



Rivista di
ADAPT - CENTRO STUDI
 "MARCO BIAGI"

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

*Gli ammortizzatori sociali tra compatibilità
 macroeconomiche, finanza pubblica, bilateralismo e workfare*

INTERVENTI

Trasferimento di azienda e problemi occupazionali

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Intervista a Luigi Angeletti, Raffaele Bonanni, Guglielmo Epifani

GIURISPRUDENZA ITALIANA

*La sentenza n. 176/2010 della Corte costituzionale in materia di apprendistato
 La specificazione delle condizioni di ricorso al lavoro a termine
 L'impugnazione del licenziamento:
 oneri di decadenza e superamento del comporta*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Apprendistato: natura, obbligo formativo, ammortizzatori in deroga
 Formazione, relazioni industriali e dialogo sociale
 Moderne soluzioni di registrazione audio-visiva e privacy dei lavoratori*

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Gruppi di imprese e licenziamenti collettivi
 Rapporto tra ferie e malattia
 Crisi, ristrutturazioni, nuovi modelli di lavoro autonomo e
 sistemi europei di relazioni industriali*

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Quadro internazionale e comparato - La categorie definitorie del rapporto di
 lavoro subordinato tra civil law e common law*

N. 2/XX - 2010



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO - n. 2/2010

Ricerche: *La riforma degli ammortizzatori sociali tra compatibilità macroeconomiche, vincoli di finanza pubblica, bilateralismo e politiche di workfare*

ROBERTO PESSI <i>Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa.</i>	315
ANTONIO MASTRAPASQUA <i>Gli ammortizzatori sociali nella crisi: la tenuta del sistema</i>	325
MICHELE TIRABOSCHI <i>L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema.</i>	331
FRANCESCO MASSICCI <i>La riforma degli ammortizzatori sociali: compatibilità macroeconomiche e vincoli di finanza pubblica.</i>	348
ALBERTO BOMBASSEI <i>Le prospettive di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali.</i>	354
NATALE FORLANI <i>Le prospettive delle politiche di workfare in Italia. .</i>	364
SILVIA SPATTINI <i>La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori</i>	377

Interventi

PIETRO LAMBERTUCCI <i>Trasferimento di azienda e problemi occupazionali.</i>	387
--	-----

Relazioni industriali e Risorse umane

MICHELE TIRABOSCHI, FRANCESCO LAURIA (a cura di) <i>A tu per tu con il sindacato</i> (a colloquio con Guglielmo Epifani, Raffaele Bonanni, Luigi Angeletti).	423
--	-----

Osservatorio di giurisprudenza italiana

ENRICA CARMINATI <i>La disciplina dell'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 2010</i> (nota a C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176).	448
---	-----

STEFANO BARTALOTTA <i>Osservazioni sul risarcimento del danno ai superstiti in caso di morte del lavoratore per cause di servizio</i> (nota a Cass. 15 ottobre 2009, n. 21897).	456
SILVIA CIUCCIOVINO <i>La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di opposizione del termine al contratto di lavoro</i> (nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576)	460
BIBIANA GRANATA <i>Il rapporto di lavoro giornalistico: in particolare, la figura del "collaboratore fisso"</i> (nota a Trib. Vigevano 23 febbraio 2010)	468
FABRIZIA SANTINI <i>Della decadenza dall'impugnazione del licenziamento</i> (nota a Cass. 5 febbraio 2010, n. 2676)	471
MATTEO CORTI <i>Il termine di decadenza per l'impugnazione del licenziamento non si applica in caso di superamento del periodo di comporto. La Cassazione non anticipa il legislatore</i> (nota a Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861)	477
ALESSANDRO DI CASOLA <i>Diritto di critica e garanzie del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: riflessi sul rapporto di lavoro</i> (nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009)	482
MATTEO DENINOTTI <i>Omesso deposito integrale dei contratti collettivi ex art. 369, n. 4, c.p.c.: improcedibilità o inammissibilità del ricorso per cassazione?</i> (nota a Cass. 2 luglio 2009, n. 15495)	492
 Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva	
PAOLA DE VITA <i>Novità e criticità dell'accordo sull'apprendistato professionalizzante nelle PMI</i>	501
SANDRA D'AGOSTINO <i>Cassa integrazione in deroga per gli apprendisti e adempimento degli obblighi formativi</i>	504
MARIAGRAZIA ACAMPORA <i>La natura del contratto di apprendistato e le implicazioni in tema di recesso</i>	509
SILVANA TORIELLO <i>Il premio supplementare per la silicosi: una norma premiale ante litteram</i>	514
ELIANA BELLEZZA, LISA RUSTICO <i>Formazione, relazioni industriali e dialogo sociale: l'intesa Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010</i>	522
LAVINIA SERRANI <i>Moderne soluzioni di registrazione audio-visiva: ambito di applicazione e limiti dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori</i>	529

AMERIGO SPLENDORI <i>La tutela prevenzionistica del lavoro in appalto: ambito di applicazione</i>	532
---	-----

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

ROBERTO COSIO <i>Gruppi di imprese e licenziamenti collettivi: le precisazioni della Corte di giustizia (nota a C. Giust. 10 settembre 2009, causa C-44/08, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e altri c. Fujitsu Siemens Computers Oy)</i>	541
---	-----

ANNALISA GRIECO <i>Il rapporto tra ferie e malattia nuovamente al vaglio della Corte di giustizia (nota a C. Giust. 10 settembre 2009, in causa C-277/08, F.V. Pereda c. Madrid Movilidad SA)</i>	548
---	-----

ROSA RUBINO <i>Prospettive delle politiche di genere in ambito comunitario: il contributo della Spagna</i>	557
--	-----

<i>Il quadro delle relazioni industriali in Europa: la crisi, le ristrutturazioni, l'impatto dei nuovi modelli di lavoro autonomo</i>	564
---	-----

Osservatorio internazionale e comparato

BARBARA GRANDI <i>Quadro internazionale e comparato – La ricerca di categorie definitorie del rapporto di lavoro subordinato: tratti condivisi dalla tradizione di common law e civil law</i>	571
---	-----

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2 [504] (con nota di S. D'AGOSTINO).
- Interpello 12 novembre 2009, n. 79 (Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro) [509] (con nota di M. ACAMPORA).
- Accordo interconfederale in materia di apprendistato professionalizzante per le PMI tra Confapi e Cgil, Cisl e Uil, 9 febbraio 2010 [501] (con nota di P. DE VITA).
- Apprendistato professionalizzante - Durata minima del contratto *ex art.* 49, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 - Eliminazione del limite di durata minima del contratto - Lesione delle competenze regionali in materia di formazione - Esclusione - Art. 23, comma 1, d.l. n. 112/2008 - Legittimità costituzionale (C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176, con nota di E. CARMINATI) [447].
- Apprendistato professionalizzante - Apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale *ex art.* 49, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 276/2003 - Esclusione delle Regioni dalla disciplina della fattispecie - Illegittimità - Art. 23, comma 2, d.l. n. 112/2008 - Incostituzionalità parziale (C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176, con nota di E. CARMINATI) [447].
- Apprendistato di alta formazione - Assenza di regolamentazione regionale - Intese tra datore e Università o enti formativi - Lesione delle competenze regionali in materia di formazione - Esclusione - Art. 50, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 - Norma cedevole - Art. 23, comma 4, d.l. n. 112/2008 - Legittimità costituzionale (C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176, con nota di E. CARMINATI) [448].

Infortuni e malattie professionali

- Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, Capo III e articolo 15 (testo coordinato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106) [514] (con nota di S. TORIELLO).
- Morte del lavoratore - Rendita Inail ai superstiti - Danni ulteriori - Risarcibilità - Motivi (Cass. 15 ottobre 2009, n. 21897, con nota di S. BARTALOTTA) [456].

Istruzione e formazione

- *Linee guida per la formazione nel 2010*, Intesa sulla formazione tra Governo, Regioni e parti sociali, 17 febbraio 2010 [522] (con nota di E. BELLEZZA, L. RUSTICO).

Lavoro a termine

- Riforma del lavoro a termine - Condizioni di ricorso - Natura - Onere di specificazione - Contenuto e *ratio* (Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576, con nota di S. CIUCCIOVINO) [460].
- Condizioni di ricorso - Ragioni sostitutive - Indicazione numerica - Limiti (Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576, con nota di S. CIUCCIOVINO) [460].

Lavoro giornalistico

- Lavoro giornalistico subordinato - Inquadramento professionale - "Collaboratore fisso" - Requisiti - Contestualità necessaria - Sussistenza (Trib. Vigevano 23 febbraio 2010, con nota di B. GRANATA) [468].

Licenziamento collettivo

- Impugnazione tardiva - Conseguenze - Decadenza - Accertamento della illegittimità del licenziamento - Esclusione - Azione risarcitoria di diritto comune - Inammissibilità (Cass. 5 febbraio 2010, n. 2676, con nota di F. SANTINI) [471].
- Procedimento pregiudiziale - Direttiva 98/59/CE - Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi - Art. 2 - Tutela dei lavoratori - Informazione e consultazione dei lavoratori - Gruppo d'impresa - Società controllante - Società controllata [541] (C. Giust. 10 settembre 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e altri c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, causa C-44/08, con nota di R. COSIO).

Licenziamento individuale

- Superamento del periodo di comporto - Impugnazione - Termine di decadenza - Esclusione (Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861, con nota di M. CORTI) [477].

Obblighi del lavoratore

- Obbligo di fedeltà - Divulgazione notizie e mezzo stampa e diritto di critica - Limiti - Esercizio rispettoso di tali limiti - Licenziamento - Illegittimità (Trib. Roma 16 dicembre 2009, con nota di A. DI CASOLA) [482].

Orario di lavoro

- Direttiva 2003/88/CE - Organizzazione dell'orario di lavoro - Diritto alle ferie annuali retribuite - Congedo per malattia - Ferie annuali che coincidono con un congedo per malattia - Diritto di godere delle ferie in un periodo diverso [548] (C. Giust. 10 settembre 2009, *F.V. Pereda c. Madrid Movilidad SA*, causa C-277/08 con nota di A. GRIECO).

Pari opportunità

- *Declaración del Trío de Presidencias sobre la igualdad entre mujeres y hombres* (Dichiarazione delle tre presidenze dell'unione sull'uguaglianza di genere), 26 marzo 2010 [557] (con nota di R. RUBINO).

Privacy

- Interpello 1° marzo 2010, n. 2 (Confindustria) [529] (con nota di L. SERRANI).

Processo del lavoro

- Ricorso per cassazione - Nuovo regime introdotto dal d.lgs. n. 40/2006 - Onere di deposito dei contratti collettivi - Mera trascrizione nel ricorso delle disposizioni censurate - Inadempimento - Ragioni (Cass. 2 luglio 2009, n. 15495, con nota di M. DENINOTTI) [491].

Quadro internazionale e comparato

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The scope of the employment relationship*, International Labour Conference 91st Session, 2003 [571] – INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Meeting of Experts on Workers in situation needing protection: basic technical document*, Geneva, 15-19 May 2000 [571] (con nota di B. GRANDI).

Relazioni industriali

- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Industrial relations developments in Europe 2008*, 21 agosto 2009 [564].

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (testo coordinato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106) [532] (con nota di A. SPLENDORI).

RICERCHE

La riforma degli ammortizzatori sociali tra compatibilità macroeconomiche, vincoli di finanza pubblica, bilateralismo e politiche di workfare

Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa

Roberto Pessi

Sommario: 1. La Finanziaria 2010 ed il contenimento della perdita di posti di lavoro. – 2. La crescita della disoccupazione strutturale. – 3. Lavoro e concorrenza tra i popoli. – 4. Modello sociale ed autonomia collettiva. – 5. L'impresa transnazionale e la concorrenza tra ordinamenti. – 6. Ipotesi e correttivi. – 7. Stati nazionali e correzioni sociali.

1. La Finanziaria 2010 ed il contenimento della perdita di posti di lavoro.

L'insieme degli interventi governativi, che nel biennio hanno valorizzato il ricorso alla tecnica della sospensione dei rapporti di lavoro ovvero della loro conservazione con riduzione dell'orario (anche attraverso l'utilizzo della concessione in deroga ovvero della indennità di disoccupazione *ex* articolo 19, comma 1, decreto legge n. 185/2008), hanno positivamente contenuto (insieme con il disagio sociale per via di erogazione di reddito sostitutivo o integrativo) gli effetti della crisi sulla e dell'occupazione, consentendo di limitare i danni.

In questa prospettiva, seppur nel breve-medio periodo, queste politiche di interventi (simili a quelle assunte da altri paesi europei quali la Germania, l'Austria, la Francia e l'Olanda) hanno dato risultati migliori del modello scandinavo (Svezia, Finlandia, Danimarca) che, centrato solo, su di una robusta indennità di disoccupazione (e quindi privo del nostro storico referente della integrazione salariale), ha registrato un assai più accentuato incremento del numero dei lavoratori licenziati.

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università LUISS "Guido Carli" di Roma.*

D'altro canto, la crisi ha registrato una complessiva tenuta del sistema economico italiano, rivelatosi più solido (anche in ragione di una imprenditorialità diffusa e tenace) di attese assai più pessimistiche. Ha giovato in questa direzione anche l'opzione del Governo di aprirsi all'ipotesi del *welfare-mix* (ed in particolare alla sussidiarietà degli enti bilaterali), e per questa via di ampliare l'ambito di operatività degli strumenti di tutela del reddito e dell'occupazione a categorie di lavoratori in precedenza esclusi; nonché di coniugare questi interventi con una messa a punto di nuove tecniche per promuovere un *welfare to work* indirizzato ai destinatari delle vecchie e nuove protezioni sociali.

2. La crescita della disoccupazione strutturale.

È chiaro, tuttavia, che all'uscita dalla crisi si sarà comunque concretizzato uno zoccolo duro di disoccupazione strutturale, determinata dall'accelerata contrazione dell'occupazione, specie nell'industria manifatturiera (di cui la chiusura di Termini Imerese è un segnale emblematico).

La crisi, infatti, sta dando un nuovo impulso a quel processo di deindustrializzazione in corso in tutti i Paesi dell'Occidente maturo.

L'effetto sul mercato del lavoro sarà ancora una volta quello della crescita della disoccupazione della forza lavoro operaia con profili professionali ed età inadeguati a riallocazioni nel settore dei servizi.

Tutto ciò determina gravi conseguenze sul contesto sociale (di cui si avvertono già incisive avvisaglie). Per un verso, segnala una crescente conflittualità tra il ceto operaio condannato al declino ed il sempre più numeroso proletariato di riserva originato dall'immigrazione (disponibile ad acquisire qualsivoglia opportunità di occupazione anche marginale), per l'altro, evidenzia la scissione di quel ceto medio, che aveva operato una sintesi tra l'operaio dell'industria, quello dei servizi e la piccola borghesia, e quindi aveva concretizzato la dimensione e la motivazione della solidarietà sociale ⁽¹⁾.

In buona sostanza, si impone l'esigenza di una rivisitazione profonda del welfare italiano che sia in grado di contenere ulteriori pressioni sul debito pubblico, nonché di reagire positivamente alla concorrenza tra ordinamenti imposta dal modello comunitario e generatrice di crescenti delocalizzazioni.

⁽¹⁾ C. ANTONELLI, *Appunti per una lettura Schumpeteriana della crisi e implicazioni di politica economica*, in *QRS*, 2009, n. 4, 75 ss.

Una rivisitazione che deve essere necessariamente orientata a ridurre il trasferimento di risorse al sistema pensionistico (e, comunque, l'anticipazione del pensionamento), nonché insieme a costruire un sistema di sostegno alla disoccupazione strutturale funzionalizzata al recupero dei fuoriusciti dal mercato del lavoro all'occupazione.

3. Lavoro e concorrenza tra i popoli.

Condivisa, peraltro, è la convinzione che la frantumazione dell'identità di classe (ovvero di quel ceto medio faticosamente costruito anche per via dell'inquadramento unico operai-impiegati) abbia innescato (in conseguenza della rarefazione dell'occupazione agricola e manifatturiera) un processo di disgregazione di valori forti, acquisiti con sofferenza nel corso del Novecento, quali la protezione del lavoro migrante e l'accettazione della cittadinanza europea.

Questa disgregazione dei valori è oggi confermata, non solo dal crescente conflitto tra il ceto operaio nazionale (progressivamente espulso dal mercato) e i proletari migranti (disponibili all'acquisizione di ogni occupazione), ma anche dal conflitto tra i lavoratori europei generato dalla libera circolazione dei capitali, dei servizi e, soprattutto, degli stessi prestatori d'opera (in particolare attraverso la Direttiva sui distacchi).

