della Corte, che si innesca, in realtà, in un percorso argomentativo già ben tracciato, volto a riconoscere la natura discriminatoria e l'illegittimità del licenziamento che si basi essenzialmente sulla "gravidanza", anche al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 92/85/CEE (C. Giust. 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88; C. Giust. 14 luglio 1994, *Webb*, C-32/93; C. Giust. 30 giugno 1998, *Brown*, C-394/1996; C. Giust. 8 settembre 2005, *McKenna*, C-191/03; C. Giust. 11 ottobre 2007, *Paquay*, C-460/06).

Le prime manifestazioni di tale tendenza sono emerse fin dai primi anni Novanta dello scorso secolo. Ancora prima dell'adozione di una direttiva specifica a tutela della maternità la Corte di giustizia ebbe modo (causa *Dekker*, cit.) di evidenziare un «argomento di elementare buon senso» (M.V. BALLESTRE-RO, voce *Maternità*, in *DDPComm*, 1993, vol. IX, 338) ovvero che, posto che la gravidanza può riguardare solo le donne, il trattamento meno favorevole riservato alla donna a causa del suo stato di gravidanza rappresenta una discriminazione diretta basata sul sesso. È noto, del resto, che la maternità sia la causa più frequente di discriminazione delle donne sul lavoro, addirittura quando questa sia meramente ipotetica. Si pensi al divieto di licenziamento discriminatorio a causa di matrimonio in quanto «generatore del rischio maternità» (G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, 52 ss.). Per quanto concerne più specificamente il licenziamento di lavoratrice assente per congedo di malattia legata alla gravidanza, la Corte, pronunciandosi in un caso di licenziamento di una lavoratrice a motivo di malat-

tia connessa alla gravidanza sopravvenuta anteriormente al congedo di maternità, aveva sottolineato come lo stato di gravidanza possa comportare disturbi e complicazioni che rientrano nella particolarità di tale stato e non sono assimilabili ad altro stato patologico (causa *Brown*, cit.), arrivando ad individuare la natura discriminatoria del licenziamento irrogato. Solo qualora gli stati patologici, che pur trovino origine nella gravidanza o nel parto, sopraggiungano successivamente al congedo di maternità, debbono essere ricondotti nel regime generale di malattia, purché sia assicurata la parità di trattamento con i lavoratori maschi. Verrebbe meno la necessità della distinzione della causa generatrice della malattia e residuerebbe unicamente la necessità di verificare l'esatta applicazione del principio di eguaglianza (C. Giust. 8 novembre 1990, *Handels og Kontorfunktionærernes Forbund*, C-179/88).

Il nucleo argomentativo di queste sentenze è comune e consiste nella necessità di determinare se la ragione del licenziamento della lavoratrice valga indistintamente per i lavoratori dei due sessi o se, invece, sia valida esclusivamente per una delle due categorie. Lo stesso nucleo argomentativo è rinvenibile nella sentenza in esame che, pertanto, ha natura esclusivamente confermativa di un orientamento già consolidato.

Merita di essere sottolineato, da ultimo, l'atteggiamento cauto mantenuto dalla Corte nell'estensione di tale orientamento al caso di trattamento di fecondazione *in vitro*. Nel riconoscere l'applicazione della direttiva 76/207/CEE, infatti, la Corte, sottolinea come questa impedisca il licenziamento di una lavoratrice che si trovi in una fase *avanzata* di fecondazione *in vitro*, rinunciando a prendere posizione circa il momento esatto a partire dal quale possano trovare applicazione le tutele previste dalla normativa discriminatoria e riservandosi così la possibilità di valutare in futuro, con il metro del principio di eguaglianza, il carattere non discriminatorio di licenziamenti (o comunque di trattamenti sfavorevoli) intervenuti in fasi più arretrate della fecondazione *in vitro*.

Riemerge a tal proposito la difficoltà di un bilanciamento fra le esigenze di tutela della donna e la necessità di contrastare eventuali situazioni di abuso del diritto amplificate dalla possibilità di crioconservazione degli ovociti ammesse in taluni Stati membri.

Maria Teresa Crotti

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Quadro internazionale e comparato

– *diritto del lavoro: distinzione tra autonomia e subordinazione nei Paesi europei (1.1.)*

– *partecipazione dei lavoratori: origini e prospettive del quadro comparato sugli ESOP (1.2.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.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. Quadro internazionale e comparato

1.1. EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, *Characteristics of the Employment Relationship*, Thematic Report 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 10).

Varianti del termine “employee” nel contesto europeo: le implicazioni sulla nozione giuridica sottostante di lavoro subordinato (*)

Sommario: **1.** Caratteristiche generali. – **2.** Principali differenze: considerazioni generali. – **2.1.** *Segue:* principali differenze a livello giuridico. – **3.** Spiegare le differenze. – **4.** Possibili correlazioni tra la nozione di subordinazione e i suoi effetti a livello giuridico.

1. In tutti i Paesi dell’Unione europea, la maggior parte dei provvedimenti nell’ambito del diritto del lavoro riguarda esclusivamente gli *employees* (sebbene sussistano delle differenze; ad esempio il campo di applicazione della normativa in materia di discriminazione è molto vasto, mentre la portata delle disposizioni su salute e sicurezza solitamente si estende poco oltre gli *employees*) (si ritiene di lasciare nel testo il termine inglese per non condizionare la lettura del saggio con riferimento all’equivalente italiano, “lavoratore subordinato”, *n.d.t.*). Il concetto di *employee* tuttavia, ha una molteplicità di significati nei diversi ambienti nazionali (cfr. il *Thematic Report* del 2009 realizzato dallo European Labour Law Network, in epigrafe, cui *adde* R. REBHAWN, *Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive*, in *Das Recht der Arbeit*, 2009, 154-174; B. VENEZIANI, *The Employment Relationship*, in B.A. HEPPLER, B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 99-128), seppure ricorre in tutte le esperienze nazionali la codificazione binaria del lavoro retribuito nella “grande bipartizione” tra lavoro giuridicamente subordinato e lavoro autonomo, e quindi tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi. Tanto i diritti nazionali quanto l’ordinamento europeo utilizzano queste macro-nozioni per concettualizzare il mondo del lavoro. Tuttavia, tutti gli ordinamenti riservano una regolazione dettagliata al solo lavoro subordinato; alcuni ordinamenti arrivano persino a definire solo questa tipologia di lavoro disciplinando il contratto e il rapporto di lavoro subordinato, là dove il lavoro autonomo è regolato in via solo residuale.

Furono gli economisti, più di un secolo fa, molto prima di quanto avrebbe fatto il diritto, a riconoscere l’esistenza di un gruppo ben individuabile di soggetti che prestava un’attività lavorativa a carattere personale e con modalità di soggezione rispetto al beneficiario della prestazione. Solo con il passare del tempo, tuttavia, si è sviluppata la categoria giuridica del lavoro subordinato

* Traduzione dall’inglese a cura di Pietro Manzella ed Eliana Bellezza.

per individuare un gruppo omogeneo di persone, per ragioni, invero, legate al funzionamento del sistema previdenziale, prima ancora che del diritto dei contratti. La caratteristica discriminante, allora, era stata rinvenuta nella subordinazione rapportata alla organizzazione e in virtù della quale il lavoratore accettava, a beneficio della controparte contrattuale, di essere diretto e controllato da quest'ultima. Questo criterio gerarchico si applicava facilmente tanto al lavoro manuale quanto a quello intellettuale.