In proposito, si è autorevolmente ricordato ⁽²⁾ l'episodio del febbraio 2009 «quando centinaia di lavoratori delle centrali elettriche di differenti regioni della Gran Bretagna hanno organizzato scioperi selvaggi contro 300 lavoratori italiani dipendenti da una società siciliana che aveva vinto l'appalto per la fornitura di servizi presso una raffineria di petrolio britannica, battendo gli imprenditori» locali.

E, d'altro canto, se è vero che «il testo della Carta dei diritti fondamentali comprende molti diritti sociali che vanno ben oltre quelli riconosciuti a livello nazionale, ed anche il testo del Trattato di Lisbona prevede una nuova qualità dell'Europa sociale» ⁽³⁾, è anche chiaro che «l'Europa non sarà mai uno Stato sociale nel senso classico del termine» e che «l'area degli interventi di correzione sociale rimane confinata, alquanto saldamente, nella sfera degli Stati nazionali» ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Sir B.A. HEPPLER, *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *DLRI*, 2009, n. 3, 391 ss.

⁽³⁾ T. BLANKE, *Europa sociale: un modello comune per evitare una corsa al ribasso?*, in *DLM*, 2009, n. 2, 263 ss.

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

In fondo l'Europa è «alla ricerca di un'anima che non c'è» ⁽⁵⁾.

4. Modello sociale ed autonomia collettiva.

Certo il problema della concorrenza tra i lavoratori europei è accentuato dalla lettura del diritto comunitario operato dalla Corte di giustizia ⁽⁶⁾; ma sembra difficile seguire le pur autorevoli indicazioni di chi suggerisce che «l'unica via è quella di non seguire la Corte di Giustizia» ⁽⁷⁾ ovvero di chi parla di urgenti interventi di modifica della direttiva sui distacchi ⁽⁸⁾.

Pragmaticamente è stato osservato «come, nell'ottica dei Paesi *newcomers* [...] la possibilità di utilizzare i rispettivi vantaggi competitivi sul mercato unico abbia costituito la ragione fondamentale della loro accessione alla UE» ⁽⁹⁾.

Da qui una posizione che (estranea alla condivisione dell'ideale europeistico, ma ancorata alla massima valorizzazione delle opportunità offerte dal mercato unico) manifesta la sua contrarietà a qualsiasi intervento sulla direttiva sui distacchi, nonché la sua diffidenza/ostilità nei confronti di qualsiasi ipotesi di contrattazione transnazionale.

Sembra così assai lontana l'aspettativa della costruzione di un modello sociale europeo per via di autonomia collettiva, laddove oltretutto una contrattazione dovrebbe privilegiare il livello di settore e nei Paesi *newcomers* questo livello negoziale «è pressoché nullo» ⁽¹⁰⁾, né sussistono al momento le motivazioni perché venga introdotto ed assecondato.

E, del resto, quando la Corte di giustizia europea ritiene che i lavoratori nazionali sono soggetti (*ex* articolo 39 del Trattato) a tutto lo statuto protettivo del loro ordinamento, mentre i fornitori dei servizi (*ex* articolo 49 del Trattato) possono applicare ai loro dipendenti distaccati le condizioni del loro Paese di origine, potendo la Nazione ospitante «imporre solo l'applicazione dei minimi retributivi e delle norme in materia

⁽⁵⁾ F. CARINCI, *Piano piano dolce Carlotta: cronaca di un «Europa» in cammino*, Introduzione al Commentario Utet *Il Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, in corso di pubblicazione.

⁽⁶⁾ Per tutti *Viking, Laval e Rüffert*.

⁽⁷⁾ F. SHARPF, *Sui pericoli che corre lo Stato sociale*, in *Die Mitbestimmung*, 2008, n. 7/8, 18.

⁽⁸⁾ Sir B.A. HEPPLER, *op. cit.*

⁽⁹⁾ A. LO FARO, *La contrattazione collettiva nei Paesi newcomers ed il modello sociale europeo*, in *DLM*, 2009, n. 2, 305.

⁽¹⁰⁾ A. LO FARO, *op. cit.*

di salute e sicurezza»⁽¹¹⁾, risulta compresso (o meglio soppresso) qualsivoglia interesse datoriale ad una negoziazione transnazionale, laddove l'impresa abbia nel Paese d'origine statuti protettivi e *welfare* deboli.

5. L'impresa transnazionale e la concorrenza tra ordinamenti.

Si è osservato correttamente come in questo contesto l'intero apparato di garanzie costruito per i lavoratori coinvolti nei nuovi modelli organizzativi orizzontali dell'impresa (alternativi a quello verticalmente integrato) abbiano subito uno "spiazzamento" nel momento in cui questi modelli si sono concretizzati in una spazialità transnazionale⁽¹²⁾.

Esemplificativamente, si ricorda come dalla sentenza *Laval* esca «limitata non solo la possibilità per lo Stato di difendere il mercato nazionale dal dumping sociale, ma la stessa capacità dei sindacati di contrastare simili strategie imprenditoriali attraverso l'esercizio dell'autonomia collettiva»⁽¹³⁾.

Ma forse ancor più preoccupante è richiamare il quadro normativo che si delinea con la sentenza *Rüffert* (al di là delle problematiche connesse alla sua conformità o meno alla convenzione n. 94 dell'ILO).

Come è stato osservato «nel caso *Rüffert*, al contrario di quanto si può arguire dalla sentenza *Laval*, il livello salariale era trasparente e facile da accertare anticipatamente» ed insieme era chiaro che la legislazione nazionale vincolava tutte le imprese tedesche che partecipavano alla procedura prevista per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico⁽¹⁴⁾.

In questa prospettiva la sentenza *Rüffert* è assai più grave della *Laval*. «È il primo caso in cui la Corte di Giustizia europea non pretende che la concorrenza tra fornitori di servizi nazionali e stranieri si svolga alle stesse condizioni. Secondo la Corte, infatti, i fornitori stranieri di servizi possono godere di un vantaggio competitivo pagando salari più bassi, contrariamente a quanto previsto (nel caso di specie) dalla legge federale (tedesca) che si riferisce all'accordo collettivo di settore»⁽¹⁵⁾.

Siamo ad una lettura preoccupante della normativa europea. Secondo questa lettura proprio il diritto comunitario, «non solo non consente che

⁽¹¹⁾ Sir B.A. HEPPLE, *op. cit.*

⁽¹²⁾ G. ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *RGL*, 2009, I, 549.

⁽¹³⁾ G. ORLANDINI, *op. cit.*

⁽¹⁴⁾ N. BRUUN, A. JACOBS, M. SCHMIDT, *La Convenzione 94 dell'ILO alla luce del caso Rüffert*, in *RGL*, 2009, I, 664.

⁽¹⁵⁾ N. BRUUN, A. JACOBS, M. SCHMIDT, *op. cit.*

i lavoratori coinvolti in un appalto transnazionale godano delle medesime condizioni di lavoro dei lavoratori “comparabili” dipendenti dall'appaltante, ma impone trattamenti differenziati anche rispetto ai lavoratori “comparabili” delle imprese concorrenti che agiscono nel loro medesimo settore di mercato», laddove le imprese appaltatrici straniere sono in condizione di sottrarsi in larga parte agli statuti protettivi (specie in riferimento alla disciplina contenuta nei contratti collettivi), «ben oltre di quanto sia possibile per le “omologhe” imprese nazionali»⁽¹⁶⁾.

6. Ipotesi e correttivi.

La prima ipotesi che viene avanzata è quella di interventi emendativi della attuale disciplina sui distacchi, ovvero a più ampio spettro quella «di assicurare un corretto bilanciamento tra libera circolazione e garanzia di condizioni di lavoro decente, al fine di livellare “verso l'alto”, piuttosto che “verso il basso”, gli standard sociali»⁽¹⁷⁾.

Sembra ipotesi di difficile praticabilità, almeno per il momento. Sarebbe, infatti, «ipocrita negare che le opinioni di un lettone e uno svedese possono avere del caso Laval, o un polacco e un tedesco del caso Rüf-fert sono ampiamente condizionate da due pre-giudizi eguali e contrari che difficilmente riescono a trovare compensazione»⁽¹⁸⁾.

Ugualmente non concretizzabile nel medio periodo appare l'ipotesi correttiva di valorizzare la contrattazione transnazionale. Infatti, la direttiva n. 96/71 come interpretata dalla Corte di giustizia «configura l'esistenza di una relazione inversa tra decentramento della struttura contrattuale e difesa dal dumping sociale, nel senso che tanto più un sistema di relazioni industriali apre al livello decentrato di contrattazione rispetto a quello nazionale, tanto meno praticabili in esso diventano strategie di difesa dal *dumping*, sia che queste siano attuate dallo Stato, sia che vengano perseguite dagli stessi attori sindacali»⁽¹⁹⁾.

Insomma, vi sarebbero ragioni perfino per rivedere la politica legislativa finalizzata ad incentivare e promuovere i due livelli di contrattazione; nonché di interrogarsi sull'efficacia dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009, che detta le nuove regole del sistema di contrattazione

⁽¹⁶⁾ G. ORLANDINI, *op. cit.*

⁽¹⁷⁾ Sir B.A. HEPPLER, *op. cit.*

⁽¹⁸⁾ A. LO FARO, *op. cit.*

⁽¹⁹⁾ G. ORLANDINI, *op. cit.*

collettiva, quanto alla sua efficacia in termini di rilancio di competitività delle nostre imprese in un mercato europeo costruito sulla concorrenza tra ordinamenti.

Quanto infine all'ipotesi di "emendare" la Corte di giustizia via Corte europea dei diritti dell'uomo è suggestiva, ma certo complessa per il difficile dialogo tra le Corti transnazionali (nonché delle stesse con quelle nazionali).

In proposito sembra positivo il richiamo alle due decisioni della Corte di Strasburgo⁽²⁰⁾ sul diritto di contrattazione e sul diritto di sciopero⁽²¹⁾; ma resta ferma la constatazione di una dialettica che vede la Corte di giustizia assecondare sempre più incisivamente la liberalizzazione dei mercati e dei servizi a danno della protezione degli statuti protettivi del lavoro, laddove la sentenza *Rüffert* sembra incidere negativamente sul modello sociale in termini più gravi delle stesse *Viking* e *Laval*.

E del resto, infine, la stessa Comunità segnala la scarsa effettività della strategia di Lisbona, ammettendo implicitamente un suo seppur parziale fallimento⁽²²⁾.

7. Stati nazionali e correzioni sociali.

La conclusione è quindi che l'area di interventi di correzione sociale resta affidata esclusivamente agli Stati nazionali, su cui grava altresì l'onere di proteggere l'occupazione (anche laddove delocalizzata a mezzo del distacco).

Qui il nostro legislatore sembra aver operato incisivamente sul fronte interno con la Finanziaria 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191), sia rafforzando gli interventi, anche in deroga, a sostegno del reddito dei lavoratori sospesi e disoccupati, sia incrementando le azioni di sostegno alla rioccupabilità ed al reinserimento nel mercato del lavoro dei soggetti espulsi (specie quelli svantaggiati), sia confermando gli incentivi alla crescita ed alla produttività del lavoro.

⁽²⁰⁾ Grand Chamber, 12 novembre 2008, Demir, e terza sezione, 21 aprile 2009, Enerji Yapi.

⁽²¹⁾ G. BRONZINI, *Diritto della contrattazione collettiva e diritto di sciopero nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 975 ss.

⁽²²⁾ EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Le soluzioni europee per uscire dalla crisi: analisi delle criticità*, in *DRI*, 2009, n. 4, 1153 ss.

Alcuni ulteriori interventi sembrano tuttavia possibili, riferiti più che alle politiche del lavoro al sistema Paese nel suo complesso.

Si tratta di prendere le mosse dal silenzio (non solo europeo) del costo straordinario sopportato dagli Stati nazionali per il salvataggio del sistema bancario ed insieme dal rumore (anche qui non solo europeo) correlato ai modesti interventi operati dagli stessi Stati per attenuare i disagi sociali e per incrementare la competitività delle imprese.

E si tratta di rovesciare giudizi, silenzi, rumori, da un lato, ponendo sotto sorveglianza planetaria il sistema finanziario (che ha disperso irresponsabilmente la ricchezza dei contribuenti) ed assoggettandolo a regole assai più rigorose di quelle esistenti, dall'altro, evidenziando che la crescita si è dimostrata più sostenibile (sia pure relativamente) in quei Paesi (come l'Italia) dotati di welfare più sviluppati e più flessibili. Per creare una vera democrazia europea è necessario non perseguire la competitività ad ogni costo, ma piuttosto ricercare il benessere collettivo nel bilanciamento degli interessi del capitale e della società civile (lavoratori, consumatori, cittadini attivi e pensionati).

In questa prospettiva va recuperato anche in una dimensione transnazionale il valore della solidarietà, inserendo nel Trattato «una clausola di progresso sociale» supportata dalla disponibilità «ad un cofinanziamento transnazionale degli standard minimi di tutela obbligatoria»⁽²³⁾.

Ma va anche a mio avviso rilanciata l'idea⁽²⁴⁾ che gli Stati inizino a condividere uno statuto protettivo uniforme del lavoro transnazionale ed a negoziarlo con i centri di interesse (forze private, attori sociali e, su tutti, le grandi multinazionali), facendo valere la loro sovranità sugli attori degli scambi globali, necessitati comunque ad interfacciarsi con i singoli ordinamenti, in ragione della necessità di momenti autorizzatori connessi alla localizzazione degli investimenti.

Su tutto una riflessione finale. Nessuno auspica il rifiuto dell'Europa ed il ritorno al localismo; ma si impone un ripensamento sulla primazia del diritto comunitario o quantomeno della giurisdizione comunitaria. Sepur non condivise da chi la riporta⁽²⁵⁾, ritengo meritevoli di attento approfondimento (tra l'altro in una fase nazionale di possibili riforme costituzionali condivise) le due proposte dell'ex Presidente della Corte

⁽²³⁾ T. BLANKE, *op. cit.*

⁽²⁴⁾ A. SUPLOT, *Azione normativa e lavoro decente. Prospettive nel campo della sicurezza sociale*, in *DLRI*, 2006, n. 4, 625 ss.

⁽²⁵⁾ T. BLANKE, *op. cit.*

Federale del lavoro Tedesca ⁽²⁶⁾ di escludere la rilevanza del diritto comunitario in quelle materie in cui non ha competenza, nonché di prevedere, quando la competenza vi sia ma sia tutelato un diritto fondamentale, che non si proceda ad un giudizio di proporzionalità, bensì si operi una valutazione incentrata sulle questioni di merito.

Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa – Riassunto. *L'A. muove dalla constatazione che l'insieme degli interventi governativi, che nel biennio hanno valorizzato il ricorso alla tecnica della sospensione dei rapporti di lavoro ovvero della loro conservazione con riduzione dell'orario, hanno contenuto gli effetti della crisi sulla e della occupazione. All'uscita dalla crisi si sarà, tuttavia, concretizzato uno zoccolo duro di disoccupazione strutturale, specie nell'industria manifatturiera, per l'accelerazione nel processo di deindustrializzazione. La crescita della disoccupazione della forza lavoro operaia con profili professionali ed età inadeguati a riallocazioni nel settore dei servizi avrà un ulteriore impatto sul contesto sociale e sul processo in corso di frammentazione dell'identità di classe con un ulteriore effetto di disgregazione di valori forti quali la protezione del lavoro migrante e l'accettazione della cittadinanza europea. Contestualmente alla crisi, infatti, emerge il dato del conflitto tra lavoratori europei per la libera circolazione dei capitali, dei servizi e, soprattutto, degli stessi lavoratori che pone in discussione l'aspettativa di costruire un modello sociale europeo attraverso l'autonomia collettiva tanto più fondato sulla valorizzazione del livello di settore assente, e difficilmente prospettabile, nei Paesi neocomunitari. Il problema della concorrenza tra i lavoratori europei è accentuato dalla lettura del diritto comunitario operato dalla Corte di giustizia in assenza di possibilità concrete di modifica della disciplina comunitaria dei distacchi ovvero di soluzioni emendative della giurisprudenza comunitaria ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo. All'esito della riflessione, l'A. rileva che l'area di interventi di correzione sociale resta affidata esclusivamente agli Stati nazionali, su cui grava altresì l'onere di proteggere l'occupazione. Da questa prospettiva l'A. valuta positivamente gli interventi del legislatore italiano anche contenuti, da ultimo, con la Finanziaria 2010 e formula ulteriori proposte di impatto sul sistema Paese nel suo complesso e di riflessione più generale dell'evoluzione possibile della democrazia europea e della considerazione delle questioni dello sviluppo e della tutela del lavoro in tale contesto.*

Considerations on employment: Italy and Europe (Article in Italian) – Summary. *The paper states that the set of measures issued by the Government, which over the last two years resorted to both the suspension of the employment contract and the reduction of the working hours, mitigated the effects of the crisis in terms of employment. However, at the end of the economic downturn, the acceleration of the deindustrialization process will produce a high level of structural unemployment, especially in the manufacturing sector. In addition, the increase in unemployment rates of workmen with competencies and a certain age which make them unable to re-enter*

⁽²⁶⁾ H. WIBMANN, *Zwischenruf: Viking und Laval: Grundfreiheiten über alles?*, in *Arbeit und Recht*, 2009, 149 ss.

the service sector will causes further effects on the social context and on the ongoing process of fragmentation of the class identity, with the latter leading to a disintegration of those values dealing with the legal protection for migrant workers, and the recognition of the status of a European citizen. The financial crisis also cast light on the conflict between European workers, with special reference to the free movement of capital and services, which calls into question the establishment of a European social model through sector-level collective autonomy, lacking and difficult to implement in the Countries which recently entered the European Community. The issue of competition between European workers is stressed also by the interpretation of Community law provisions set out by the Court of Justice, which highlights its inability to provide effective amendments to regulation dealing with the posting of workers. The same happens with the European Court of Human Rights, which has difficulty in modifying legislation at a Community level. On conclusion, the paper points out that the Government is the only institution in charge of providing social improvements and safeguarding employment. From this perspective, the paper welcomes amendments provided by the Italian legislator, including the ones contained in the 2010 Financial Law (Legge Finanziaria 2010), also proposing further measures which may have an effect on the Country, with a number of general considerations on a possible evolution of a European democracy, and on issues linked to labour protection.

Gli ammortizzatori sociali nella crisi: la tenuta del sistema

Antonio Mastrapasqua

Sommario: **1.** Premessa: un mercato del lavoro in movimento. – **2.** Il sistema degli ammortizzatori sociali: CIG, disoccupazione, mobilità, bilateralismo. – **3.** Conclusioni.

1. Premessa: un mercato del lavoro in movimento.

Nel Libro Bianco del Ministero del lavoro *La vita buona nella società attiva*, si rammenta il giudizio che il professor Marco Biagi aveva espresso sul nostro mercato del lavoro, definendolo come «il peggiore d'Europa».

Dieci anni di riforme del mercato del lavoro non sono passati invano. I numeri sono spesso più eloquenti di molte parole: dal 2000 al 2009 i lavoratori dipendenti assicurati Inps sono aumentati di oltre tre milioni di unità (passando da circa dieci milioni agli attuali tredici milioni), al netto degli iscritti alla gestione separata, cioè non si contano i co.co.co. e i co.co.pro. In totale dal 1996 ad oggi sono circa otto milioni i lavoratori (dipendenti, autonomi, a progetto, ecc.) che hanno trovato una nuova occupazione: tanti sono gli iscritti Inps che sono regolati dal sistema contributivo “puro”. E anche in questo caso non teniamo conto di circa tre milioni di silenti: cioè soggetti che hanno aperta una posizione contributiva (post 1996), ma che al momento non è attiva.

Non sappiamo se, ancora oggi, il nostro mercato del lavoro possa essere definito «il peggiore d'Europa», ma sicuramente è più dinamico, flessibile, e soprattutto “meno nero” di quanto non lo fosse dieci anni fa. Il riferimento al contrasto al lavoro nero non è un tema estraneo al dibattito di oggi: “scoprire” circa 80 mila lavoratori in nero – come hanno fatto gli ispettori Inps nel corso del 2009 – non vuol dire solo operare un

* *Presidente e Commissario Straordinario Inps.*

intervento a difesa della legalità, ma significa anche contribuire a rendere il mercato del lavoro sempre più trasparente e far emergere nuova base contributiva. La compatibilità del sistema di *workfare* è fatta anche di risorse, di contributi pagati: d'altronde assicurare versamenti contributivi vuol dire garantire le condizioni stesse della compatibilità dell'intero sistema che collega lavoratori attivi, strumenti previdenziali, sussidi assistenziali.

Il contrasto al lavoro nero si è acuito in un anno critico, dove probabilmente si è fatta più forte la tentazione del sommerso. Ma nel corso del 2009 l'esperienza che credo sia stata fondamentale per l'Inps, è stata proprio la capacità e necessità di rivolgersi all'economia del Paese e al mercato del lavoro in particolare, con un approccio integrato, sistemico. Il nuovo impianto degli ammortizzatori sociali, l'obiettivo di far emergere lavoro sommerso, la capacità di proporre strumenti nuovi e flessibili per regolare anche i settori del lavoro occasionale e accessorio.

2. Il sistema degli ammortizzatori sociali: CIG, disoccupazione, mobilità, bilateralismo.

Certo è che per la dimensione del problema e per l'impatto sociale, dobbiamo fare una riflessione più articolata proprio sugli ammortizzatori sociali e, segnatamente, sulla rinnovata architettura della cassa integrazione.

I fatti sono importanti per valutare l'esperienza che talvolta è stata sovrappiù da qualche pregiudizio politico e ideologico. Pensiamo al dibattito sull'allungamento della cassa integrazione ordinaria, da 52 a 104 settimane.

Prima ancora di valutarne l'impatto in termini di copertura finanziaria, sarebbe utile confrontarsi con i dati: su 578 milioni di ore di CIGO autorizzate, nel corso dell'anno le imprese ne hanno utilizzate solo il 56,49% (in totale, su 918 milioni di ore di CIG autorizzate nel 2009, ne sono state utilizzate solo 536 milioni: ci sono insomma quasi 400 milioni di ore di CIG autorizzate ma non ancora utilizzate dalle imprese). Di fronte all'incalzare della crisi abbiamo messo a punto la valutazione del cosiddetto "tiraggio", non per dichiarare quanto è, ed è stata, profonda la crisi, ma soprattutto per verificare le modalità con cui le imprese hanno vissuto la loro criticità.

Ha senso allungare la CIGO, di fronte a un utilizzo così modesto, rispetto alle massicce richieste e autorizzazioni?

Nel corso del 2009 l'Inps ha poi offerto anche nuovi strumenti di uso amministrativo della cassa integrazione: prima con la circolare che ha distinto l'uso della CIG in giornate e non più in settimane, di fatto allungando la modalità di utilizzo dello strumento. E poi con la cosiddetta "ordinarizzazione" della CIGS, che ha dettato un percorso senza soluzione di continuità: dalla CIGO si passa alla CIGS e da questa alla CIG in deroga, senza dover interrompere alcunché, di fatto stendendo una rete che supera di molto persino un triennio.

Ancora una volta i numeri ci vengono in soccorso: le domande di mobilità nel corso di questi ultimi mesi sono andate progressivamente diminuendo. I lavoratori sono trattenuti nei luoghi di lavoro: nel corso dell'ultimo mese la tendenza alla diminuzione in valore assoluto si è fatta persino più spinta, con un calo del 25% delle domande di mobilità in gennaio 2010, rispetto a gennaio 2009.

Anche la disoccupazione, che ha fatto gridare all'allarme nel corso dell'anno, mostra un andamento che sembra sotto controllo. Sia per la presentazione delle domande: anche in questo caso il gennaio 2010 è stato leggermente più "freddo" del gennaio 2009. Sia per il dinamismo che risulta da un'indagine che abbiamo condotto nel corso del 2009 per verificare i tempi di reimpiego dei beneficiari di assegno di disoccupazione: circa il 54% dei beneficiari di sussidio ha trovato un posto di lavoro nuovo, nel corso del tempo di godimento del sussidio.

Infine, con le misure sulla cassa integrazione in deroga si è aumentata la protezione sociale dei lavoratori e delle aziende in difficoltà di almeno il 20% in più rispetto agli anni precedenti. Tanto valgono le ore autorizzate di CIG in deroga sul totale delle autorizzazioni di CIG. Anche in questo caso il "tiraggio" si è rivelato basso: solo il 58,60% delle ore di CIGD autorizzate sono state utilizzate.

Nella realizzazione di questo strumento si è giocata una scommessa importante: indurre alla collaborazione soggetti assai diversi tra di loro. Lo Stato centrale, quindi il Governo, le amministrazioni regionali, le imprese, molto spesso non abituate ai meccanismi – o addirittura, proprio digiune dai processi di CIG –, e l'Inps, cui è stato affidato il compito di organizzatore di tutto il sistema. Anche in questo caso credo che il bilancio, pur non ancora definito, sia stato positivo. La collaborazione è stata intensa e, al di là di un avvio che sul territorio ha mostrato qualche differenziazione e disomogeneità, oggi possiamo dire che anche la CIG in deroga è assolutamente sotto controllo.

L'esperienza acquisita ci ha consentito di ridisegnare la nostra stessa organizzazione per dare risposte più celeri e più efficienti alle difficoltà delle aziende e dei loro lavoratori. Un sistema di protezione, che è op-

portuno rammentare, non è a costo zero per lo Stato. È vero che la cassa integrazione ordinaria è un istituto che, almeno fino al 2008, ha fatto registrare un saldo positivo, tra entrate (contributi versati) e uscite (prestazioni erogate). Ma è altrettanto vero che le indennità di mobilità, le indennità e i sussidi di disoccupazione e i pensionamenti anticipati – che costituiscono, insieme alla CIG, un sistema unico e coerente di ammortizzazione sociale del lavoro – sono da anni costantemente a saldo negativo, anche negli anni precedenti al 2009. E per valori tutt'altro che trascurabili.

Il rapporto tra pubblico e privato, sul fronte degli ammortizzatori sociali, è più complesso, e meno noto nel dettaglio, di quanto a volte venga semplificato. Ma si tratta di un rapporto che deve essere sempre più stretto e di più stretta collaborazione. E anche in questo caso l'esperienza del 2009 ci ha aiutati a capire qualcosa in più.

Nella crisi del 2008-2009 anche il bilateralismo ha funzionato. E per questo sarà opportuno continuare a valorizzare le esperienze maturate dagli organismi bilaterali territoriali nella gestione condivisa di servizi fondamentali quali sicurezza, formazione, integrazione del reddito, ri-collocamento.

Le parti sociali, attraverso gli enti bilaterali, vanno incentivate ad impiegare le risorse raccolte contrattualmente, destinandole a forme di protezione del reddito per sospensione dell'attività lavorativa oppure erogazioni aggiuntive rispetto a quelle del sistema obbligatorio nel caso di cessazione del rapporto di lavoro.

Infatti, tra le opportunità colte in questo periodo di crisi, oltre quella di aver privilegiato interventi a sostegno al reddito atti a mantenere i lavoratori dentro l'azienda, c'è stata quella di dare avvio alla costruzione di un sistema di ammortizzatori sociali in cui concorrono risorse pubbliche e di natura contrattuale (soprattutto in relazione al sistema delle sospensioni per crisi aziendali e per i lavoratori somministrati). Il doppio binario, pubblico-privato, ha una velocità assai differenziata sul territorio, creando – o rischiando di creare – una sperequazione di trattamento.

3. Conclusioni.

Sempre il Libro Bianco ci rammenta che «le proiezioni di lungo termine evidenziano la stabilizzazione dell'incidenza sul PIL della spesa pensionistica. Nondimeno, con un valore al di sotto del 14% solo dopo il 2055, le pensioni finiscono per sottrarre spazio alle altre funzioni del

Welfare da finanziare a ripartizione, essenziali sia per la tutela degli individui lungo tutta la vita sia per la stabilizzazione anticiclica dell'economia e per la promozione dell'occupazione».

Il sistema di riferimento, previdenziale e assistenziale, è unico. Così come unico, in Italia – ed oggi con qualche ripensamento in Europa e non solo, proprio verso il modello italiano – è il soggetto istituzionale che provvede ad assistenza e previdenza. All'Inps è stata affidata una responsabilità crescente in questo anno e mezzo di crisi internazionale che ha coinvolto direttamente anche la nostra economia e il nostro mercato del lavoro. E credo che l'Inps abbia risposto con efficienza, flessibilità e responsabilità.

Gli ammortizzatori sociali nella crisi: la tenuta del sistema – Riassunto. *L'A. muove da una riflessione sull'evoluzione del mercato del lavoro negli ultimi dieci anni, divenuto più dinamico, flessibile e "meno nero" per l'importanza degli strumenti di emersione, tra cui anche il lavoro occasionale e accessorio, a fronte del nesso tra sostenibilità dei sistemi di ammortizzatori sociali e trasparenza del mercato del lavoro. In tale quadro una valutazione sull'esperienza recente in merito alla operatività degli istituti che attualmente presiedono al sistema degli ammortizzatori sociali, cassa integrazione, disoccupazione e mobilità segnala il dato della collaborazione di soggetti diversi, Stato e Governo, amministrazioni regionali, imprese e Inps, come soggetto a cui è stato affidato il ruolo di organizzare il sistema, con un esito positivo seppur non ancora definito. Emerge quindi l'importanza di riflettere approfonditamente sul rapporto pubblico-privato sul fronte degli ammortizzatori sociali rispetto al quale anche la bilateralità valorizzata nell'anno di crisi ha ben funzionato. Anche l'esperienza dei voucher appare positiva perché recupera a legalità, assicurazione e contribuzione momenti di lavoro tradizionalmente esclusi da un processo di regolazione e contribuisce a diffondere nei lavoratori un approccio al sistema previdenziale contributivo caratterizzato per la connessione finanziario-attuariale con la storia contributiva e con la speranza di vita attesa dopo il pensionamento. All'esito delle riflessioni svolte, l'A. sottolinea come, a fronte dell'unicità del sistema previdenziale e assistenziale, l'ente di riferimento, l'Inps, abbia risposto alle responsabilità che gli sono state affidate in modo efficiente e adeguatamente flessibile.*

Safety net measures during the economic crisis (Article in Italian) – Summary.

The paper begins by arguing that the labour market has become more dynamic and more flexible in the last decade. Mention is also made of the implementation of new forms of employment, more specifically casual and temporary work, associated with the sustainability of the social safety nets and the attempt to increase market transparency, that led to a decrease in the rate of undeclared work. On the basis of these considerations, the paper provides an assessment of the regulatory scheme dealing with safety net measures, layoff benefit fund, unemployment programs, and job mobility, showing a cooperative effort between different bodies, such as the Government, national and local authorities, enterprises and the National Institute of Social Insur-

ance (Inps), with the latter successfully overseeing the process. The paper also points out the need to consider the relationship between the public and the private sector in relation to the implementation of social safety net programs, which proved effective during the crisis. The service voucher schemes have also helped to tackle undeclared work, especially in terms of health insurance and contributions, serving as an instrument to transfer a number of working activities from the black economy into the formal labor market. The system has also raised awareness among workers of the importance of social security schemes, based on the link between paid contributions and life expectancy after the retirement age. In conclusion, in recognizing the specificity of the Italian social security scheme, the paper argues that the National Institute of Social Insurance has operated in an effective and flexible way in performing its functions.

L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema

Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Il fallimento dei progetti di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali. – **2.** La legislazione in deroga ed emergenziale e il pilastro della bilateralità: un quadro unitario di quanto è stato fatto nel biennio 2008-2009. – **3.** Oltre l'emergenza: alla ricerca di una logica di sistema nella legislazione vigente e le linee per il completamento del percorso di riforma.

1. Il fallimento dei progetti di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali.

Gli ammortizzatori sociali sono al centro della agenda politica da oltre un decennio ⁽¹⁾. Alle leggi di riforma del mercato del lavoro (pacchetto Treu e Legge Biagi su tutte) hanno inevitabilmente fatto seguito ambiziose proposte di graduale armonizzazione ed estensione dei trattamenti di disoccupazione. E questo perché l'apertura a forme di lavoro flessibile e temporaneo richiede, sul versante delle tutele, una revisione delle tecniche di protezione dei lavoratori tale da spostare l'enfasi dal singolo posto di lavoro o dalla singola azienda, come avviene nel caso della cassa integrazione, alla protezione del reddito del lavoratore sul mercato del lavoro nelle sempre più frequenti transizioni occupazionali.

Non è mancata una certa progettualità in materia. Lo dimostra il fiorire, negli ultimi anni, di svariati progetti di riforma a livello politico, sindacale e dottrinale. L'ineludibile vincolo di finanza pubblica, imposto ancor più dalla diffidenza dei mercati finanziari per il debito quando non

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.*

⁽¹⁾ Cfr., per tutti, F. LISO, *Brevi appunti sugli ammortizzatori sociali*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008. Cfr. altresì M. TIRABOSCHI, *Il quadro degli ammortizzatori sociali: spunti per un progetto di riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 1105 ss.

accompagnato da una rigorosa disciplina di bilancio, non ha tuttavia sin qui consentito interventi di tipo strutturale, tali da incidere sull'assetto dei diritti soggettivi, limitandosi l'intervento del legislatore e del Governo a misure di carattere temporaneo e, di regola, in deroga alla disciplina vigente. Le stesse riforme avviate sul versante della formazione e dei servizi per il lavoro, pur ispirandosi alle migliori esperienze europee di *welfare to work* e, dunque, di raccordo tra politiche passive e politiche attive, non hanno prodotto i risultati sperati⁽²⁾ o sono ancora in attesa di una piena implementazione come nel caso del pur importante accordo tra Governo, Regioni e parti sociali sulla formazione del 17 febbraio 2010⁽³⁾.

I fallimenti sin qui registrati hanno semmai alimentato più di un dubbio sulla capacità del nostro Paese di cambiare realmente un paradigma di tutela del lavoro – e un modello sociale – ancora tendenzialmente incentrato sul lavoratore maschio e adulto assunto con contratto a tempo indeterminato. Le stesse misure anticrisi del biennio 2008-2009 si sono largamente incentrate su un obiettivo di “coesione sociale” privilegiando – non diversamente dal passato, sebbene in un regime di emergenza nazionale e con una dotazione straordinaria di risorse pubbliche concertata tra Governo e Regioni nell'accordo del 12 febbraio 2009⁽⁴⁾ – il sostegno al reddito dei lavoratori adulti (rispetto ai quali la componente femminile è ancora largamente deficitaria con tassi di occupazione regolare che non superano il 50% della popolazione in età di lavoro) a scapito della forza lavoro giovanile che, non a caso, ha registrato un drastico incremento del tasso di disoccupazione dei minori di 25 anni (pari al 28% nel 2009) che si accompagna a un altrettanto deludente tasso di occupazione regolare (che non supera il 35,5%).

⁽²⁾ È quanto sostiene il *Libro Bianco* del Governo sul futuro del modello sociale del maggio 2009. Cfr. altresì S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neocontrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2008, cap. V.

⁽³⁾ In *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Formazione*.

⁽⁴⁾ Cfr. l'Accordo tra Governo, Regioni e Province autonome del 12 febbraio 2009 e l'Accordo tra Governo, Regioni e Province autonome in merito a «interventi e misure anticrisi con riferimento al sostegno del reddito e alle competenze», sancito nella Conferenza Stato-Regioni del 26 febbraio 2009, da cui discendono poi accordi a cascata per la ripartizione delle risorse tra le diverse Regioni. Per gli accordi tra le Regioni e le parti sociali siglati per il 2009, cfr. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL (a cura di), *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, Bollettino speciale Adapt, 2009, n. 10; per quelli siglati per il 2010, cfr. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL (a cura di), *Guida pratica agli ammortizzatori sociali – 2010*, Bollettino speciale Adapt, 2010, n. 16.

Lavoratori e imprese si trovano così ad affrontare problemi nuovi con strumenti vecchi di cui bene conosciamo – almeno dai tempi della c.d. Commissione Onofri ⁽⁵⁾ – disfunzioni, costi e inefficienze.

La crisi economica e finanziaria del biennio 2008-2009 ha rilanciato con forza il tema della riforma degli ammortizzatori, tanto da indurre più di un osservatore a proporre il radicale superamento di meccanismi consolidati di protezione sociale come la cassa integrazione (in deroga ma anche a regime), le liste di mobilità e tanti altri sistemi *ad hoc* per tipologia di settore o attività. Si registrano proposte di creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno del reddito e al reinserimento lavorativo di tutti i disoccupati senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di contratti di lavoro. È del resto opinione comune che l'attuale sistema dia luogo a un *corpus* normativo disorganico e iniquo per criteri di eleggibilità, durata, ammontare dei benefici ⁽⁶⁾. Evidenti e gravi sono le anomalie rispetto agli altri Paesi europei, così come siamo ancora ben lontani dal modello della *flexicurity* sponsorizzato dalle istituzioni comunitarie.

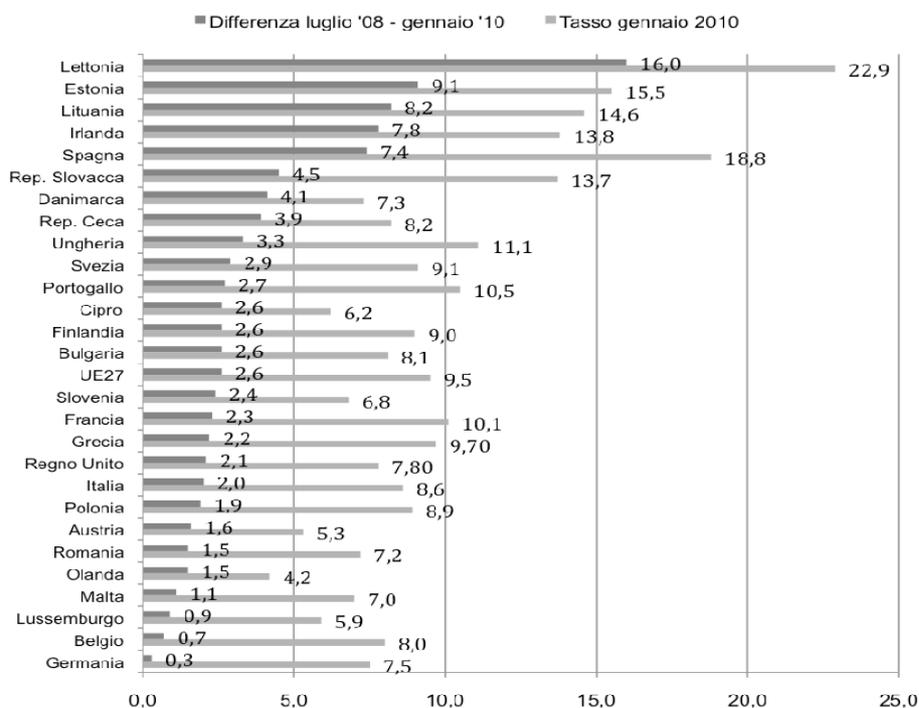
La gravità della crisi internazionale avrebbe dovuto rappresentare, a detta di non pochi osservatori e *opinion makers*, l'occasione propizia per superare veti e vischiosità difficilmente gestibili in situazioni "normali". Ma così non è stato nella convinzione, da parte di Governo, Regioni e parti sociali, che la messa a regime di una ambiziosa e organica riforma del sistema degli ammortizzatori sociali in termini di diritti soggettivi, oltre a richiedere ingenti risorse, non disponibili, avrebbe dato i suoi principali effetti solo nel medio e probabilmente lungo periodo. E comunque avrebbe richiesto, sul piano tecnico e normativo, anche per l'intreccio di competenze tra Stato e Regioni e l'inevitabile confronto con le parti sociali, una gestazione assai lunga e laboriosa.

A differenza delle misure presenti in molti altri ordinamenti, e prospettate in termini di riforma da non pochi osservatori, gli "antiquati" strumenti di sospensione del rapporto di lavoro e contestuale integrazione del reddito hanno rivelato, nel pieno della crisi, una inaspettata modernità ed efficacia come del resto dimostrano i confronti internazionali sull'incremento dei tassi di disoccupazione nel pieno della crisi (cfr. il grafico 1).

⁽⁵⁾ Cfr. i contributi raccolti ora in L. GUERZONI (a cura di), *La riforma del welfare – Dieci anni dopo la «Commissione Onofri»*, il Mulino, Bologna, 2008.

⁽⁶⁾ Cfr. F. LISO, *Brevi note sull'articolo 19 del recente decreto legge 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, Working Paper Adapt, 2008, n. 68 (in www.adapt.it).

Grafico 1 – Tasso di disoccupazione



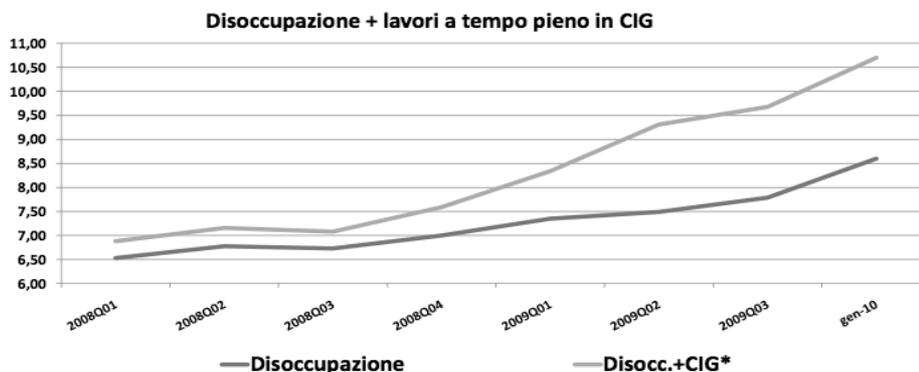
Fonte: Eurostat

Le diverse forme di cassa integrazione (ordinaria, straordinaria e in deroga) hanno consentito, in effetti, il mantenimento di numerosi rapporti di lavoro e un ricorso assai contenuto, almeno rispetto a quanto avvenuto in altri Paesi, ai licenziamenti collettivi e alle procedure di mobilità ⁽⁷⁾.

Sono del resto le stesse stime (cfr. il grafico 2) di quanti hanno proposto di abbandonare la strumentazione vigente per sostituirla con una generosa indennità di disoccupazione a dimostrare, come in caso di assenza delle casse integrazioni il tasso di disoccupazione avrebbe raggiunto livelli molto più elevati (circa l'11%), e, in particolare, il suo incremento sarebbe stato in linea con quello registrato nei Paesi privi di sistema di sospensioni dal lavoro.

⁽⁷⁾ Nel primo trimestre 2010, in Italia il tasso di disoccupazione è registrato all'8,8% (Istat, dato provvisorio) contro il 9,4% della media europea (Eurostat).

Grafico 2 – Tasso di disoccupazione presunto contando le ore di cassa integrazione



* Si ottiene aggiungendo al numero dei disoccupati il numero di lavoratori a tempo pieno equivalenti coinvolti in Cassa Integrazione (ore di Cassa Integrazione divise per le ore mediamente lavorate da un lavoratore a tempo pieno) sul totale delle forze lavoro

Fonte: Lavoce.info

L'accordo con le Regioni sugli ammortizzatori sociali (12 febbraio 2009) e i ricorrenti accordi con le parti sociali hanno consentito di non disperdere e anzi valorizzare il capitale umano delle imprese e sostenere il reddito delle famiglie e di tutte le categorie di lavoratori compresi quelli atipici e temporanei. La tenuta occupazionale è stata decisamente migliore rispetto alla media degli altri Paesi come riconosciuto dalle istituzioni internazionali e dal G20 di Washington ⁽⁸⁾.

2. La legislazione in deroga ed emergenziale e il pilastro della bilateralità: un quadro unitario di quanto è stato fatto nel biennio 2008-2009.

Se è mancata una riforma organica è però altrettanto vero che non poco è stato fatto, almeno nell'ultimi biennio, in materia di ammortizzatori sociali. Se non è mutato il quadro dei diritti soggettivi, è tuttavia possibile intravedere, negli interventi normativi anticrisi approvati a partire dalla fine del 2008 – legge 3 agosto 2009, n. 102, di conversione del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78; legge 9 aprile 2009, n. 33, di conversione del decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, e legge 28 gennaio 2009, n. 2, di conversione del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185

⁽⁸⁾ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Comunicato Stampa*, 21 aprile 2010.

– un mutamento delle logiche di sistema che potrebbe lasciare presagire
– anche alla luce di quanto anticipato nel Libro Bianco sul futuro del modello sociale europeo del maggio 2009 ⁽⁹⁾ – la traccia di un disegno di riforma e di revisione del sistema degli ammortizzatori sociali in una ottica di welfare comunitario e negoziale fortemente incentrato sul sistema della bilateralità.

L'introduzione e la sperimentazione degli "ammortizzatori bilaterali" nei settori non coperti dalla cassa integrazione "a regime" ⁽¹⁰⁾, superando la logica delle deroghe, potrebbe infatti anticipare, a ben vedere, un nuovo assetto del sistema di protezione sociale basato su due pilastri: uno pubblico e l'altro, quello appunto bilaterale, di tipo privato.

Quello pubblico – almeno da quanto emerge dal *Libro Bianco* del 2009 – dovrebbe essere modellato sulla attuale indennità di disoccupazione e prevedere un trattamento decrescente nel tempo. Quello privato, come si desume dall'articolo 19, comma 1, del decreto legge n. 185 del 2008, dovrebbe invece essere basato sul sistema della bilateralità (mediante enti bilaterali *ad hoc* ovvero mediante il sistema dei fondi interprofessionali come lascia intendere, almeno per il settore della somministrazione, la revisione dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 276 del 2003, attualmente in discussione nell'ambito del c.d. "collegato lavoro"), fiscalmente incentivato e caratterizzato anche dall'affidamento della gestione dei fondi alimentati da contribuzioni obbligatoria e oggi dedicati alla cassa integrazione.

Ricomporre, allora, in un quadro unitario i molteplici strumenti di tutela del reddito, oggi contemplati dal nostro ordinamento, può dunque consentire di individuare un filo unitario in grado di contribuire a dare organicità e sistema a misure apparentemente frammentarie. Là dove l'introduzione degli "ammortizzatori bilaterali", se riuscirà a radicarsi, potrà consentire di individuare, in una logica di sussidiarietà orizzontale, prestazioni aggiuntive rispetto a quelle garantite dal sistema pubblico.

Con il comma 1 dell'articolo 19 del decreto legge n. 185 viene, infatti, previsto l'utilizzo della indennità di disoccupazione (con requisiti normali e con requisiti ridotti) anche in funzione di tutela contro la disoccupazione parziale. Ne è infatti esteso il campo di applicazione a lavoratori occupati, ma sospesi dal lavoro per crisi aziendali o occupaziona-

⁽⁹⁾ Cfr. *Libro Bianco sul futuro del modello sociale*, cit.

⁽¹⁰⁾ Si tratta delle indennità di disoccupazione per sospensione disciplinate dall'art. 19, comma 1, lett. a, b, e c, d.l. n. 185/2008, cfr. S. SPATTINI, *Gli ammortizzatori per il lavoro non standard: il nuovo quadro legale*, in *q. Rivista*, 2009, n. 4, 939-940.

li, che siano dipendenti di datori di lavoro (compresi per esempio gli studi professionali) non coperti dalla cassa integrazione ordinaria o straordinaria. Nella tutela vengono ricompresi anche i lavoratori in somministrazione, in caso di sospensione o interruzione anticipata della missione, e gli apprendisti.

Tale beneficio è condizionato alla sottoscrizione di un apposito accordo aziendale e al concorso di un ente bilaterale con una prestazione integrativa corrispondente almeno al 20% della indennità di disoccupazione.

Il lavoratore avrà effettivo diritto al trattamento se in possesso dei normali requisiti contributivi e assicurativi richiesti per accedere alle indennità di disoccupazione e a seguito della sottoscrizione della dichiarazione di immediata disponibilità a un percorso formativo o di riqualificazione professionale, durante la sospensione dal lavoro. Trattandosi di sospensione non opera evidentemente, in questo caso, la dichiarazione di disponibilità ad accettare un lavoro congruo.

Il lavoratore sospeso avente diritto alla indennità di disoccupazione percepisce dall'Inps il normale importo del 60% della retribuzione di riferimento, in caso di indennità con requisiti normali, e del 35%, in caso di indennità con requisiti ridotti. A questa parte si aggiunge l'integrazione a carico dell'ente bilaterale (20% dell'indennità). Per allineare l'ammontare di questi strumenti alle integrazioni salariali nell'ambito delle cassa integrazioni è stato previsto che l'importo complessivo delle indennità di disoccupazione in caso di sospensione sia elevato per il biennio 2009-2010 all'80% della retribuzione (articolo 19, comma 2, decreto legge n. 185/2008).