Ad oggi, la linea di confine tra i due tipi di prestazione sta diventando sempre più opaca. La zona grigia esistente tra le definizioni di lavoro subordinato e di lavoro autonomo è destinata ad aumentare in seguito ai cambiamenti avvenuti nella tecnologia e nella gestione delle risorse umane. La difficoltà nel definire tale concetto è anche dovuta a un minor ricorso al contratto di lavoro, nonché a una minore pressione da parte delle organizzazioni sindacali nel voler predefinire la disciplina contrattuale dei rapporti individuali di lavoro. Dalla prospettiva delle aziende, invece, vi è interesse a che questa zona grigia tra subordinazione ed autonomia resti tale, poiché i costi del lavoro subordinato sono certamente maggiori per le imprese. Ciò avviene soprattutto nei Paesi in cui sono previsti contributi previdenziali più alti proprio per i lavoratori subordinati. Una definizione ambigua del termine *employee* inoltre determina maggiori difficoltà di qualificazione del rapporto di lavoro, con la conseguenza che si apre la possibilità di ricorrere sempre meno al contratto di lavoro. Una nozione di subordinazione poco circoscritta, tuttavia, può anche comportare dei vantaggi, in quanto lascia al giudice un margine di discrezionalità maggiore nel qualificare i casi riconducibili appunto a questa zona grigia tra autonomia e subordinazione.

Circa la definizione delle diverse tipologie di lavoro autonomo, gli ordinamenti non hanno ancora elaborato una definizione. Ancora gli economisti sono stati "più veloci" dei giuristi individuando all'interno del lavoro autonomo la categoria dei *lavoratori in proprio* (*own-account-workers*). Tuttavia nemmeno la scienza economica ha risolto completamente la questione, dato che non fornisce chiarimenti in merito a un'ulteriore distinzione, ovvero a quella esistente tra i *lavoratori in proprio* che operano all'interno del libero mercato dei beni e dei servizi e quelli che invece non appartengono a questo gruppo, in particolare coloro che hanno lavorato per un lungo periodo solo con determinati partner e non hanno quindi avuto possibilità di sfruttare le occasioni offerte dal mercato.

Con riferimento, invece, alla nozione di lavoro subordinato, la scienza economica ha individuato piuttosto la ragione economica che spiega il ricorso al contratto di lavoro subordinato tradizionalmente inteso, ossia quella secondo cui, in termini organizzativi, la gerarchia garantisce il risparmio dei costi di controllo. Ed un rapporto di lavoro a lungo termine si traduce in un risparmio in termini di *transaction costs* se paragonato ai costi relativi ad accordi sottoscritti su base continua o periodica. Anche il potere direttivo del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori subordinati spesso si rivela una modalità or-

ganizzativa più efficiente delle forme più “libere” di lavoro individuale (a ben vedere anche un rapporto di lavoro continuativo con un lavoratore autonomo – pur quando non rientri in alcuno schema contrattuale predefinito – determina un risparmio in termini di transazioni maggiore rispetto ai costi derivanti dalla stipula di più contratti con soggetti dello stesso tipo). Questo dimostra che la mera dipendenza economica del prestatore d’opera nei confronti del datore di lavoro non è sufficiente a definire *ipso iure* un determinato rapporto di natura subordinata e quindi non è necessariamente riconducibile ad uno specifico contratto di lavoro.

Per questioni linguistiche, l’analisi che qui si presenta si concentrerà principalmente sui vecchi Stati membri.

2. Tutte le legislazioni contengono ed applicano il concetto di *employee*, sebbene tale nozione venga interpretata in maniera diversa. Pur esistendo una base comune, sussistono delle differenze tali da rendere la nozione piuttosto ampia. Nel tentativo di stabilire in quali Paesi la portata di tale concetto sia più estesa, si potrebbe seguire questo ordine: nei Paesi scandinavi, più che in Germania e Francia, e in questi ultimi più che in Italia, la definizione di *employee* ha una accezione più generale, anche più che nel Regno Unito, nonostante qui il legislatore abbia individuato espressamente le categorie di lavoratori subordinati. Le differenze relative alla portata e al contenuto delle nozioni a livello nazionale sembrano essere meno significative di differenze esistenti tra le diverse discipline (livelli di protezione) nazionali del lavoro.

Occorre, tuttavia, fare un’osservazione. La rilevanza della nozione di *employee* è determinata non esclusivamente dal contenuto giuridico e dagli effetti che ne conseguono, ma anche dal campo di applicazione. Secondo le statistiche ufficiali, il 90% dei soggetti che prestano un’attività retribuita all’interno dell’Unione europea operano sottoscrivendo un contratto di lavoro. Se si considera però la forza lavoro totale, le percentuali di lavoratori subordinati o che operano in proprio variano notevolmente da Paese a Paese, così come la portata indicativa dell’economia sommersa. Entrambi i fattori condizionano l’efficacia delle nozioni a livello nazionale e, di conseguenza, le differenze e i punti d’incontro tra le stesse.

Sempre in merito alla suddetta nozione, una prima differenza tra i contesti nazionali analizzati emerge nel cercare di comprendere se l’origine del concetto di *employee* vada rinvenuta nella legislazione o nella giurisprudenza, quantunque tale distinzione sembri essere piuttosto superflua. Infatti, l’esistenza ipotetica di un ambito che ne delimiti l’applicazione può rappresentare solo un punto di partenza. Le differenze più rilevanti invero si riscontrano esaminando i seguenti aspetti: in che misura il contratto può condizionare il rapporto di lavoro o imporre un assetto giuridico standardizzato che si traduca in uno *status* legale? La nozione di *employee* è uniforme e teorica o per definirla si fa riferimento a un approccio casistico? In che modo il giudice interpreta i principali indici di subordinazione a livello organizzativo? E quanto rilevanti sono gli altri indicatori? Oltre al rapporto di lavoro, il legislatore disciplina altre forme

di attività individuali, prevedendo per queste tutele speciali, sebbene meno efficaci? In che misura il lavoratore deve dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro se la definizione di quest'ultimo è ambigua tanto a livello giuridico quanto a livello pratico?

2.1. Le disposizioni in ambito lavoristico hanno carattere vincolante e le prime differenze tra i sistemi nazionali sono correlate proprio alla rilevanza di tale *ius cogens*, in quanto questi può essere interpretato dall'organo preposto al giudizio sia come un limite applicativo al contratto di lavoro ma esterno ad esso sia come parte integrante di un rapporto di lavoro. In alcuni Paesi, come in Germania, prevale la prima interpretazione, in altri, come in Francia, la seconda. Qui, almeno in passato, si era soliti parlare di *statut des travailleurs* (Statuto dei lavoratori) più che di contratto. Ed ancora oggi esistono diverse tipologie contrattuali laddove altre giurisdizioni soltanto fanno distinzione tra clausole del contratto. Il Regno Unito rappresenta un'eccezione all'interno del primo gruppo, in quanto il giudice considera il diritto del lavoro un'entità diversa dal diritto civile, anche a livello normativo, mentre ad esempio in Germania suddetta differenza non esiste.

Dal diverso grado di rilevanza attribuito allo *ius cogens* dipende poi anche la qualificazione stessa di un rapporto di lavoro, si pensi ad esempio quando ci si imbatte in clausole non compatibili con il contratto stesso. In molti Paesi, il carattere vincolante delle norme di diritto del lavoro condiziona di per sé l'accertamento dell'esistenza di un vincolo contrattuale. La presenza di clausole incompatibili, inoltre, non pregiudica la validità del contratto di lavoro, con la conseguenza che tali clausole saranno inefficaci. Al contrario, in alcuni Paesi come il Regno Unito, una clausola incompatibile con il contratto prevale su di esso, con una conseguente qualificazione come lavoro autonomo. A ciò va aggiunto che in alcuni ordinamenti giuridici il rapporto di lavoro viene identificato più come un contratto o una collaborazione autodeterminata, in altri più come uno *status* ormai riconosciuto.