Con riferimento alla durata, il beneficio è concesso per un massimo di novanta giornate ovvero non oltre il numero di giornate lavorate nell'anno precedente, se si tratta di indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, e può essere fruito anche non continuativamente.

Nell'ottica di estendere la tutela contro il rischio della disoccupazione totale o parziale a lavoratori normalmente non tutelati, l'articolo 19, comma 1, lettera c, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, ha introdotto, in via sperimentale per gli anni 2009-2011, un trattamento di sostituzione del reddito destinato agli apprendisti, esclusi dal campo di applicazione della cassa integrazione e delle mobilità.

Anche per questa tipologia di beneficio, l'erogazione dello stesso è soggetta all'integrazione del 20% dell'indennità da parte di un ente bilaterale di settore ed è prevista in caso di sospensione per crisi aziendali o occupazionali o di licenziamento e a seguito della definizione di un accordo aziendale.

L'apprendista ha diritto alla indennità se ha una anzianità di servizio presso l'azienda interessata dalla crisi aziendale o occupazionale di almeno tre mesi, oltre ad avere sottoscritto la dichiarazione di immediata disponibilità a un percorso formativo e di riqualificazione professionale, nel caso di sospensione dal lavoro, ovvero di disponibilità ad accettare una offerta formativa o una congrua offerta di lavoro, in caso di licenziamento.

Il beneficio è riconosciuto per un massimo di novanta giornate nell'ambito del periodo di apprendistato e può essere goduto non necessariamente per un periodo continuativo, ma per singole giornate.

All'apprendista sospeso o licenziato è dovuta l'indennità erogata dall'Inps corrispondente all'importo della indennità di disoccupazione con requisiti normali e l'integrazione a carico dell'ente bilaterale. Per il solo biennio 2009-2010⁽¹¹⁾, è previsto, inoltre, che l'importo totale del beneficio sia equivalente ai trattamenti *ex* comma 8 dell'articolo 19 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, ovvero ai trattamenti di cassa integrazione e mobilità. Tale ulteriore integrazione è a carico dell'Inps a valere sul Fondo per l'occupazione di cui al comma 1 dell'articolo citato.

Poiché queste nuove misure di sostegno al reddito si fondano sull'integrazione delle prestazioni degli enti bilaterali e dell'Inps, indispensabile è il loro coordinamento, basato su una convenzione che definisce la gestione dei trattamenti e lo scambio di informazioni.

L'introduzione di questi strumenti di sostegno al reddito ha sollevato, da parte di alcuni commentatori, dubbi di legittimità costituzionale sul presupposto, invero non previsto dalla normativa, di una obbligatorietà dell'intervento bilaterale che condizionerebbe e renderebbe incerta, nei settori dove non esistono gli enti bilaterali, la tutela del lavoratore. La normativa è in realtà chiara nell'indicare che l'intervento degli enti bilaterali è del tutto eventuale e volontario. Infatti, nella ipotesi in cui manchi, per qualunque motivazione, l'intervento integrativo e volontario degli enti bilaterali e, per gli anni 2009 e 2010, dei fondi interprofessionali per la formazione continua di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e successive modifiche, i periodi di tutela di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legge 29 novembre 2008, n.

⁽¹¹⁾ Art. 19, comma 1-*ter*, d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art. 7-*ter*, comma 9, lett. c, d.l. n. 5/2009.

185, si considereranno esauriti e i lavoratori hanno accesso direttamente ai trattamenti in deroga alla vigente normativa⁽¹²⁾.

Nell'ottica emergenziale di ampliare l'ambito di applicazione dei trattamenti esistenti di integrazione e sostituzione del reddito a favore di categorie di lavoratori normalmente escluse da tale tutela, il Governo e il legislatore hanno puntato proprio sulla concessione in deroga degli ammortizzatori esistenti per garantire effettivamente la creazione di un contesto in cui tutti i lavoratori fossero tutelati senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di datore di lavoro o contratto di lavoro.

Il comma 8 dell'articolo 19 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, stabilisce, infatti, che gli ammortizzatori sociali in deroga siano destinati a tutte le tipologie di lavoratori subordinati del settore privato compresi i lavoratori in apprendistato e in somministrazione. Disposizione quest'ultima che sfata un secondo luogo comune, e cioè che oggi esistano in Italia settori (e non solo tipologie contrattuali atipiche o flessibile) privi di copertura in caso di crisi occupazionale. Vero è che, operando in deroga per tutte le forme di lavoro dipendente, gli ammortizzatori c.d. in deroga garantiscono oggi, seppure con modalità non automatiche, una copertura universale del sistema italiano di ammortizzatori sociali.

Rispetto alla disciplina previgente è stato peraltro previsto un ampliamento delle deroghe, rendendo possibile, per tutto il 2009 e il 2010 e per periodi non superiori a dodici mesi, la concessione, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di disoccupazione speciale⁽¹³⁾, che possono peraltro essere prorogati sempre per periodi non superiori ai dodici mesi⁽¹⁴⁾. Citando genericamente i trattamenti di cassa integrazione guadagni e non specificando il riferimento a quella straordinaria, il legislatore ha sancito pertanto la possibilità di concedere in deroga anche trattamenti di cassa integrazione ordinaria.

Gli interventi anticrisi hanno inoltre tentato di semplificare e velocizzare il pagamento delle integrazioni salariali, siano esse anticipate dai datori di lavoro o corrisposte direttamente ai lavoratori. Nel caso di pagamento diretto da parte dell'Inps delle integrazioni salariali straordina-

⁽¹²⁾ Art. 19, comma 1-*bis*, d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art.7-*ter*, comma 9, lett. c, d.l. n. 5/2009.

⁽¹³⁾ Art. 2, comma 36, l. n. 203/2008 (Legge Finanziaria 2009), come modificato dall'art. 7-*ter*, comma 4, d.l. n. 5/2009.

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

rie ai lavoratori, le imprese sono tenute alla presentazione della domanda entro venti giorni dall'inizio della sospensione o della riduzione dell'orario ⁽¹⁵⁾ e è autorizzato il pagamento diretto contestualmente alla autorizzazione del trattamento ⁽¹⁶⁾.

Nella stessa prospettiva, per il biennio 2009-2010, l'Inps potrà inoltre erogare il trattamento di integrazione salariale in deroga ai lavoratori interessati anche prima della emanazione del decreto di concessione, sulla base della domanda, degli accordi sindacali e della documentazione necessaria per individuare i lavoratori destinatari. L'Inps richiederà ai datori la restituzione delle somme erogate indebitamente sulla base della domanda presentata. In tale contesto, è anche previsto che le Regioni comunichino in via telematica all'Inps le informazioni relative ai provvedimenti autorizzatori dei trattamenti di integrazione salariale in questione, comprensive dell'elenco dei lavoratori ⁽¹⁷⁾.

Con l'obiettivo di omogeneizzare i criteri di accesso a misure simili di integrazione o sostituzione del reddito, è stato stabilito che, anche nell'ambito della concessione della cassa integrazione e della mobilità in deroga, i lavoratori delle aziende interessati da tali procedure abbiano diritto al relativo beneficio se ricorrono i requisiti normalmente richiesti per il godimento del trattamento speciale di integrazione salariale o l'indennità di mobilità ⁽¹⁸⁾, ovvero, rispettivamente, novanta giorni di lavoro presso l'impresa che procede alla sospensione ⁽¹⁹⁾ e dodici mesi di anzianità aziendale presso l'impresa che procede ai licenziamenti per la mobilità ⁽²⁰⁾.

Con riferimento al ricorso di aziende in crisi a trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria o di mobilità in deroga, è inoltre previsto che l'accesso ai relativi trattamenti, in particolare per i lavoratori che hanno diritto ai benefici di cui alle lettere *a*, *b* e *c* del comma 1 dell'articolo 19 del decreto legge 28 novembre 2008, n. 185, sia possibile solo a seguito dell'esaurimento dei benefici citati (articolo 19, comma 1-*bis*). Tuttavia, nella circostanza in cui non sussista l'intervento integrativo dell'ente bilaterale necessario per l'accesso a

⁽¹⁵⁾ Art. 7-*ter*, comma 2, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁶⁾ Art. 2, comma 6, ultimo periodo, l. n. 223/1991, come modificato dall'art. 7-*ter*, comma 1, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁷⁾ Art. 7-*ter*, comma 3, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁸⁾ Art. 7-*ter*, comma 6, d.l. n. 5/2009.

⁽¹⁹⁾ Art. 8, comma 3, d.l. n. 86/1988.

⁽²⁰⁾ Art. 16, comma 1, l. n. 223/1991.

detti benefici, i relativi periodi di godimento si considerano esauriti e i lavoratori possono accedere direttamente ai trattamenti in deroga ⁽²¹⁾.

Sono poi stati attuati interventi in via amministrativa volti ad ampliare o rendere più flessibile l'utilizzo degli strumenti esistenti. Rilevante, a tal fine, la circolare Inps n. 58 del 20 aprile 2009, che ha stabilito una lettura evolutiva della legge 20 maggio 1975, n. 164, con riferimento al computo dei limiti temporali massimi di concessione del trattamento di integrazione salariale ordinaria. Il nuovo criterio prevede che il calcolo delle settimane integrabili venga effettuato con riferimento alle singole giornate di sospensione del lavoro e considerando usufruita una settimana solo quando la sospensione o riduzione dell'orario di lavoro abbia interessato sei giorni, o cinque in caso di settimana corta.

Questa nuova interpretazione consente di far fruire in modo più ampio lo strumento della cassa integrazione ordinaria e in particolare per gli effettivi giorni di sospensione.

Nella stessa prospettiva si inserisce, inoltre, una circolare del Ministero del lavoro ⁽²²⁾ che offre una interpretazione estesa dell'evento "improvviso e imprevisto", di cui all'articolo 1, comma 1, lettera *e*, del decreto ministeriale n. 31826 del 18 dicembre 2002. Esso è riferibile non solo a puntuali fattispecie circoscrivibili alla singola azienda, ma anche a tutte quelle situazioni emerse in ambito nazionale o internazionale che incidano sui volumi produttivi dell'impresa e, conseguentemente, sui livelli occupazionali.

Dalle diverse tipologie di tutela del reddito, a regime o in deroga, rimanevano però esclusi i lavoratori a progetto, tra i quali, in particolare, quelli in monocommittenza, che si caratterizzano per la dipendenza economica dal committente e per questa ragione potevano essere esposti alle conseguenze economiche della crisi.

Riconfermando la loro posizione di lavoratori autonomi genuini, è stata esclusa l'opzione dell'estensione anche nei loro confronti dell'indennità di disoccupazione. Il legislatore ha invece preferito prevedere, in via sperimentale per il triennio 2009-2011 (articolo 19, comma 2, decreto legge n. 185/2008), uno specifico strumento di tutela del reddito, consistente in una *una tantum*, stabilita nel 30% ⁽²³⁾ del reddito percepito

⁽²¹⁾ Art. 19, comma 1-*bis*, d.l. n. 185/2008, come modificato dall'art. 7-*ter*, comma 9, lett. *b*, d.l. n. 5/2009.

⁽²²⁾ Nota circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali – Direzione Generale ammortizzatori sociali, prot. 0005251 del 30 marzo 2009, avente ad oggetto la definizione degli ambiti di applicazione della crisi per evento improvviso e imprevisto ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *e*, del d.m. 18 dicembre 2002, n. 31826.

⁽²³⁾ Art. 19, comma 2, come modificato dall'art. 2, comma 130, l. n. 191/2009.

l'anno precedente e destinata a collaboratori coordinati e continuativi nella modalità a progetto che operano in monocommittenza, in caso di "fine lavori", cioè della cessazione del contratto di collaborazione, e senza contratto di lavoro da almeno due mesi.

Non meno importanti dei trattamenti a sostegno del reddito ai lavoratori sono quelle misure, rivolte alle imprese, che mirano ad incentivare il reimpiego e il reinserimento dei lavoratori nel mercato del lavoro. Le misure introdotte nell'ordinamento nel corso del 2009 hanno ulteriormente ampliato gli incentivi all'assunzione in particolare di beneficiari di prestazioni sociali, collegando in questo modo ammortizzatori e incentivi al reimpiego ⁽²⁴⁾.

Considerando gli incentivi alle assunzioni di più recente istituzione unitamente agli incentivi preesistenti, è possibile verificare come l'insieme delle diverse disposizioni normative in materia compongano un quadro in cui risulta incentivata l'assunzione di ogni beneficiario di una misura di sostegno del reddito.

Infatti, le "tradizionali" misure di incentivazione dell'assunzione di lavoratori in mobilità, in cassa integrazione straordinaria, di beneficiari di trattamento speciale di disoccupazione, sono state completate nel corso del 2009 dall'istituzione di incentivi – tendenzialmente limitati al 2010 – all'assunzione di percettori di indennità di disoccupazione (articolo 2, commi 134, 135 e 151, legge n. 191/2009) e di beneficiari di ammortizzatori sociali in deroga (articolo 7-ter, comma 7, decreto legge n. 5/2009).

Nell'ottica dell'incentivazione e dell'attivazione del lavoratore al ritorno nel mercato del lavoro, la normativa più recente ha introdotto accanto agli incentivi economici alle assunzioni anche corrispondenti incentivi a sostegno dell'autoimprenditorialità dei lavoratori beneficiari di prestazioni (articolo 7-ter, commi 7 e 8, decreto legge n. 5/2009), nonché l'incentivazione al ritorno al lavoro di lavoratori con almeno 35 anni di contributi attraverso il riconoscimento di una contribuzione figurativa (articolo 2, commi 132 e 133, legge n. 191/2009).

Insieme a questi incentivi, ne è stato inoltre previsto un altro volto a sostenere la valorizzazione e la riqualificazione dei dipendenti sospesi e percettori di trattamenti di sostegno al reddito attraverso percorsi di formazione e riqualificazione (articolo 1, commi 1-4, decreto legge n. 78/2009). In via sperimentale per gli anni 2009 e 2010, è quindi possibile per le imprese occupare i succitati lavoratori in attività formative

⁽²⁴⁾ Per un approfondimento, si veda M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica agli ammortizzatori sociali – 2010*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010, cap. 18.

che possono comprendere anche l'attività produttiva e lavorativa, posto che essa sia effettivamente connessa con l'apprendimento in atto⁽²⁵⁾.

Accanto a interventi di tipo emergenziale, la legislazione anticrisi ha introdotto nel nostro ordinamento anche elementi strutturali subordinando, in particolare, il godimento del beneficio previdenziale alla dichiarazione di immediata disponibilità. Infatti, con l'obiettivo della attivazione e della responsabilizzazione dei lavoratori verso il reinserimento nel mercato del lavoro e l'incentivazione all'abbandono di una condizione passiva di inattività "finanziata", per godere non soltanto dei benefici ora descritti, ma anche per accedere a un *qualsiasi* trattamento di sostegno al reddito (quindi ogni tipologia di indennità di disoccupazione, trattamenti di integrazione salariale ordinaria o speciale, indennità di mobilità ecc.), il lavoratore deve sottoscrivere – per integrare il diritto soggettivo al sussidio – una dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale, nel caso di sospensione dal lavoro (ai sensi dell'articolo 19, comma 10, decreto legge 29 novembre 2008, n. 185)⁽²⁶⁾.

Nella stessa prospettiva di favorire, tra l'altro, il reinserimento al lavoro dei beneficiari di prestazioni sociali, è stata istituita presso l'Inps la banca dati percettori contenente tutte le informazioni utili per la gestione dei trattamenti e per il reinserimento del lavoratore, mentre la Legge Finanziaria per il 2010 ha previsto che l'Inps comunichi al Ministero del lavoro tali dati per la loro pubblicazione nella borsa continua nazionale del lavoro, con la finalità di sostenere ulteriormente l'inserimento al lavoro dei percettori⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Sul tema si veda, anche, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, J. TSCHÖLL, *Al via il premio per l'occupazione dei lavoratori sospesi*, in *GLav*, 2010, n. 7, 12-14.

⁽²⁶⁾ Per un approfondimento delle funzioni e del significato della dichiarazione di immediata disponibilità, cfr. S. SPATTINI, *La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori*, che segue in *q. Fascicolo*.

⁽²⁷⁾ Anche con riferimento a tale istituto, si rimanda per un approfondimento a S. SPATTINI, *La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori*, cit.

3. Oltre l'emergenza: alla ricerca di una logica di sistema nella legislazione vigente e le linee per il completamento del percorso di riforma.