Una differenza importante nella definizione del concetto di *employee* riguarda inoltre l'applicazione concreta delle disposizioni obbligatorie in materia di diritto del lavoro. L'attenzione spesso si concentra sugli organi preposti ad applicare le norme, nonostante appaia ben più importante la possibilità che l'autorità pubblica applichi *ex officio* determinati istituti, come il diritto alla retribuzione e quello alle ferie. In molti Paesi, l'applicazione di tali diritti è completamente affidata all'iniziativa del lavoratore; solo in pochi casi questo compito spetta all'autorità pubblica, attraverso la funzione esercitata dagli ispettori del lavoro, sebbene l'efficacia della loro attività differisca secondo i casi. In un terzo gruppo di Paesi sono gli organi di rappresentanza dei lavoratori, come ad esempio i sindacati, a poter rivendicare questi diritti. Suddette differenze condizionano il significato legato alla nozione di *employee*, se si ritiene che un concetto giuridico sia effettivo nel momento in cui si traduce in un atto pratico.

Un secondo aspetto riguarda le differenze nell'analisi del concetto di *employee*. In Europa prevale un approccio pressoché uniforme, in quanto esiste una definizione che comprende diversi indici (cosiddetti presuntivi di subordinazione) e che in teoria viene applicato in maniera deduttiva. Nel Regno Unito, al contrario, non vi è quest'uniformità, ma esistono quattro criteri di definizione, così come nei Paesi nordici.

Sebbene, esaminando la stessa situazione, i due approcci portino spesso allo stesso risultato, il diverso punto di partenza sembra condizionare la percezione della struttura giuridica del rapporto di lavoro.

Un terzo aspetto riguarda la qualificazione della subordinazione a livello organizzativo, ossia l'individuazione dei criteri alla base del concetto stesso di subordinazione. In tutti i Paesi, ad esempio, la presenza di vincoli in merito all'orario e al luogo di lavoro ovvero la possibilità di impartire direttive al riguardo costituiscono indici presuntivi particolarmente rilevanti rispetto alla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato. Lo stesso vale in alcuni contesti nazionali per la determinazione delle mansioni lavorative, le cosiddette istruzioni "funzionali"; alcuni Paesi riconoscono infatti la predeterminazione del contenuto del contratto quale sostitutivo delle stesse istruzioni.

I cambiamenti avvenuti nel mondo del lavoro hanno, peraltro, ridotto considerevolmente l'importanza decisiva di tali manifestazioni del potere direttivo da parte delle aziende, con diversi gradi di rilevanza, soprattutto per quello che riguarda le istruzioni funzionali. Inoltre altre differenze tra i contesti nazionali si rinvergono in merito al potere del datore di lavoro di coordinare il lavoratore con l'organizzazione del lavoro e a quanto questo sia indice di subordinazione. A quanto pare, in alcuni sistemi un certo livello di coordinamento ha come effetto la creazione di un rapporto di lavoro subordinato, mentre in altri non esclude il lavoro autonomo. Di conseguenza, anche il grado d'integrazione del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione aziendale può essere valutato in maniera diversa.

Un quarto aspetto riguarda gli indici diversi dalla subordinazione a livello organizzativo, come soprattutto la dipendenza in termini economici. In tal senso la questione centrale è comprendere in quale misura questi ulteriori indici possano essere sintomatici di un rapporto di lavoro subordinato. La dipendenza economica da un reddito derivante da uno specifico rapporto di lavoro è palesemente rilevante solo in taluni casi. La direttiva sul lavoro a tempo parziale n. 97/81/CE del 15 dicembre 1997 confermerebbe questa riluttanza, poiché rileva che la dipendenza economica non giustifica una maggiore tutela, almeno tra la categoria dei lavoratori subordinati. Alcune legislazioni, tuttavia, soprattutto nei Paesi nordici, potrebbero valorizzare maggiormente questo indice, perlomeno a livello pratico. Le suddette osservazioni sono valide anche in relazione alla durata del rapporto di lavoro; in molte realtà nazionali una maggiore durata non viene interpretata come un indice di subordinazione, né tantomeno al contrario un rapporto che si sviluppa per un lasso di tempo inferiore.

La dipendenza economica comprende diversi aspetti, in particolare considera innanzitutto la proprietà degli strumenti di lavoro, la ripartizione dei rischi e delle opportunità lavorative, nonché il rapporto tra questi due fattori. È opinione comune che questo tipo di subordinazione da sola non basti a definire il concetto di *employee*. Ad ogni modo, la sua importanza è valutata in maniera diversa a prescindere dalla questione organizzativa. Nei Paesi scandinavi è un indicatore positivo rilevante; nel Regno Unito, al contrario, la mancanza di una dipendenza economica rappresenta un indice fortemente presuntivo di lavoro autonomo.

Tutti gli ordinamenti prevedono che il lavoratore subordinato sia obbligato a prestare l'attività in modo personale, seppure tale requisito sia diversamente articolato nelle diverse esperienze nazionali. Tale profilo emerge in particolare con riferimento alle clausole contrattuali che regolano il diritto del lavoratore a farsi sostituire. In alcuni Paesi, ad esempio, tali clausole prevedono che sia indicata la frequenza con la quale il lavoratore farà ricorso a tale possibilità, altri dispongono che tale clausola sia obbligatoriamente predisposta per iscritto. Un problema del genere sorge anche ove siano previste delle clausole che escludono l'obbligo di procurare il lavoro. La giurisprudenza nei diversi Paesi ha elaborato al riguardo criteri differenti. I giudici del Regno Unito vanno oltre rispetto a tale impostazione del problema e, ove non si riscontri la c.d. *mutuality of obligation*, l'impegno della parte datoriale a dare lavoro all'altra parte, escludono la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Per contro, in altre esperienze del quadro comparato è sufficiente che vi sia l'impegno del lavoratore a prestare la propria attività se richiesto per configurare un rapporto di lavoro subordinato, con la conseguenza che il datore di lavoro è tenuto alla retribuzione anche se non è in grado di mettere il lavoratore nelle condizioni di lavorare. Alcuni ordinamenti poi giungono a garantire al lavoratore la qualificazione del rapporto come subordinato per il solo impiego di fatto.

A livello pratico, anche la tradizione giurisprudenziale sembra avere un ruolo importante, sebbene sia difficile dimostrarlo. Sembra, infatti, che il giudice sia portato a riconoscere un rapporto di lavoro più per alcune professioni che per altre, sebbene con delle differenze da Paese a Paese.

Rilevante è anche l'esistenza ipotetica di una regolamentazione per un tipo di attività a carattere personale meno tutelata, diversa da quella prestata dal lavoratore subordinato. Alcuni Paesi prevedono, infatti, questa categoria, classificandola come appartenente al lavoro autonomo, la cui portata, come la presenza della stessa suggerisce, può condizionare l'interpretazione del concetto di *employee*. Vanno menzionati in questo senso i lavoratori (*workers*) del Regno Unito e quelli "equiparati per similitudine ai lavoratori dipendenti" in Germania. In Italia, il legislatore ha istituito un complesso sistema di tipologie contrattuali oltre a quella tradizionale, alla cui base vi è la collaborazione coordinata e continuativa; la Spagna ha previsto recentemente una regolamentazione speciale per il lavoro economicamente dipendente. Mentre nel Regno Unito non pochi dei provvedimenti in materia di lavoro si applicano a tutti i

workers, in altri Paesi che riconoscono diverse categorie di lavoratori, i provvedimenti di questo tipo sono pochi. È il caso dell'Italia, della Spagna e, con minor frequenza, della Germania. Non è certo se la regolamentazione menzionata davvero produce una riduzione del campo di applicazione del concetto di *employee* così come interpretato dal giudice, anche se questo concetto sembra essere meno ampio nei Paesi che la prevedono.

Sebbene il lavoro autonomo a carattere personale costituisca una rara eccezione in termini statistici (10%), detta modalità è presente in molti se non in tutti i Paesi esaminati, dove si è stabilito che esso rientra nell'ambito di applicazione del diritto del lavoro solo se l'esistenza di un rapporto subordinato è verificato (il che non è per nulla evidente. Si potrebbe immaginare un ordinamento giuridico in cui il lavoro a carattere personale è riconosciuto come autonomo soltanto se soddisfa determinati parametri). L'onere della prova acquista un maggiore peso specifico laddove il lavoratore agisca per vie legali. In questo senso, l'onere della prova – sia per l'esistenza di un contratto sia per l'accertamento di un rapporto giuridico in termini di subordinazione – sembra ricadere nella maggior parte dei casi sul lavoratore. Presumere l'esistenza di un rapporto di lavoro applicabile in maniera generale ed effettiva rappresenta una rara eccezione, sebbene in alcuni Paesi, come la Francia, questa possibilità esista per casi particolari. Tali ipotesi possono ampliare la nozione di *employee* da un punto di vista pratico, arrivando ad avere valore giuridico qualora fossero incontestabili. L'onere della prova sembra essere meno rilevante se l'autorità fa ricorso alle norme in materia di diritto del lavoro *ex officio*, che generalmente facilitano una comprensione più ampia. Di conseguenza, anche le differenze nell'implementazione possono condizionare l'estensione del concetto.

Una ulteriore differenza tra gli ordinamenti nazionali si rileva nel grado di differenziazione delle categorie di lavoratori subordinati sulla base del diritto comune. In alcuni Paesi esiste uno svariato numero di sottogruppi di lavoratori, ognuno con le proprie regole, in altri invece la differenza è appena percettibile. Particolarmente rilevanti in questo senso sono i sottogruppi che portano a importanti modifiche *in peius* per i lavoratori nell'applicazione del diritto del lavoro, in quanto restringono la portata del concetto di *employee*. È questo il caso della Spagna.

A livello nazionale esistono inoltre tendenze diverse nell'applicazione del concetto di *employee*. In Svezia la legge offre a tale nozione un'accezione piuttosto ampia; in Italia, corposa è la dottrina che afferma che ciò era vero solo in passato. Sono comunque diversi i Paesi in cui la nozione ha un'interpretazione piuttosto restrittiva.

3. I diversi punti di partenza a livello storico e le diverse realtà giuridiche giustificano l'eterogeneità interpretativa del concetto di *employee*. Ciò è vero in particolar modo a seconda dell'approccio scelto, se teso a dare una lettura universale, se prettamente casistico o se parta dall'importanza della norma cogente. Solo in taluni Paesi la contrattazione collettiva ha plasmato la nozione.

Le differenze tra i diversi sistemi si spiegano anche perché in passato i diversi mercati del lavoro a livello nazionale presentavano problematiche non uniformi a livello giuridico; questo era probabilmente dovuto al fatto che i provvedimenti nazionali e le diverse consuetudini inducevano le aziende a ricorrere a modalità diverse dal lavoro. Per questa ragione, le leggi nazionali hanno nel tempo adottato misure eterogenee per affrontare la questione e gli organi giudicanti hanno valutato diversamente situazioni uguali in base alla rilevanza attribuita alle singole situazioni. In questo senso, non è scontato che l'organo giudicante reagisca sempre con un'estensione della nozione di subordinazione. Come dimostra il caso del Regno Unito, anche un numero elevato di lavoratori che prestano attività su base occasionale, ma regolarmente, non giustifica l'estensione del criterio di reciprocità.

Non meno importante sarà valutare se e in che misura principi di libertà contrattuale, libertà di organizzazione e di mercato possano spiegare il diverso approccio a livello nazionale, soprattutto relativamente all'estensione e all'ambiguità del concetto di *employee*. La teoria delle varietà del capitalismo distingue le economie di mercato liberali da quelle coordinate. Amable ha ampliato questo punto di vista distinguendo in Europa quattro gruppi o modelli: modello di mercato, continentale, socialdemocratico e mediterraneo (B. AMABLE, *The Diversity of Modern Capitalism*, Oxford University Press, 2003).

4. Questa breve panoramica ha l'obiettivo di valutare l'esistenza di una correlazione tra le differenze di interpretazione della nozione di subordinazione e gli effetti di questa divergenza a livello giuridico. A prima vista, la domanda potrebbe risultare singolare, in quanto ciascun ordinamento giuridico dovrebbe realizzare una nozione e fornire un'interpretazione della stessa in maniera tale da farvi corrispondere un determinato effetto in termini giuridici. I parametri che definiscono il campo di applicazione di un provvedimento infatti dovrebbero coincidere con le conseguenze legate ad esso, in quanto è proprio tale corrispondenza a permettere che suddetti criteri giustifichino gli effetti.

È tuttavia in discussione la misura in cui le diverse disposizioni in ambito giuslavoristico possano essere realmente spiegate e supportate da quei parametri che ora danno vita al concetto di lavoro subordinato, soprattutto a livello organizzativo. Questo dubbio non è stato affrontato in maniera rilevante, sebbene riguardi le fondamenta del diritto del lavoro. Non è nemmeno possibile, né tantomeno necessario, affrontare la questione in questa sede. Ciò che qui è rilevante è l'esistenza di possibili correlazioni tra le differenze concernenti la nozione di subordinazione e gli effetti di quest'ultima. I punti che seguono rappresentano, più che risposte al quesito, una serie di domande e suggerimenti.

Un primo tentativo per verificare l'esistenza di detta correlazione in un sistema giuridico dovrebbe accertare se la valutazione di un rapporto di lavoro investe solo gli aspetti inerenti al diritto del lavoro o anche la normativa in materia di previdenza sociale e il diritto tributario. Laddove si decida di adottare

il secondo approccio detto “pluri-consequenziale”, esso può condizionare la realizzazione della nozione di subordinazione in tre modi: innanzitutto facilitando il ricorso a indicatori che le autorità possono verificare e applicare prontamente, poi supportando una valutazione che dipende meno dalla volontà delle parti contraenti. Infine, favorendo una maggiore armonia, laddove lo *status* di lavoratore subordinato non solo determina l’applicazione del diritto, ma anche la tutela previdenziale e/o gli aspetti di natura fiscale.

Un secondo tentativo per verificare la suddetta correlazione consiste nell’analizzare le modalità attraverso le quali il diritto del lavoro viene applicato. Laddove la legge prevede sanzioni severe somministrate da autorità pubbliche, quali quelle di tipo penale, si favorisce certamente l’emergere di criteri che non dipendono da singole clausole contrattuali. Se lo Stato affida l’applicazione dei diritti in materia di lavoro di un certo livello alle organizzazioni sindacali, questo può comportare che siano le parti sociali e i criteri economici a concorrere alla definizione della nozione. Questo è particolarmente evidente nei Paesi nordici, dove tradizionalmente le rivendicazioni in ambito giuslavoristico sono la conseguenza di accordi collettivi. Al contrario, l’applicazione che dipende soprattutto dall’iniziativa del lavoratore risponde più a un approccio contrattuale che a un approccio legato allo stato giuridico.

Un terzo tentativo finalizzato a verificare l’esistenza in un sistema nazionale di una concreta correlazione tra il concetto di *employee* e i suoi effetti potrebbe considerare il livello di tutela previdenziale fornita dal diritto del lavoro, soprattutto dalle fonti legislative. Non è semplice tuttavia classificare i sistemi legislativi nazionali in materia di lavoro in relazione al loro livello di tutela. Esistono indagini che raggruppano i Paesi in base alla rigidità della regolamentazione nell’ambito del mercato del lavoro, sebbene un alto livello di rigidità non si traduca necessariamente in un alto grado di protezione sociale. Tralasciando quest’aspetto e concentrandosi sul livello di rigidità è possibile, secondo Amable, affermare che il mercato del lavoro più rigido è quello che fa riferimento al modello mediterraneo, mentre il modello basato sul libero mercato, come quello del Regno Unito, garantisce una minore rigidità. Il modello continentale e quello nordico si posizionano nel mezzo (e si differenziano più per la normativa previdenziale che per quella sul lavoro).