La recente crisi ha confermato l'importanza di poter disporre di un assetto adattabile e flessibile degli ammortizzatori, là dove finirebbe per risultare troppo critico per la finanza pubblica uno schema rigido finalizzato a delineare ipotetici assetti definitivi di un sistema che, per definizione, deve rispondere ai repentini cambiamenti della economia e del mercato del lavoro.

Nel progetto di riforma derivante dalla combinazione delle deleghe dello "Statuto dei lavori" e del "collegato lavoro" restano in ogni caso fermi i due criteri, tra loro connessi, che hanno positivamente contraddistinto il nostro attuale sistema. Quello di una necessaria base assicurativa – obbligatoria o volontaria – per il finanziamento delle erogazioni. E quello di un congruo periodo di lavoro e di versamenti per potervi accedere.

Tale aspetto è confermato anche da un confronto internazionale, dal quale emerge come i requisiti di anzianità lavorativa e contributiva sono fondamentali per l'accesso a forme di sostegno al reddito in caso di disoccupazione.

Tabella 1 – Indennità di disoccupazione

Paesi	Requisiti di anzianità lavorativa (L) e contributiva (C)	Indice di severità dei requisiti
Francia	C) 4 mesi/28 mesi	0,14
Spagna	C) 360 giorni/6 anni	0,16
Ungheria	C) 1 anno/4 anni	0,25
Grecia	C) 125 giorni/14 mesi o 200 giorni/24 mesi	0,29
Danimarca	L) 52 settimane/3 anni C) 12 mesi iscrizione	0,33
Austria	C) 52 settimane/24 mesi o 28 settimane/12 mesi	0,50
Germania	C) 12 mesi/2 anni	0,50
Italia	C) 2 anni di contributi e almeno 52 settimane/ultimi 2 anni	0,50
Svezia	C) 6 mesi/12 mesi (80 ore mese) o 480 ore in 6 mesi consecutivi	0,50
Belgio	C) 318 giorni/18 mesi o 468 giorni/27 mesi o 624 giorni/36 mesi	0,58
Olanda	L) 52 giorni all'anno/in 4 dei 5 anni precedenti C) 26 settimane/36 settimane	0,72

Irlanda	C) 39 settimane/1 anno o 26 settimane/coppie di anni precedenti	0,75
Regno Unito	C) contributi almeno 25 volte livello minimo contributivo/uno degli ultimi 2 anni e 50 volte minimo/anno	
Giappone	C) 12 mesi/2 anni	0,50
Stati Uniti	C) 6 mesi/1 anno	0,50

Rimane altresì ferma l'articolazione del sistema su più "pilastri", da una unica indennità nel caso di interruzione del rapporto di lavoro subordinato a forme di sostegno del reddito in costanza del rapporto di lavoro che possono essere modulate nei diversi settori o nelle diverse dimensioni d'impresa sulla base di contribuzioni obbligatorie e/o volontarie delle imprese e dei lavoratori. Secondo la visione del *Libro Bianco* del 2009, il primo strumento di sostegno del reddito dovrebbe passare attraverso il canale pubblico, mentre il secondo attraverso quello privato della bilateralità.

A completamento, una forma di contribuzione obbligatoria potrà sostenere anche una indennità di "reinserimento" per i collaboratori a progetto in regime di mono-committenza, che dovrà essere tarata sulla base della sperimentazione in corso.

Se un possibile disegno di riforma e di revisione del sistema degli ammortizzatori sociali si può sviluppare sulla base delle linee ora indicate, occorre tuttavia sottolineare come non sia sufficiente disegnare una riforma degli ammortizzatori sociali. Infatti, per quanto ottima possa essere, il suo successo non può prescindere dal buon funzionamento del canale della formazione e dalla efficienza dei servizi per l'impiego.

La difficoltà dell'Italia nel dirigersi verso la *flexicurity*, modello indicato dalle istituzioni comunitarie, sta proprio nella mancanza di un robusto sistema dei servizi per il lavoro che prendano in carico il lavoratore disoccupato, di un adeguato sistema di formazione dei lavoratori, di un sistema di monitoraggio e di analisi dei fabbisogni professionali delle imprese, nonché dell'ineffettività della condizionalità dei benefici e della regola che imporrebbe a un percettore di un sussidio pubblico di accettare una offerta formativa o un lavoro congruo⁽²⁸⁾.

Insieme a questi aspetti, il grande problema italiano non ancora risolto è certamente l'elevato tasso di occupazione irregolare e la proporzione della economia sommersa.

⁽²⁸⁾ Sul punto, cfr. S. SPATTINI, *La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori*, cit.

In questo quadro, è indubbiamente indispensabile sviluppare un disegno riformatore dell'attuale sistema degli ammortizzatori sociali, basato sul rafforzamento dello strumento della indennità di disoccupazione, con copertura universale, ma organizzata su un sistema strettamente assicurativo e consistente in un trattamento decrescente nel tempo. Questo non significa smantellare il sistema delle sospensioni, sia esso incentrato sulla cassa integrazione ovvero sul canale bilaterale. Anzi, l'obiettivo dovrebbe essere proprio quello dello sviluppo e della messa a regime della assicurazione contro la disoccupazione parziale attraverso la bilateralità, unitamente al rilancio, in questa ottica, dei fondi interprofessionali al fine di integrare sostegno al reddito e formazione professionale.

Come detto, tuttavia, tale modello potrà realizzarsi efficacemente soltanto se adeguatamente supportato dall'intreccio di un sistema efficiente dei servizi per l'impiego, così come dalla rilevazione dei fabbisogni professionali a supporto del sistema della formazione professionale, ma anche del sistema dell'istruzione, nonché dall'effettività dell'obbligo di accettazione di un lavoro congruo.

L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema – Riassunto. *L'A. muove nell'analisi dalla constatazione che gli interventi del legislatore nella recente crisi economica in tema di ammortizzatori sociali sono stati improntati ad una logica piuttosto emergenziale, per consentire una reazione rapida volta alla conservazione dei livelli occupazionali, di per sé incompatibile con una riforma organica della materia. Il quadro di insieme delle soluzioni adottate consente, tuttavia, di rintracciare una logica di sistema che prelude a un possibile sviluppo riformatore. Mancano tuttavia, ad avviso dell'A., i presupposti per la realizzazione del modello della flexicurity, proposto dall'Unione europea. Al riguardo l'A. sottolinea come manchino, in Italia, un robusto sistema dei servizi per il lavoro che prendano in carico il lavoratore disoccupato, un adeguato sistema di formazione dei lavoratori e un sistema di monitoraggio e analisi dei fabbisogni professionali delle imprese, oltre all'ineffettività della condizionalità dei benefici nel contesto di un mercato ancora fortemente caratterizzato da una quota elevata di economia sommersa e lavoro irregolare. All'esito, l'A. conferma l'opportunità di rafforzare l'indennità di disoccupazione come copertura universale all'interno di un sistema strettamente assicurativo con un trattamento decrescente nel tempo, come pure il regime delle sospensioni, con l'obiettivo di una assicurazione contro la disoccupazione parziale attraverso la bilateralità e il rilancio dei fondi interprofessionali per integrare sostegno a reddito e formazione.*

Emergency measures and basic principles: Recent developments of the legislation dealing with safety net measures (Article in Italian) – Summary. *This paper takes as its starting point the assumption that the emergency measures adopted by the*

legislator dealing with the welfare system have been implemented to tackle the ongoing economic crisis and to maintain current employment levels, otherwise at risk in the event of a major overhaul of the social security scheme. The solutions provided, however, might serve as a catalyst for further reform of the safety net programs, especially if we consider the basic principles such proposals have been based on. Nevertheless, the paper argues that the requirements to comply with the European Union standards in terms of flexicurity have not been met. In this connection, the paper also points out that Italy has not managed to provide a welfare system safeguarding the unemployed workers by means of training programs and placement services. Mention is also made of the need to rethink such benefits in the light of high rates of people working in the hidden economy and engaged in illegal work. On the basis of these considerations, the paper argues in favor of unemployment benefit gradually decreasing over time, as a means to provide workers with full coverage in terms of social security. Full implementation should be given also to the suspension of such benefit in order to tackle partial unemployment, while resorting to income support and training programs by means of ad hoc funds.

La riforma degli ammortizzatori sociali: compatibilità macroeconomiche e vincoli di finanza pubblica

Francesco Massicci

Sommario: **1.** L'attuale assetto degli ammortizzatori sociali: la caratteristica tipica dello strumento di tutela. – **2.** L'evoluzione normativa degli ultimi anni: un processo di riforma in atto. – **3.** Alcune dimensioni finanziarie. – **4.** Il sistema di ammortizzatori sociali: un assetto rigido o flessibile? – **5.** Il contesto di finanza pubblica e il percorso di rientro: necessità di compensazione di eventuali interventi di potenziamento e/o estensione degli istituti.

1. L'attuale assetto degli ammortizzatori sociali: la caratteristica tipica dello strumento di tutela.

Prima di qualsiasi riflessione sul dibattito relativo alla riforma degli ammortizzatori sociali, dall'angolo di osservazione tecnico-finanziario occorrerebbe innanzitutto evidenziare alcuni aspetti qualificanti dell'attuale sistema sul piano normativo istituzionale. Infatti, sul piano degli effetti finanziari in tale sistema possono essere enucleati a due livelli.

Il primo, connesso a diritti soggettivi, è quello degli strumenti ordinari di sostegno al reddito dei lavoratori, in caso di difficoltà delle imprese. Questi sono: la cassa integrazione guadagni ordinaria (CIG) o straordinaria (CIGS), nei casi di sospensione del lavoro, l'indennità di disoccupazione e la mobilità nei casi di cessazione del rapporto di lavoro. In generale, si può ricorrere alla CIG in situazioni di crisi temporanea dell'azienda; la CIGS può essere chiesta nel caso di processi di ristrutturazione, riconversione o di crisi dell'impresa che conducono a procedure concorsuali.

Il secondo è quello degli strumenti di tutela non-ordinari, i c.d. ammortizzatori sociali in deroga alla normativa vigente. Tali strumenti vengo-

* *Ispettore Capo dell'Ispettorato generale per la spesa sociale, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'economia e delle finanze.*

no annualmente finanziati in relazione alle specifiche esigenze occupazionali di settore e/o aree geografiche e, pertanto, sono accordati secondo uno schema concessorio, nei limiti delle risorse previste. Questi strumenti possono essere concessi: 1) anche se non soddisfatti taluni requisiti di lavoro previsti dalla normativa vigente per gli ammortizzatori sociali ordinari; 2) anche a lavoratori dipendenti per i quali non è prevista dalla normativa vigente l'assicurazione per gli ammortizzatori sociali ordinari; 3) anche in deroga ai requisiti di non ripetitività degli ammortizzatori sociali ordinari.

2. L'evoluzione normativa degli ultimi anni: un processo di riforma in atto.

Dal dibattito attorno agli ammortizzatori sociali si ricava spesso la sensazione che niente sia stato fatto nel recente passato, in tale settore. Vale, invece, ricordare che, negli ultimi anni, vi sono stati importanti interventi normativi finalizzati a potenziare in modo rilevante gli istituti sopra evidenziati.

È stata significativamente potenziata l'indennità di disoccupazione ordinaria che è l'istituto maggiormente generalizzato per la tutela in caso di perdita di lavoro. Gli incrementi in termini di durata e di livello di prestazione riconosciuti attraverso interventi successivi sono significativi: la durata è stata portata da 6 mesi a 8/12 mesi (rispettivamente per gli infra e ultra cinquantenni), l'importo riconosciuto per i primi 6 mesi è stato elevato dal 40 al 60% della retribuzione.

È stata incrementata l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti (dal 30 al 35-40% della retribuzione).

Sono stati riformati i trattamenti di disoccupazione nel settore agricolo, con aumento delle tutele.

Vi è stato un progressivo crescente utilizzo dei c.d. ammortizzatori in deroga, con conseguente estensione della platea dei soggetti tutelati, in particolare con riferimento al biennio 2009-2010, per effetto della crisi economica.

Sono stati adottati interventi sul piano amministrativo finalizzati a rendere più flessibile l'utilizzo della cassa integrazione, nonché interventi legislativi volti ad utilizzare dell'indennità di disoccupazione anche in caso di sospensione dal lavoro.

In aggiunta agli strumenti ordinari, sono stati costituiti nell'ambito pubblico, anche se interamente finanziati dai datori di lavoro privati, fondi per le tutele (e la formazione) nel caso di esuberi di personale di

particolari settori produttivi (esempio: credito, poste, trasporto aereo, ecc.).

Si è progressivamente diffuso l'utilizzo dell'integrazione dei trattamenti assicurati dal sistema pubblico mediante l'intervento dei fondi paritetici, peraltro finanziati da contributi datoriali non più destinati alla sfera pubblica.

In via sperimentale è stata infine introdotta un'indennità *una tantum* per i lavoratori a progetto, nel caso di fine lavoro.

3. Alcune dimensioni finanziarie.

A livello dimensionale le risorse destinate ad ammortizzatori sociali, inclusive della contribuzione figurativa, sono significativamente cresciute nell'ultimo biennio, passando dai circa 9,5 miliardi di euro del 2007 a circa 11,2 miliardi di euro nel 2008 e a circa 17,5 miliardi di euro nel 2009 (circa +56-57% rispetto al 2008, considerando le prime risultanze disponibili per il 2009).

In termini di sole prestazioni si è passati dai circa 5,6 miliardi di euro del 2007 ai circa 6,6 miliardi di euro del 2008 e ai circa 10,3 miliardi di euro del 2009. Tra le varie prestazioni gli incrementi percentuali maggiori si sono registrati nel 2009 per le integrazioni salariali, la cui spesa complessivamente è cresciuta più del 200%, passando da una spesa per prestazioni di circa 0,8 miliardi del 2008 ad una spesa di circa 2,5 miliardi nel 2009.

Per l'anno 2010 si può prevedere una sostanziale stabilità su base annua della complessiva spesa per ammortizzatori sociali rispetto agli elevati livelli del 2009.

Nell'ambito della spesa complessiva per ammortizzatori sociali, con riferimento alle diverse prestazioni si possono evidenziare due aspetti:

a) la spesa per integrazioni salariali risulta quella più immediatamente sensibile agli andamenti congiunturali, tenuto conto dell'assetto normativo istituzionale italiano. Infatti, considerato l'intero periodo 1999-2009, se nell'arco temporale fino al 2008 la quota di tale spesa sulla complessiva spesa per ammortizzatori sociali ha rappresentato una percentuale pari a circa il 14-15%; tale percentuale è quasi raddoppiata nel 2009, salendo al 25% circa (pur in un contesto in cui anche le altre componenti di tutela al reddito quali, in particolare, l'indennità di disoccupazione ordinaria hanno manifestato un andamento in significativa crescita);

b) la spesa per l'istituto più generalizzato (l'indennità di disoccupazione non agricola) ha registrato nell'ultimo decennio un costante incremento, anche a seguito degli interventi di potenziamento via via introdotti, passando (considerati anche i c.d. "requisiti ridotti") da circa un miliardo di euro di sole prestazioni nel 1999 a circa 3,1 miliardi di euro di prestazioni nel 2008, con un aumento poi nel 2009 di ulteriori circa 1,6 miliardi (per un totale dell'ordine di circa 4,7 miliardi di euro in termini di sole prestazioni).

4. Il sistema di ammortizzatori sociali: un assetto rigido o flessibile?

Come emerge anche dai brevi, e non esaustivi, cenni al contesto normativo-istituzionale, il dibattito sull'attuale assetto degli ammortizzatori sociali, e sulla relativa evoluzione, non può prescindere dalla considerazione che gli istituti di un sistema di ammortizzatori sociali, per loro natura, il relativo utilizzo e le necessità cui devono far fronte sono fortemente sensibili ai contesti congiunturali e all'evoluzione del mercato del lavoro.

In tali termini, potrebbe risultare critico per la finanza pubblica uno schema troppo rigido derivante da un'impostazione finalizzata a delineare ipotetici "assetto definitivi" (e soprattutto difficilmente reversibili) conseguenti ad un disegno puntuale sul piano teorico, ma privo di capacità di adattamento e flessibilità, circostanza questa non da sottovalutare quando si interagisce con la sfera dei "diritti soggettivi".

5. Il contesto di finanza pubblica e il percorso di rientro: necessità di compensazione di eventuali interventi di potenziamento e/o estensione degli istituti.

Si consideri, sotto il profilo finanziario, che ogni eventuale evoluzione degli ammortizzatori sociali non dovrebbe prescindere dai ben noti vincoli della finanza pubblica italiana e dalla necessità di riavviare il percorso di rientro del debito pubblico.