Una prima ipotetica risposta quindi potrebbe essere che la nozione di *employee* è più ampia quanto più basso è il livello di protezione, in quanto quest’ultimo può essere applicato a più soggetti. Tuttavia, solo considerando il modello del Regno Unito si dimostra il contrario. Una seconda ipotesi risolutiva potrebbe stabilire un nesso tra la rigidità del sistema e la precisione della nozione di subordinazione. Colpisce che le questioni e le discussioni in merito all’ampiezza della nozione siano più intense nei Paesi del Mediterraneo e nel Regno Unito che nei Paesi nordici o nell’Europa continentale. Di conseguenza, potrebbe essere che una più intensa regolamentazione necessiti di una maggiore precisione del campo di applicazione rispetto a una regolamentazio-

ne di intensità media, laddove un basso livello della stessa può produrre un numero maggiore di controversie rispetto a un livello medio.

Infine, sembra inoltre probabile che alcune caratteristiche specifiche delle nozioni nazionali di subordinazione riflettano questioni legate al diritto del lavoro di un determinato Paese. È questa comunque un'ipotesi analizzata in maniera più dettagliata dagli esperti nazionali.

Riassumendo, si può affermare che le caratteristiche specifiche di un contesto nazionale relative al concetto di *employee* riflettano specifiche questioni e, spesso, specifici valori. Di conseguenza, gli ordinamenti nazionali dovrebbero riuscire a modellare la nozione in maniera autonoma, almeno fino a quando il diritto del lavoro verrà regolato a livello nazionale e i mercati resteranno prevalentemente statali. Al momento, l'unico argomento di discussione relativo a qualsiasi tipo di "armonizzazione" in questo campo dovrebbe essere una contestabile presunzione a favore del contratto di lavoro, inizialmente applicabile a una specifica direttiva in cui il campo di applicazione sollevi diverse problematiche (per esempio, la direttiva sul distacco dei lavoratori n. 96/71/CE e la direttiva sui contratti a tempo determinato n. 99/70/CE).

Robert Rebhahn

Professore – Università di Vienna

1. Quadro internazionale e comparato (*segue*)

1.2. INTER-UNIVERSITY CENTRE AT THE INSTITUTE FOR EASTERN EUROPEAN STUDIES, FREE UNIVERSITY BERLIN (a cura di), *The PEPPER IV Report: Benchmarking of Employee Participation in Profits and Enterprise Results in the Member and Candidate Countries of the European Union*, October 2009 (in  Osservatorio Partecipazione dei lavoratori).

ESOP: origine, struttura e potenzialità dello strumento partecipativo

Sommario: **1.** Posizione del problema e quadro di riferimento. – **2.** Struttura e caratteristiche degli ESOP. – **3.** Schemi alternativi di partecipazione azionaria: i modelli TRASOP e *Leveraged*. – **4.** Finalità degli ESOP e contenimento del costo del lavoro. – **5.** Conclusioni. – **6.** Breve nota bibliografica ragionata.

1. La partecipazione azionaria dei dipendenti è una realtà in via di espansione in grado di coniugare esigenze economiche, finanziarie e gestionali. Studi e ricerche comparate condotte sul tema restituiscono il quadro di un complessivo rilancio del fenomeno ma evidenziano, al contempo, l'estrema frammentarietà, tanto dal punto di vista delle funzioni economiche, quanto sotto il profilo delle fattispecie alle quali può essere ricondotto. Nel contesto europeo i regimi di partecipazione azionaria che vantano il maggior livello di diffusione

privilegiano un utilizzo dell'azionariato in chiave individuale, ovvero sono utilizzate quelle formule che prevedono la diretta attribuzione di azioni ai lavoratori *uti singuli*. Tuttavia Inghilterra e Irlanda, Paesi che presentano un elevato livello di implementazione di schemi partecipativi, attuano forme di azionariato collettivo attraverso piani azionari imperniati su figure giuridiche tipiche della tradizione di *common law*: i c.d. ESOP (*Employee Stock Ownership Plans*).

Tali schemi partecipativi hanno offerto interessanti spunti di riflessione nel dibattito, sulle forme di regolazione della partecipazione dei dipendenti, che attualmente anima il mondo politico-sindacale anche italiano. L'ESOP, infatti, oltre ad assolvere a funzioni tipiche dei modelli che rientrano nella categoria generale della partecipazione azionaria, costituisce uno strumento preferenziale per la capitalizzazione e successione delle piccole medie imprese (PMI). Si tratta di un aspetto rilevante per il panorama economico italiano e quello europeo, entrambi caratterizzati da un tessuto produttivo imperniato proprio sulla PMI. Anche alla luce delle aperture verso forme di gestione collettiva della partecipazione azionaria presenti nella progettualità legislativa in corso è opportuno riflettere sugli ESOP, destinati, con tutta probabilità, a superare i confini dei sistemi di matrice anglosassone radicandosi anche in altri ordinamenti come quello italiano (sull'operatività di tali strumenti nell'ordinamento italiano si rinvia al contributo di A. BORRONI, *Problemi e prospettive dell'inquadramento giuridico degli schemi ESOP di partecipazione azionaria nell'ordinamento italiano*, che precede in *q. Fascicolo*, Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva).

Va precisato che la cornice legale entro la quale si attua un ESOP si riduce, solitamente, alla regolamentazione degli aspetti fiscali e delle condizioni normative essenziali. La determinazione delle modalità operative che meglio si adattano alle particolari esigenze dell'impresa è rimessa, pertanto, all'autonomia negoziale o, più di frequente, alla volontà degli organi societari. Questo spiega l'esistenza di modelli diversificati, ai quali si farà riferimento spiegandone la struttura e le funzioni principali.

2. I primi modelli di ESOP nacquero e furono adottati negli Stati Uniti nell'ambito dell'*Employee Retirement Income Security Act* del 1974 (ERISA) e tuttavia, nonostante non fossero proposti né come parte né come strumento di un nuovo piano di finanza aziendale, i coniugi Kelso riuscirono a farli operare come strumenti di finanza aziendale nell'ambito delle audizioni della Commissione. In effetti fu proposto che i piani di partecipazione agli utili differiti potessero investire sino al 100% dei propri fondi in azioni del capitale societario e potessero prendere fondi in prestito per comperarle. Questi nuovi piani definiti ESOP consentirono la creazione di una nuova tipologia di piani complementari in grado di consentire ai lavoratori di diventare possessori del capitale piuttosto che meri beneficiari dei fondi di partecipazione agli utili.

Di fatto quando il Congresso degli Stati Uniti introdusse tali modelli codificò a livello legislativo un fenomeno che, pure in assenza di una esplicita autoriz-

zazione di legge, si era già diffuso spontaneamente. Prima di allora, l'implementazione degli ESOP era subordinata all'approvazione dell'*Internal Revenue Service* deputato a verificarne la compatibilità rispetto al quadro normativo e alla legislazione fiscale applicabile agli *Stock Bonus Planes* e ai piani di partecipazione agli utili, schemi di azionariato diffusi nell'economia statunitense già dal 1926. Il valore aggiunto dell'intervento del 1974 è stato aver autorizzato l'adozione di piani di azionariato collettivo finanziati con capitale di prestito, conosciuti come *Leveraged ESOP*.

Gli ESOP costituiscono di per sé uno strumento "neutro" che consente di trasferire ai lavoratori *stocks* azionari appartenenti all'impresa presso la quale sono costituiti. Dal punto di vista pratico sono schemi previdenziali integrativi nei quali la società promotrice (società ESOP o *Society Sponsor*) versa i contributi dei dipendenti (sotto forma di azioni della società di liquidità da utilizzare per l'acquisizione delle stesse) in una società fiduciaria denominata *trust*, appositamente costituita e avente una sua entità giuridica indipendente e distinta dalla società promotrice. Il *trust* infatti è deputato ad amministrare e gestire quote azionarie della stessa società promotrice, sia essa o meno quotata in borsa, per nome e per conto dei dipendenti. La *Society Sponsor* versa all'ESOP contributi in titoli azionari o capitali, generalmente rapportati ai profitti, destinati all'acquisto di azioni della impresa medesima.

Le azioni possono essere emesse dalla società o acquistate utilizzando fondi forniti dalla società stessa, da una banca o da un altro soggetto finanziatore; in questo ultimo caso alla società spetta l'onere del servizio del debito contratto per l'acquisto delle azioni. La quota di partecipazione di ogni dipendente è determinata in base a criteri generalmente rapportati all'anzianità di servizio e/o al livello retributivo. Il dipendente azionista, una volta ottenuta la disponibilità del pacchetto azionario del suo conto ESOP al momento della cessazione del rapporto, è libero di vendere le sue azioni sul mercato al pari di qualsiasi azionista.

Benché gli ESOP siano abilitati ad effettuare investimenti diversificati, in virtù di uno specifico obbligo legale, sono tenuti ad investire in primo luogo in azioni della società promotrice e, solo in via complementare, in altre azioni o titoli. Secondo l'interpretazione prevalente la disposizione, piuttosto generica, va intesa nel senso della necessità di investire in azioni della società almeno il 51% della disponibilità finanziaria del fondo. Sul punto è stato rilevato che l'ESOP si differenzia dai fondi pensione tradizionali e/o da altri schemi previdenziali integrativi per il fatto che operazioni di diversificazione del portafoglio sono limitate, in quanto le risorse finanziarie di cui dispone sono destinate in modo prioritario all'acquisto di azioni dell'impresa datrice di lavoro. D'altronde, la concentrazione dell'investimento in azioni della società risponde ad una finalità di base sottesa all'utilizzo di questo strumento partecipativo: realizzare una diretta responsabilizzazione dei dipendenti coinvolgendoli in una logica partecipata che lega le aspettative di benessere individuale al successo dell'impresa sul mercato.

Per quel che riguarda i requisiti che i dipendenti devono possedere per partecipare ai piani in questione si applica il principio di non discriminazione. Le aziende che decidono di instaurare ESOP non possono escludere categorie di lavoratori dal piano. I piani trovano applicazione nei confronti di tutti i dipendenti che abbiano compiuto il ventunesimo anno di età e abbiano lavorato per l'azienda per mille ore nel corso di un anno. Nonostante tali previsioni l'ESOP, in qualche caso, è stato utilizzato per fini indirettamente discriminatori coinvolgendo soltanto i dipendenti non iscritti al sindacato o gli stabilimenti in cui mancava una rappresentanza sindacale dei lavoratori.

Per quel che riguarda gli aspetti strutturali tipici dei piani è previsto che le azioni siano allocate, proporzionalmente ai livelli di salario, nei conti individuali dei dipendenti. Inoltre le stesse azioni hanno diritto di voto ed è la società *trust* ad esercitare i relativi diritti nell'interesse dei dipendenti. Solo per alcune decisioni fondamentali, ad esempio in caso di liquidazione della società ESOP, il diritto di voto spetta direttamente ai dipendenti. Ogni anno ciascun dipendente riceve dal *trust* una dichiarazione (*ESOP Statement*) indicante il numero, il valore e il livello acquisito delle azioni (c.d. *vested*) presenti nel conto. All'aumentare dell'anzianità di servizio nell'impresa aumentano anche i diritti dei lavoratori sulle azioni presenti nel conto ESOP con la procedura c.d. *vesting process*. Dopo 5 anni di servizio o nell'arco temporale compreso tra i 5 e i 7 anni, ai dipendenti, deve essere riconosciuto il pieno diritto sulle azioni (100% *vested*). Quando i lavoratori raggiungono il cinquantacinquesimo anno di età e possiedono 10 anni di partecipazione al piano, la società deve offrire loro l'opzione di diversificare il 25% del conto investimenti alternativi e corrispondere l'equivalente in liquidità. Dopo 15 anni di partecipazione al piano e al raggiungimento del sessantesimo anno di età, i dipendenti possono ricevere in denaro o diversificare un ulteriore 25% del conto. Nel caso in cui i lavoratori abbandonino in anticipo il piano, ad esempio perché si dimettono dalla società ESOP, la distribuzione delle azioni deve avvenire non oltre il sesto anno successivo alla data di interruzione del rapporto di lavoro.

3. Un'importante variante dello schema di tipo ESOP è rappresentata dal *Tax Reform Act Stock Ownership Plans* (TRASOP). Si tratta di piani che consentono la distribuzione di una certa percentuale di azioni di grandi società e che sono finanziati pariteticamente dai dipendenti e dalla società datrice di lavoro, per i quali vige il divieto di ricorrere a capitale di credito. La legislazione prevede che l'amministrazione finanziaria riconosca all'impresa un credito d'imposta rapportato al valore delle somme erogate a favore dell'ESOP; somme successivamente impiegate per acquistare azioni della società datrice di lavoro da trasferire ai dipendenti. Si tratta di una forma di fiscalizzazione dell'azionariato che consente alle imprese una riduzione significativa del costo del lavoro.

Un modello più sofisticato è quello del *Leveraged ESOP*. Secondo questo schema il *trust* contrae preliminarmente un prestito presso un istituto bancario o altro intermediario finanziario. La liquidità ottenuta viene impiegata per ac-

quistare azioni, di nuova emissione o già in circolazione, della società *sponsor*, che si fa garante del prestito versando periodicamente al *trust* i fondi per l'estinzione del debito. Compiuto il rimborso le azioni, inizialmente trattenute presso una riserva, il c.d. "conto sospeso", vengono gratuitamente assegnate ai dipendenti allocandole in conti individuali. Anche in questo caso, la diffusione crescente di *Leveraged ESOP* si è avuta sotto la spinta propulsiva di una legislazione fiscale particolarmente favorevole, implementata, rispetto a quella originaria prevista nell'ERISA, con il *Tax Reform Act* del 1984. In seguito a questo intervento legislativo nella *section 404* dell'*Internal Revenue Code* sono stati introdotti incentivi fiscali chiave, come la deducibilità degli interessi e del capitale di debito. In particolare, i contributi della società destinati al pagamento degli interessi passivi sono integralmente deducibili dal reddito di impresa imponibile, mentre, quelli finalizzati al pagamento delle quote di capitale del mutuo contratto, sono deducibili per un ammontare pari al 25% della retribuzione lorda annua dei dipendenti che partecipano al piano.

Il Congresso degli Stati Uniti nel 1974 decise di regolamentare questa particolare tipologia di ESOP, individuando la sua potenzialità nel fatto che l'indebitamento del piano avrebbe permesso ai lavoratori di acquisire una più ampia partecipazione azionaria nella società datrice di lavoro, rispetto a quanto essi, altrimenti, avrebbero potuto procurarsi acquistando azioni anno per anno. Nella realtà fattuale questo modello partecipativo ha occupato un ruolo di primo piano nell'economia d'oltreoceano, come strumento preferenziale per operazioni di *buy-out*, operate da dipendenti o manager. Il *Leveraged ESOP*, attraverso il ricorso al credito, consente agevolmente il passaggio di proprietà del pacchetto azionario di controllo delle aziende in stato di crisi: in questi casi i dipendenti, per salvaguardare i livelli occupazionali, assumono il rischio economico della prosecuzione dell'attività. Alla luce di una legislazione fiscale particolarmente vantaggiosa, nel periodo della depressione Reagan, un certo numero di imprese in fallimento o in procinto di estinguersi è stato rilevato in alternativa alla chiusura degli stabilimenti, mediante questa tecnica giuridico-finanziaria, tentando di associare ai vantaggi fiscali degli ESOP i caratteri democratici e partecipativi delle cooperative.