La crisi economica ha riportato il livello del debito pubblico in rapporto al PIL a valori analoghi a quelli di quindici anni fa (per l'anno 2009 tale livello è risultato pari al 115,8%, sostanzialmente lo stesso livello registrato nel 1993, mentre nel 2008 tale livello è stato attorno al 106%), senza che sia cambiato il target del rientro (60%), ma esclusivamente la

tempistica (è stato concesso ai Paesi di procrastinare il percorso di rientro dal 2011).

L'aggiornamento del Programma di stabilità 2009, presentato lo scorso gennaio alla Commissione europea, prevede un intervento cumulato netto di correzione strutturale dell'indebitamento di 1,2 punti percentuali di PIL annui, da conseguire nel biennio 2011-2012 (0,4 punti percentuali nel 2011 e ulteriori 0,8 punti percentuali nel 2012).

La sfida per il risanamento della finanza pubblica risulterebbe, in tale contesto, anche più ardua di quella che si presentava quindici anni fa. Infatti, non si potrà beneficiare della significativa riduzione della spesa per interessi a seguito dell'entrata nell'UE (nel 1993 la spesa per interessi era il 12,7% del PIL mentre nel 2009 è risultata pari al 4,7% del PIL) e in settori rilevanti della spesa pubblica come quello pensionistico e sanitario si è già intervenuti in modo significativo con effetti di riforma scontati negli equilibri tendenziali. Sul versante delle entrate una pressione fiscale come quella attuale, pari a circa il 43%, è considerata come un valore comunque elevato.

Occorre essere consapevoli, quindi, che in un contesto di finanza pubblica quale quello descritto ogni eventuale evoluzione di revisione del sistema di ammortizzatori sociali dovrebbe farsi carico anche delle relative compatibilità finanziarie. Pertanto, se l'intendimento è quello di un'estensione o di un'implementazione delle tutele, l'opzione politica dovrebbe valutare le seguenti alternative:

- a) ulteriori incrementi della pressione fiscale via contributi sociali;
- b) razionalizzazione di altri istituti di ammortizzatori sociali, in altri termini riduzione di diritti soggettivi per categorie di lavoratori;
- c) riduzioni di altre componenti di spesa di welfare, sempre comportanti riduzioni di diritti soggettivi per categorie di lavoratori.

La riforma degli ammortizzatori sociali: compatibilità macroeconomiche e vincoli di finanza pubblica – Riassunto. *L'A. muove da una sintetica ricostruzione dell'assetto attuale del quadro degli ammortizzatori sociali come strumenti connessi a diritti soggettivi (cassa integrazione guadagni nelle due modalità di intervento e indennità di mobilità e di disoccupazione), ovvero come strumenti di tutela non ordinari subordinati ad uno schema concessorio di cui individua le variabili. Sottolineato come tale quadro sia stato inciso da interventi di rilievo nel recente passato volti a potenziare gli istituti in precedenza individuati, l'A. indaga la dimensione finanziaria del sistema al fine di completare il quadro normativo-istituzionale di riferimento per chiedersi, se, rispetto a tale quadro e al dato oggettivo della sensibilità del sistema stesso ai fenomeni congiunturali, non sia più opportuno progettare una riforma che limiti gli "assetti definitivi" rispetto alle esigenze di adattamento e flessibilità. Al riguardo, l'A. sottolinea che ogni eventuale evoluzione degli ammortizzatori sociali*

non dovrebbe prescindere dai vincoli della finanza pubblica italiana e dalla necessità di riavviare il percorso di rientro del debito pubblico. All'esito dell'analisi condotta l'A. individua quindi le possibili prospettive di riforma del sistema nel senso di una estensione/implementazione delle tutele compatibili con i vincoli di finanza pubblica precedentemente individuati.

Reforming social safety net programs: macroeconomic compatibility and financial policy at a state level (Article in Italian) – Summary. *The paper provides a brief overview of social safety net measures currently implemented and their relationship with individual rights (income support funds provided either in the form of a mobility allowance or unemployment benefit), also considering them as a particular instrument safeguarding workers on the basis of a system characterized by a number of variables. The paper goes on to highlight amendments made to the welfare system to consolidate its field of application, while investigating the financial implications of the related legal framework. Its dependence on the economic factors also gives rise to the question as to whether there is a need for a reform of the welfare system to consolidate its basic principles in relation to the need for flexibility. In this connection, the paper states that any attempt to amend social safety net programs should consider constraints in public finance and the need to reduce public spending. In conclusion, the paper argues in favor of a review of the welfare system, in compliance with national financial policy.*

Le prospettive di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali

Alberto Bombassei

Sommario: **1.** Una valutazione generale. – **2.** Il sistema attuale di ammortizzatori sociali e la sua evoluzione storica. – **3.** Il sistema degli ammortizzatori deve essere riformato? – **4.** Gli ammortizzatori sociali nella crisi del 2008/2009. – **5.** I problemi in una prospettiva ravvicinata e alcuni spunti per un possibile intervento di riforma degli ammortizzatori sociali. – **6.** Il welfare contrattuale.

1. Una valutazione generale.

Il nostro sistema di welfare – anche se ci viene invidiato da molti Paesi – non può certamente considerarsi perfetto. Molti studiosi ne hanno evidenziato, da tempo, le carenze con specifico riferimento al sistema di ammortizzatori sociali.

Se le critiche sono unanimi non altrettanto i rimedi che gli studiosi propongono per dare compimento alla tanto attesa riforma. Le proposte si diversificano, infatti, sia sui contenuti che sulle tipologie di intervento. La questione cruciale rimane comunque quella relativa alla capacità dell'attuale sistema degli ammortizzatori sociali di fronteggiare una stagione che si teme molto difficile per il mercato del lavoro e l'occupazione.

Storicamente il sistema ha funzionato bene, ha consentito grandi ristrutturazioni, sostanzialmente in un clima di pace sociale, ancorché in un contesto nel quale le difficoltà per l'industria erano compensate da una crescita forte dell'occupazione nel terziario. Nell'attuale fase, invece, se non verranno recuperati rapidamente i livelli di produzione perduti, molto ampi soprattutto in alcuni settori, è del tutto probabile che prenda il via un processo di profonda ristrutturazione, con tagli alla capacità produttiva e riduzione della manodopera occupata. In ogni caso il mer-

* *Vice Presidente per le Relazioni industriali, affari sociali e previdenza, Confindustria.*

cato del lavoro risentirà delle conseguenze della recessione, tanto che il tasso di disoccupazione, pari all'8,5% nel 2009 secondo l'Istat, è destinato, secondo l'OCSE, a crescere intorno al 9,8% nel 2010.

2. Il sistema attuale di ammortizzatori sociali e la sua evoluzione storica.

In Italia il sistema di ammortizzatori sociali ha caratteristiche di "frammentazione" prodotta dalla stratificazione degli interventi operati nel passato. Una frammentazione che riguarda la tipologia dei meccanismi, la durata e gli importi, gli aventi diritto.

Gli strumenti principali sui quali abbiamo costruito il nostro sistema di sostegno al reddito sono la cassa integrazione guadagni, ordinaria e straordinaria, e il sussidio di disoccupazione.

Ma questa pluralità di strumenti è così negativa? Il lato negativo è che ci sono molte leggi e molti regolamenti, però basta conoscerli per applicarli bene. Il lato positivo è che c'è lo strumento più idoneo per ogni situazione che si presenta.

E poi, perché sono così numerosi e frammentati? La risposta è semplice: la disciplina degli interventi di sostegno al reddito ha oltre settanta anni di storia. In tutti questi anni chi si è trovato a decidere – Governi e parti sociali – hanno, di volta in volta, cercato di individuare soluzioni adeguate alle specifiche esigenze per le quali si voleva intervenire.

Nel periodo bellico occorreva far fronte a situazioni di transitorie interruzioni dell'attività produttiva e nel 1941 Confindustria e sindacati raggiungono una prima intesa sulla cassa integrazione ordinaria. Nel dopoguerra il legislatore interviene con due leggi nel 1945 e nel 1947 per rendere strutturale la disciplina.

Nel 1968, a fronte di una prima generale ristrutturazione del sistema industriale, è sempre per accordo interconfederale che viene introdotta la cassa integrazione straordinaria.

Nel 1975, a pochi giorni dal ben più famoso accordo Lama-Agnelli sul punto unico di contingenza, Confindustria firma un altro accordo sindacale sulla "garanzia del salario", che introduce un deciso miglioramento dei trattamenti specie per la cassa ordinaria.

Nel 1982-1983 si introducono i contratti di solidarietà, sulla spinta delle teorizzazioni della Cisl circa il "lavorare meno, lavorare tutti".

Arriviamo poi alla riforma fondamentale del 1991 (la legge n. 223) che ha riscritto tutta la disciplina sia per la cassa ordinaria che per la straordinaria introducendo anche l'istituto della "mobilità".

Ed ancora, perché tanta frammentazione fra i soggetti che possono beneficiare del sostegno al reddito? Il motivo è dato dall'origine prevalentemente contrattuale di questi interventi. Fin quando un comparto merceologico non è stato "toccato" da fenomeni diffusi, e non fisiologici, di sospensione e riduzione della produzione, i sindacati non hanno posto la questione.

Quando l'esigenza si è posta, la sollecitazione delle parti nei confronti dei governi si è subito manifestata. Di qui un ampliamento del campo di applicazione che, tuttavia, presenta la caratteristica di estendersi a situazioni produttive direttamente o indirettamente collegate ad attività industriali. Ed in ogni caso, i comparti che nel tempo si sono aggiunti fra i beneficiari dei trattamenti di sostegno al reddito, si sono tutti conformati alle regole preesistenti in termini di contribuzione, secondo il principio "prestazioni a fronte di contributi".

3. Il sistema degli ammortizzatori deve essere riformato?

Il dibattito attorno agli ammortizzatori sociali ruota fundamentalmente attorno a quattro questioni.

(I) Il tema della universalità delle tutele ovvero la necessità di individuare soluzioni anche per quei lavoratori che non dispongono di alcuna forma di copertura nei confronti del rischio disoccupazione. Il dibattito su questo punto sconta non solo differenti impostazioni progettuali ma anche l'incertezza delle cifre che dovrebbero misurare il fenomeno. Non abbiamo esattamente certezza del numero di persone scoperte, cioè senza alcuna forma di tutela dal rischio di perdita, anche temporanea, del lavoro. In mancanza di dati ufficiali sono state fatte stime basate su ipotesi più o meno ragionevoli che vanno, per i dipendenti, da 1,6 milioni (Banca d'Italia) a 3,8 milioni. La scarsa conoscenza del fenomeno, dovuta alla mancanza di numeri ufficiali, è il primo problema da affrontare.

(II) Il tasso di sostituzione del sostegno pubblico rispetto all'ultima retribuzione. Cioè, qual è la "giusta" misura dell'indennità? Rispetto ai trattamenti oggi in atto, comunemente se ne chiede l'incremento anche se non ci si deve mai dimenticare che stabilire trattamenti "elevati" rischia di disincentivare la ricerca di una nuova occupazione. Peraltro, occorre osservare che, mentre per il sussidio di disoccupazione il tasso di sostituzione è andato aumentando nel tempo, per la CIG è stato invece "eroso" dall'introduzione di un massimale. Oggi, comunque, più che elevare il trattamento dell'indennità si potrebbe ragionare circa la pos-

sibilità di stabilire una tassazione diversa per queste somme e – sempre nel rispetto degli equilibri finanziari – fissare un'aliquota unica ovviamente più bassa dell'aliquota minima.

(III) Il tema delle risorse necessarie sia per affrontare la congiuntura sia per progettare una riforma è una terza questione da affrontare. In primo luogo si pone il tema della sufficienza delle risorse stanziare per garantire interventi di estensione degli ammortizzatori esistenti. La scelta del Governo durante la crisi del 2008/2009 a favore degli ammortizzatori sociali in deroga è stata indotta dalla necessità di operare attraverso strumenti, quali i FAS e il FSE, estranei alla contabilità nazionale. Bastano queste risorse per fronteggiare almeno l'emergenza? Anche qui ci sono stime ma non dati ufficiali. Peraltro il Governo ha fornito ampie rassicurazioni sulla sufficienza delle risorse. Se, invece, si considera la necessità di uscire da una prospettiva "di emergenza" per entrare in una logica di riforme strutturali, la questione del reperimento delle risorse necessarie diviene ancora più critica. I costi di un'eventuale riforma, stimabili in un punto di PIL (16 miliardi di euro) impongono il reperimento di ingenti risorse e ciò rappresenta uno dei principali ostacoli all'introduzione di nuove misure. Dove si possono reperire queste risorse? Va tenuto presente che la gestione della CIG è strutturalmente in attivo e che quindi le imprese industriali versano già un adeguato contributo per garantirsi una copertura assicurativa. La ricerca di una adeguata copertura dovrà quindi tener conto di questo punto fermo.

(IV) Vi è infine il tema più difficile da affrontare: realizzare finalmente un virtuoso rapporto fra politiche passive e politiche attive del lavoro. Realizzare cioè, quella che in Europa chiamiamo *flexicurity*: un equilibrio mix fra strumenti diretti a sostenere il reddito delle persone in difficoltà e strumenti finalizzati a favorirne l'occupazione o il reinserimento lavorativo. Ancora una volta la questione riguarda le risorse ed il loro impiego efficace. Dobbiamo prendere atto che c'è un problema di efficienza della pubblica amministrazione. In particolare i servizi pubblici legati all'occupazione funzionano male. L'inadeguatezza dei servizi di *placement* rappresenta un ostacolo importante sulla via della riforma. Appare in ogni modo evidente che qualunque tipo di riforma richiede tempo mentre le questioni congiunturali premono.

4. Gli ammortizzatori sociali nella crisi del 2008/2009.

Per fronteggiare la difficile congiuntura economica che si è registrata a partire dalla seconda metà del 2008, il nostro sistema di strumenti di

sostegno al reddito è stato ulteriormente rafforzato ed esteso a vantaggio di molti settori privi di tutele strutturali (ad esempio artigianato, commercio) e di alcune figure professionali (ad esempio apprendisti, collaboratori coordinati e continuativi in regime di monocommittenza). L'impatto della crisi sul mercato del lavoro italiano ha infatti spinto il Governo a porre in essere numerose iniziative volte a conservare la capacità produttiva delle imprese attraverso il mantenimento dei livelli occupazionali. I provvedimenti che Governo e Parlamento hanno adottato hanno accolto gran parte delle istanze che Confindustria aveva formalmente presentato al Governo il 22 gennaio 2009. In particolare, si è operato per:

- il consistente finanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga (8 miliardi di euro);
- l'estensione del ricorso agli ammortizzatori sociali a tipologie di lavoratori precedentemente esclusi (ad esempio estensione degli ammortizzatori sociali in deroga ad apprendisti e lavoratori somministrati e previsione dell'*una tantum* a favore dei co.co.pro. iscritti alla gestione separata Inps);
- il potenziamento della cassa integrazione ordinaria (attraverso le nuove modalità di calcolo della cassa integrazione ordinaria *a giornate* e non più *a settimane*, la semplificazione dell'accesso allo strumento e il passaggio senza soluzione di continuità alla cassa integrazione straordinaria);
- il potenziamento e la semplificazione nell'accesso alla cassa integrazione straordinaria (grazie ad una interpretazione amministrativa estensiva delle ipotesi di ricorso alla cassa integrazione straordinaria per evento improvviso ed imprevisto e l'eliminazione di alcuni requisiti di accesso, ad esempio piano di risanamento);
- il potenziamento e la semplificazione del ricorso ai contratti di solidarietà, attraverso previsioni che ne agevolano l'utilizzo (la riduzione dell'orario di lavoro va intesa come riduzione media tra i lavoratori coinvolti; è prevista la possibilità di richiedere il pagamento diretto da parte dell'Inps; è aumentato il trattamento economico per i lavoratori coinvolti) e che sbloccano le agevolazioni contributive relativamente agli anni 2004 e 2005.

In estrema sintesi si può sostenere che il Governo ha operato sulla disciplina degli strumenti esistenti con il chiaro intento di favorirne l'utilizzo per ottenere condizioni idonee a mantenere i livelli occupazionali scongiurando – per il momento – un ricorso massiccio ai licenziamenti collettivi.

5. I problemi in una prospettiva ravvicinata e alcuni spunti per un possibile intervento di riforma degli ammortizzatori sociali.