Il sistema del *Leveraged ESOP* si è diffuso anche nei Paesi dell'Est europeo come modalità attuativa dei processi di privatizzazione che hanno caratterizzato la fase di transizione all'economia di mercato. In questi casi l'ESOP funge da mezzo di stabilizzazione della base azionaria, con una evidente finalità equilibratrice rispetto all'impatto redistributivo proprio dell'immissione di ingenti quote azionarie sul mercato.

4. L'ESOP nella maggior parte dei casi risponde a finalità diverse da quelle, strettamente partecipative, che nel 1974 avevano indotto il Congresso degli Stati Uniti ad approvare il progetto di legge. In quella circostanza, le motivazioni espresse a sostegno dell'iniziativa legislativa e riportate negli atti parlamentari si riferivano ad un disegno complessivo che vedeva l'accesso alla

proprietà dell'impresa finalizzato al conseguimento di una più intensa cooperazione fra capitale e lavoro.

A questo originario disegno rispondono oggi soltanto alcuni dei *Leveraged ESOP* realizzati per assicurare la sopravvivenza di imprese in stato di crisi. È stato già sottolineato che l'impiego delle tecniche di *leverage* mette a disposizione dei lavoratori strumenti finanziari idonei a rendere possibile l'acquisto della titolarità del pacchetto di maggioranza dell'impresa datrice di lavoro. Effettuato il *buy-out* i lavoratori azionisti assumono la sostanziale titolarità dell'impresa. Tuttavia, soltanto in alcuni casi l'ESOP ha funzionato come uno strumento di democratizzazione interna, trasferendo poteri di controllo effettivi ai lavoratori attraverso la configurazione del c.d. "ESOP democratico". La principale caratteristica di questo modello partecipativo è data dall'assenza della discrezionalità dei *trustees* nell'esercizio dei diritti di voto sulle azioni detenute dall'ESOP. Il voto, infatti, viene pilotato dai dipendenti azionisti tramite una preliminare votazione interna il cui esito fornisce ai *trustees* precise direttive. In questo modo si realizza un concreto coinvolgimento dei dipendenti nell'ambito del *decision-making*.

La mancanza di una diretta correlazione tra implementazione di modalità collettive di gestione della proprietà azionaria e prospettive di partecipazione dei dipendenti alle scelte strategiche d'impresa trova la sua conferma, ad esempio, nell'ordinamento inglese. La scelta di dare ampio spazio alla dimensione collettiva dell'azionariato ha risposto a logiche attinenti alla dimensione fiscale e societaria restando del tutto estranea alla volontà del legislatore inglese la regolamentazione del coinvolgimento dei dipendenti nella gestione della impresa. Questo aspetto viene rimesso, pertanto, alla volontà delle parti. In qualche caso le organizzazioni sindacali sono riuscite a stipulare accordi di azionariato collettivo in grado di incidere sulla composizione degli organismi di governo delle società. Un esempio è dato dalla *Brighton Transport*, società in cui, in seguito al processo di privatizzazione completato nel 1993, il Consiglio di amministrazione è stato composto esclusivamente da lavoratori azionisti.

Un ammorbidimento rispetto all'approccio tradizionale del legislatore inglese, ispirato ad una netta separazione tra proprietà e controllo, è rinvenibile nelle previsioni contenute nell'*Employee Share Schemes Act* del 2002, che conferisce agli imprenditori la possibilità di inserire rappresentanti dei dipendenti nel Consiglio di amministrazione del *trust*. Tale previsione, tuttavia, non sembra aver avuto grande seguito. Pertanto, anche nel Paese europeo che vanta la maggiore diffusione di forme di azionariato collettivo le esperienze concrete si caratterizzano in ragione della predominanza del profilo finanziario.

Non a caso, l'interesse nei confronti degli ESOP mutuati dal sistema statunitense nel 1987, ha visto la sua concreta manifestazione soltanto in seguito all'adozione del *Finance Act* del 1994, quando alla disciplina legislativa dei piani di azionariato si è affiancata la previsione di consistenti benefici fiscali. Va precisato che tali benefici operano solo per quei piani, i c.d. *Statutory ESOP*, che trovano una compiuta regolamentazione *ex lege*. In tale ipotesi il pi-

ano gode di una doppia deducibilità fiscale: la detassazione è prevista non solo per i fondi stanziati dall'impresa per la costituzione del piano, ma anche per le somme ricavate dalla vendita di azioni al *trust*, anche se considerate come plusvalenze azionarie. Invece, nel caso dei c.d. *Case Law ESOP*, le regole di funzionamento del piano vengono negoziate con gli ispettori delle imposte. In tale ipotesi l'opportunità di flessibilizzare i piani modellandoli sulle esigenze dell'azienda che vi ricorre si paga con il godimento di una legislazione fiscale meno favorevole, che prevede la detassazione dei soli versamenti effettuati per la costituzione del piano azionario.

E proprio l'aspetto dei benefici fiscali, introdotti oltre che nell'ERISA, anche in una serie di leggi che prevedono agevolazioni per tutti i piani approvati dall'*Internal Revenue Service*, ha favorito anche negli Stati Uniti lo sviluppo di ESOP. Il ricorso all'ESOP è una scelta vantaggiosa sia per la società promotrice, in quanto l'ammontare della contribuzione azionaria versata in favore del fondo è deducibile fiscalmente, sia per il dipendente azionista, poiché i titoli depositati sono esenti da tassazione fino al momento in cui ne entra in possesso. Vi è di più. Il valore delle azioni rilevante ai fini fiscali, è quello che è stato loro attribuito al momento dell'acquisto da parte del fondo. Peraltro, nel caso in cui la *Society Sponsor* non sia quotata in borsa, il dipendente può rivendere il pacchetto azionario in suo possesso alla società stessa, tenuta a pagare il prezzo stabilito dalla relazione di stima redatta annualmente da un perito indipendente.

Va precisato che il controllo del piano esercitato dall'amministrazione finanziaria, il cui esito risulta determinante per godere dei benefici fiscali, si incentra sulle condizioni dell'offerta e sui tempi della sua conclusione, tralasciando questioni connesse al significato economico dell'operazione.

Inoltre l'adozione di tali piani garantisce incentivi fiscali anche ai proprietari di società private, le cui azioni non sono pubblicamente negoziabili, per i quali è prevista la totale detassazione dei ricavi delle vendite ad un ESOP. Questo genere di operazione, soprattutto negli anni Novanta, ha interessato diverse imprese statunitensi di piccole dimensioni in cui si poneva il problema della successione aziendale. L'interesse di un acquirente esterno è spesso circoscritto alla mera cognizione dei metodi produttivi, pertanto, la vendita dell'azienda alla concorrenza può risolversi nella chiusura degli impianti o in un trasferimento degli stessi presso altri luoghi. La sopravvivenza degli stabilimenti e la salvaguardia dei livelli occupazionali possono essere garantite attraverso il ricorso all'ESOP, che si configura, in questo caso, come una forma fiscalmente privilegiata per realizzare il passaggio di proprietà di un'azienda nelle mani dei dipendenti. La limitata letteratura empirica sul tema ha rilevato, peraltro, che le attività acquisite dai lavoratori hanno mantenuto lo stesso livello di redditività del periodo antecedente all'effettuazione della vendita.

Altra finalità degli ESOP è il contenimento del costo del lavoro, soluzione adottata frequentemente per reagire a situazioni di crisi di mercato. In questi casi i lavoratori accettano una sostanziale diminuzione della retribuzione o ri-

nunciano ad incrementi salariali a fronte di una partecipazione al capitale d'impresa. Non a caso, si è verificata una notevole diffusione di ESOP nell'ambito della c.d. *concession bargaining*, che ha caratterizzato le relazioni industriali nordamericane tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta, in concomitanza con la concessione di tagli sostanziali dei salari e delle indennità addizionali. In questi casi le società hanno realizzato aumenti di capitale sociale finanziati da "sacrifici retributivi" dei dipendenti. Questo utilizzo dell'ESOP è particolarmente diffuso nel settore del trasporto aereo dove l'alto livello salariale dei piloti ha favorito l'acquisto di consistenti pacchetti azionari realizzando una significativa riduzione del costo del lavoro attraverso la contrazione di elementi salariali fissi. Emblematico, in tal senso, è il caso della Eastern Airlines, compagnia aerea i cui dipendenti hanno accettato una riduzione salariale del 22% in cambio di uno *stock* azionario acquistato attraverso un ESOP, pari a un quarto del capitale sociale.

In altri casi, l'ESOP si è configurato come un mezzo di difesa azionabile contro tentativi di scalate ostili (c.d. *hostil takeovers*) della *Society Sponsor*. In particolare, nelle società commerciali che non hanno un azionista di maggioranza, si è rivelato uno strumento utile per ottenere un più saldo controllo della società dal momento che, allocando le azioni presso un polo stabile di azionisti (i dipendenti), si evita il rischio che queste siano oggetto di speculazione da parte di gruppi esterni. Va precisato che, in questi casi, la scelta di ricorrere all'ESOP risponde ad una logica strettamente finanziaria dell'impresa piuttosto che ad una volontà di estensione della proprietà e del controllo ai lavoratori. Spesso, una volta evitata l'acquisizione del pacchetto di maggioranza da parte di soggetti esterni, si sono verificate operazioni di ulteriore cessione del pacchetto azionario, a conferma del disinteresse a mantenere nel tempo la proprietà dei lavoratori. Dunque, anche in presenza di quote elevate di capitale sociale di proprietà dei lavoratori, non si realizza alcun tipo di coinvolgimento di quest'ultimi nelle strutture di *decision-making*.

In tale ipotesi, classificate dalla dottrina statunitense come casi di «proprietà convenzionale dei lavoratori», l'ESOP funziona come un piano di risparmio per i dipendenti piuttosto che come uno strumento di democratizzazione interna, rispondendo, di contro, alla volontà del *management* di acquisire un più saldo controllo dell'impresa. Infatti i *trustees*, titolari del diritto di voto, sono generalmente nominati dal *management* della società che istituisce l'ESOP il cui statuto, in base alle disposizioni contenute nel § 409(e) dell'*Internal Revenue Code*, può stabilire che i diritti di voto "passino" ai lavoratori beneficiari solo su materie di particolare importanza riguardanti la vita della società con esclusione, ad esempio, del voto per la nomina del Consiglio di amministrazione.

5. Le esperienze realizzate negli Stati Uniti e importate negli ordinamenti di *common law* europee suggeriscono due considerazioni conclusive (per un confronto in chiave comparata sugli ESOP si rinvia al contributo di J. LOWITZSCH, *Problemi e prospettive della partecipazione finanziaria: incentivi*

fiscali e opportunità degli schemi ESOP, in *q. Fascicolo*, sezione *Ricerche*). È una prassi che la partecipazione azionaria nella forma degli ESOP si sia sviluppata nella realtà fattuale più come una via preferenziale di finanziamento delle imprese che come uno strumento di partecipazione collettiva alle strutture di *decision making*. A tal riguardo si è osservato come, in molti casi, malgrado i lavoratori detengano quote consistenti di capitale sociale, non vengano predisposte strutture e procedure finalizzate ad una gestione collettiva dell'impresa. L'unica eccezione in tal senso è costituita dal c.d. "ESOP democratico", modello istituito in occasione di operazioni di *buy-out* totale di imprese in stato di crisi.

La netta prevalenza del profilo finanziario rispetto a prospettive di democratizzazione dell'impresa è confermata dal fatto che l'incentivazione fiscale ha sempre rivestito un ruolo chiave per l'affermazione e il consolidamento delle diverse tipologie di ESOP. Di contro, in Giappone, si è registrata una rapida diffusione di piani di azionariato collettivo pure in assenza di una adeguata legislazione di sostegno. Le imprese non godono di alcuno sgravio fiscale per la costituzione di piani azionari mentre i dipendenti che vi partecipano usufruiscono di incentivi modesti, per lo più sotto forma di sconto sul valore delle azioni. Nonostante ciò, mentre alla fine degli anni Sessanta la forza lavoro coinvolta in un ESOP era pari al 6% del totale, negli anni Ottanta, il 60% delle imprese disponeva di un piano di azionariato dei dipendenti e il 40% dei lavoratori di queste imprese vi aderiva.

In secondo luogo va rilevato che la cornice legale entro la quale si sviluppano i piani azionari consiste, solitamente, in una regolazione minimale delle condizioni di offerta dei suddetti piani. La definizione di una disciplina più dettagliata, pertanto, è rimessa alla contrattazione collettiva o, più frequentemente, ai competenti organi societari. Proprio la possibilità di flessibilizzare i piani di azionariato, determinando forme e modalità operative che più si adattano alle esigenze aziendali, rende questi strumenti partecipativi particolarmente interessanti.

6. Sulla natura e finalità degli ESOP si leggano A. ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Giuffrè, Milano, 1998; A.V. IZAR (a cura di), *La partecipazione azionaria dei dipendenti*, Giappichelli, Torino, 2003, 5; L. GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei dipendenti*, Giappichelli, Torino, 2003, 123; gli studi di L.O. KELSO, P. HETTER-KELSO, *Democracy and Economic Power: Extending the ESOP Revolution through Binary Economics*, University Press of America, Lanham, Maryland, 1991; L.O. KELSO, M.J. ADLER, *The Capitalist Manifesto*, Random House, New York, 1958. Per un quadro generale sugli ESOP americani che rappresentano un esempio di modello avanzato si veda D. ACKERMANN, *How to cash out tax free. Yet Keep your Business Owners and their advice*, Documento di lavoro, National center for employee ownership, San Francisco, California, 2002. In generale sull'adozione di tali strumenti di partecipazione si leggano C. BACHMAN, K. BUTCHER, *ESOP financing*, Con-

ference paper, Annual National Center for Employee Ownership Conference, San Francisco, 2002; A. BEN-NER, J.C. DEREK, *Employee Participation, Ownership and Productivity: A Theoretical Framework*, in *Industrial Relations*, 1995, vol. 34, n. 4, 532-554; K. BRADLEY, S. ESTRIN, S. TAYLOR, *Employee Ownership and Company performance*, in *Industrial Relations*, 1990, vol. 29, n. 3, 385; A.A. BUCHKO, *Employee Ownership, Attitudes and Turnover: An Empirical Assessment*, in *Human Relations*, 1992, vol. 101, 711; S. CHANG, *Employee Stock Ownership Plans and Shareholder Wealth: an Empirical Investigation*, in *Financial Management*, Spring 1990, 48-58. Sugli ESOP come modello di partecipazione più avanzato e sulla fattibilità degli stessi nelle piccole e medie imprese si veda ampiamente J. LOWITZSCH, *Financial participation for a new social europe. A building block approach*, Cesos-Luiss Business School, Roma, 2009. Per una panoramica sugli effetti economici positivi derivanti dal ricorso a tali strumenti si vedano gli scritti di A. HYDE, *Proprietà, contratto e strategie nella protezione dei lavoratori contro i rischi*, in *GDLRI*, 1995, 390 ss., e di J.R. BLASI, D.L. KRUSE, A. BERNSTEIN, *In the Company of Owners*, Basic Books, New York, 2003.

Roberta Caragnano

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Germana Caruso

Scuola internazionale di dottorato
in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro
Università degli Studi di Bergamo