Le soluzioni introdotte si sono dimostrate fino ad ora funzionali a questa strategia e adeguate a fronteggiare l'attuale situazione di crisi, che sembra però destinata a non esaurirsi rapidamente. Peraltro, le imprese finora hanno in larga misura seguito questa linea e si sono impegnate a salvaguardare al massimo possibile il capitale umano, componente prioritaria della propria capacità produttiva.

Ma occorre interrogarsi sulla tenuta nel medio periodo di questa strategia tutta improntata al contenimento degli effetti occupazionali della crisi. Le imprese potranno, visti i deboli segnali di ripresa, recuperare rapidamente i volumi produttivi perduti e mantenere i livelli occupazionali esistenti prima della crisi? Diventa urgente porsi questo interrogativo e ragionare sulle possibili soluzioni. In questa prospettiva, peraltro, occorre riflettere non soltanto sugli strumenti e sulla loro adeguatezza ma anche sulla misura dei trattamenti economici finalizzati al sostegno dei destinatari degli ammortizzatori sociali senza, tuttavia, adottare forme improprie di assistenzialismo.

Mettere mano ad una riforma organica degli ammortizzatori sociali non è impresa facile né economicamente neutra. Si impongono, in ogni caso, alcune rigorose asserzioni.

(I) Contenimento della spesa pubblica nazionale. Quando si discute di riforme, si ragiona normalmente secondo logiche "additive". Si pensa cioè ad estendere in quantità e/o qualità tutele esistenti. Poiché si vorrebbe rendere "universale" quanto oggi opera parzialmente (solo in alcuni settori) è logico che diventi centrale il tema delle risorse necessarie che – come tutti sanno – non sono infinite. Si tratta allora di fare i conti con la realtà. L'attuale situazione di difficoltà economica obbliga, infatti, a formulare ipotesi di "riforma" del sistema degli ammortizzatori sociali solo in presenza di un'efficace azione di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica. Occorre impiegare con maggiore efficacia le risorse disponibili se si vuole procedere ad una riforma che estenda maggiori tutele anche a chi ne è privo. Inoltre, poiché non sarebbe logico prescindere dall'intervenire sul rapporto tra politiche attive e passive, occorre mettere in conto che anche su questo fronte le riforme non possono farsi a costo zero.

(II) Sostanziale conferma del modello esistente nel settore industriale. In questo quadro va, comunque, affermato che un'eventuale riforma degli attuali strumenti di sostegno al reddito dovrebbe avere come riferimento il modello oggi esistente nel settore industriale che opera effi-

cacemente, anche se non può considerarsi impeccabile. Non occorre – in questa logica – uno sconvolgimento del sistema.

(III) Conferma della attuale natura assicurativa. Tutti coloro che intendono beneficiarne devono concorrere a sostenere i costi del sistema di welfare e occorre, dunque, confermare l'attuale natura assicurativa degli ammortizzatori sociali. Ferma restando la necessità di considerare forme di solidarietà fra comparti e settori è però necessario applicare, il più rigorosamente possibile, il criterio della corrispondenza tra contribuzione e prestazione per evitare forme di mutualità impropria potenzialmente dannose per la tenuta complessiva del sistema.

(IV) Carattere eccezionale degli ammortizzatori in deroga. Per le stesse ragioni, gli ammortizzatori in deroga – che si caratterizzano per l'ampiezza dei possibili beneficiari e per l'assenza di una logica assicurativa, in quanto finanziati con fondi FAS e FSE – devono considerarsi una risposta eccezionale ad una situazione altrettanto eccezionale.

(V) Collegamento tra politiche passive di sostegno al reddito e politiche attive del lavoro: il potenziamento del sistema di outplacement. Nessuna riforma potrà dirsi veramente efficace se non sarà accompagnata da azioni volte a rendere sempre più stretto il collegamento tra politiche passive di sostegno al reddito e politiche attive del lavoro.

La valorizzazione delle sinergie tra servizi pubblici e privati ed il potenziamento del sistema di *placement*, per facilitare e garantire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, costituiscono priorità sulle quali è necessario far convergere gli sforzi.

Il sistema di servizi all'impiego dovrebbe diventare realmente capace di orientare la domanda di lavoro e di declinare un felice *match* con l'offerta, diventando finalmente punto di riferimento certo per coloro che vi si rivolgono: i giovani in cerca di prima occupazione e i lavoratori che devono ricollocarsi.

(VI) Il patto di servizio tra Stato e lavoratori disoccupati. È fondamentale dare concreta attuazione al "patto di servizio" fra Stato e lavoratori disoccupati in modo da legare l'erogazione di servizi di reimpiego e formativi con la partecipazione attiva del lavoratore ai percorsi di reinserimento. Le azioni di potenziamento delle politiche attive per l'occupazione sono uno dei pilastri fondamentali della *flexicurity*. Occorre garantire la loro integrazione con le politiche di sostegno al reddito proprie degli ammortizzatori sociali. Solo così sarà possibile mettere a disposizione di imprese e lavoratori strumenti sempre più adeguati di *workfare*, non più solo per far fronte a crisi aziendali o a fasi di ristrutturazione o di riconversione produttiva, ma anche – e soprattutto – per accompagnare il lavoratore nelle fasi di transizione. Ciò significa non

solo garantire una tutela economica, ma anche salvaguardare la professionalità del lavoratore attraverso specifici percorsi formativi e riqualificanti volti al reimpiego.

Sia pure in una logica di straordinarietà degli interventi, va in questo senso l'intesa firmata fra Governo, Regioni e parti sociali sulle *Linee guida per la Formazione nel 2010*.

6. Il welfare contrattuale.

All'orizzonte c'è poi il tema del welfare contrattuale che, in prospettiva, dopo le esperienze già in atto per la previdenza integrativa e l'assistenza sanitaria integrativa, potrebbe riguardare anche forme di sostegno al reddito.

La contrattazione collettiva ha appena fornito qualche primo concreto segnale per il possibile sviluppo di una "rete" di welfare contrattuale. Nell'ultimo rinnovo del contratto per l'industria metalmeccanica si prevede l'impegno delle imprese a «sviluppare forme di solidarietà a favore dei lavoratori il cui reddito subisca riduzioni per periodi prolungati e per specifiche fattispecie». Si fa fatica a comprendere come anche questo aspetto possa essere contestato dalla Fiom-Cgil. Forse perché potrà essere operativo solo fra due anni? Sembra normale. Salvo che non vi sia un patrimonio preconstituito, qualsiasi fondo non pubblico prima di poter erogare prestazioni ha bisogno di essere alimentato ed avere un proprio patrimonio da gestire a favore dei lavoratori che ne avranno diritto. Quindi critiche ancora una volta puramente strumentali. Certo, oggi così come nei prossimi mesi, nessun lavoratore metalmeccanico beneficerà di un trattamento integrativo, ma è possibile che il "seme" piantato dall'industria metalmeccanica serva per accelerare l'intervento di riforma del welfare che da troppo tempo rimane in secondo piano nelle decisioni dei vari Governi che si sono succeduti.

Con questa scelta onerosa fatta dalle imprese metalmeccaniche viene posta all'attenzione di tutti la necessità di ridefinire il modello di welfare che il nostro Paese vuole adottare. Ed in questa ridefinizione occorrerà stabilire con grande accortezza e studi approfonditi quanta parte di welfare deve continuare a rimanere a carico della finanza pubblica e quale parte può essere posta a carico del sistema delle imprese private e dei loro dipendenti (stante il principio della pariteticità della contribuzione) in una logica integrativa.

Non possiamo infatti pensare che il cosiddetto welfare contrattuale vada a porsi come onere aggiuntivo ai costi che già gravano sulle imprese

per le stesse motivazioni. La logica del welfare contrattuale è la sussidiarietà e tale deve essere anche il costo che ne deriva. Opportunamente l'accordo per i metalmeccanici – anche qui in linea con la previsione della riforma della contrattazione collettiva – stabilisce che questa «ulteriore forma di bilateralità [dovrà avere] caratteristiche tali da aver assicurati i benefici fiscali ad incentivazione del funzionamento di servizi integrativi di welfare». Quindi si presuppone – così come si è presupposto nell'accordo interconfederale del 2009 – che si avvii un confronto Governo-parti sociali sul tema del welfare contrattuale e l'accordo dei metalmeccanici serve appunto a dare quasi “il calcio d’inizio”. E poi l'accordo di settore è stato lungimirante e di tutela degli interessi dei lavoratori allorché ha stabilito che «qualora non si realizzassero le condizioni normative e fiscali [ad incentivazione del funzionamento del nuovo fondo], le parti si incontreranno per riorientare la contribuzione verso altre finalità di welfare integrativo».

Non penso che si possa contestare il fatto che comunque sono risorse destinate al sostegno del reddito dei lavoratori magari in forma di sostegno del reddito familiare qualora queste risorse dovessero essere destinate a forme di sanità integrativa.

Le prospettive di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali – Riassunto. *L'A., riscontrato che il welfare italiano ha funzionato bene, ma che risulta oggi tutt'altro che perfetto, sottolinea come a fronte di tale diagnosi condivisa siano diversi i rimedi prospettati, tenuto conto del contesto dato dalle previste difficoltà nel fronteggiare una stagione difficile per il mercato del lavoro e l'occupazione. Il quadro attuale si caratterizza per la frammentazione derivante dalla stratificazione normativa di cui l'A. ripercorre le fasi principali, contestualizzandole storicamente nella evoluzione del sistema industriale e nelle origini contrattuali degli interventi. L'A. imposta quindi il tema della riforma intorno a quattro questioni fondamentali: la universalità o no delle tutele, l'individuazione della misura della giusta indennità rispetto all'ultima retribuzione, la sostenibilità delle risorse nell'attuale congiuntura con la necessità di uscire dalla prospettiva “di emergenza”, il nodo fondamentale del rapporto tra politiche attive e passive (e delle relative risorse). L'A. prosegue concentrandosi sull'evoluzione 2009 del sistema e conclude che il Governo ha operato sulla disciplina degli strumenti esistenti per favorirne l'utilizzo e preservare i livelli occupazionali. Emerge così la necessità di valutare le questioni in esame da una duplice prospettiva, ravvicinata e strutturale, né facile, né economicamente neutra. Al riguardo vi sono alcune asserzioni imprescindibili: il contenimento della spesa pubblica, la conferma del modello esistente nel settore industriale, la conferma della natura assicurativa e il carattere eccezionale degli ammortizzatori in deroga, il collegamento tra politiche attive e passive e il potenziale dell'outplacement, il Patto di servizio tra Stato e lavoratori disoccupati e il ruolo della formazione. L'A. conclude la propria indagine con le prospettive del welfare contrattuale che non potrà essere un one-*

re aggiuntivo per le imprese ma uno strumento di sussidiarietà da interpretare come tale anche sul piano dei costi relativi.

The reform of social safety net programs (Article in Italian) – Summary. *Although recognizing the effectiveness of the Italian welfare system, the paper puts forward a number of solutions to overcome its major shortcoming, also considering the current situation of employment and the labor market. The paper examines the regulatory fragmentation characterizing the social security system in Italy, resulting from an evolution in the industrial system and a number of amendments in previous contractual arrangements. According to the author the reform should be phased in considering four aspects: the scope of the provisions safeguarding workers; the amount of the unemployment benefit to be calculated on the basis of the last salary; the effectiveness of such measures in the current economic downturn, so as not be considered only “emergency provisions”; the significant relationship between active and passive labour market policies and the financial resources they require. The paper then goes on to show the outcomes of the welfare system in the year 2009, arguing that the Government resorted to existing legislation to safeguard employment. It becomes apparent that there is a need to examine the issue from both a closer and a more structural perspective, also considering related economic factors. In this connection, there are a number of aspects that cannot be set aside: public spending needs to be reduced, the existing welfare scheme should be implemented also in the industrial sector, safety net measures should apply only on a temporary basis, a link between active and policy labor market policy should be established, outplacement should be strengthened, together with cooperation between the Government, unemployed workers, and vocational training bodies. In conclusion, the paper argues in favor of contractual arrangements within the welfare system, since they do not give rise to additional costs for employers, but serve as a means to implement the principle of subsidiarity.*

Le prospettive delle politiche di *workfare* in Italia

Natale Forlani

Sommario: **1.** Dal Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 al Libro Bianco sul futuro del modello sociale del 2009. – **2.** Crisi economica e prospettive delle politiche di *workfare*. – **3.** Conclusioni.

1. Dal Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 al Libro Bianco sul futuro del modello sociale del 2009.

Nell'affrontare il tema delle prospettive delle politiche di *workfare* in Italia non ci si può esimere da una riflessione sul Libro Bianco sul mercato del lavoro dell'ottobre 2001. In esso veniva colta l'esigenza di realizzare un profondo rinnovamento delle politiche del lavoro in Italia, con l'ottica di adeguarle alle migliori esperienze europee, perseverando nello sforzo riformatore iniziato nella seconda parte degli anni Novanta.

L'esigenza di produrre forti discontinuità rispetto al consolidato storico del nostro diritto del lavoro era evidenziata dal fatto che, in assenza di innovazioni radicali, si correva il rischio di ampliare le contraddizioni già esistenti nel nostro mercato del lavoro: il basso tasso di occupazione generale, influenzato in negativo dalla inadeguata partecipazione delle donne e degli anziani, ed il dualismo territoriale nella crescita dell'economia e dell'occupazione. Tutto questo in relazione ai vincoli derivanti dall'andamento demografico, e dell'invecchiamento relativo della popolazione attiva italiana, che unitamente alla crescita della flessibilità e mobilità del lavoro rendono più complesso l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro.

Le indicazioni contenute nel Libro Bianco non sono state colte nella loro portata generale. Le stesse importanti innovazioni introdotte con la Legge Biagi, contrastate per pregiudizio ideologico e ritardi culturali

* *Presidente di Italia Lavoro.*

anche nell'ambito delle stesse istituzioni che avevano il dovere di attuarle, rappresentano ancor oggi, soprattutto per la parte delle politiche attive del lavoro, un impianto dalle potenzialità ancora inesprese. La ragione è riconducibile essenzialmente al mancato avvento di quella discontinuità culturale nella capacità di analizzare e di produrre soluzioni, che veniva auspicata dal Libro Bianco.

In particolare, il permanere della convinzione che la buona occupazione fosse solo il prodotto della qualità e della quantità dei vincoli normativi esistenti nella regolazione del rapporto di lavoro, e non di fattori e interventi più complessi. Tra questi, in particolare, la capacità di favorire l'inclusione dei soggetti svantaggiati e di rimediare le asimmetrie che si generano sistematicamente nell'incontro domanda-offerta di lavoro, l'adeguamento permanente delle competenze delle risorse umane nell'ambito di politiche istituzionali e sociali prodotte con il concorso di una pluralità di protagonisti politici, parti sociali, intermediari della domanda-offerta di lavoro.

Senza queste politiche, i rischi connessi alla crescita della flessibilità e della mobilità del lavoro si trasferiscono soprattutto verso i soggetti più deboli, accentuando, di converso, le caratteristiche corporative dei segmenti forti del mercato del lavoro.

È importante constatare come negli ultimi anni, anche a fronte di una crescita del tasso di occupazione generale prodotta con il significativo contributo della componente femminile e degli over 55, sia rimasto inalterato il tasso di disoccupazione giovanile, con un'accentuazione di quello degli under 25 in coincidenza della crescita della scolarizzazione, e sia aumentato il divario tra il centro-nord ed il Mezzogiorno. Altrettanto significativo il fatto che negli ultimi anni il saldo attivo occupazionale sia stato in buona parte coperto dal flusso degli immigrati (dal 40% del 2004 all'80% del 2008 per la componente maschile) mentre, nonostante gli investimenti formativi e l'incremento del tasso di scolarizzazione, non sia affatto migliorata la qualità e la tempistica di inserimento dei neodiplomati e neolaureati nel mercato del lavoro. Il tutto nonostante l'esodo per pensionamenti rappresenti una cifra media annuale quasi doppia rispetto all'ingresso delle nuove generazioni.

Inutile negare l'evidenza. In Italia perseguire l'incremento del tasso di occupazione, come condizione di crescita dell'economia, di distribuzione di opportunità e di reddito, e di tenuta degli equilibri delle prestazioni sociali, si scontra con la difficoltà di fuoriuscire dalla cultura del lavoro fondata sulle tradizionali garanzie del rapporto di lavoro tipiche della fase industriale della crescita economica e di una società imperniata sul ruolo fondamentale del maschio adulto. Mentre, specularmen-

te, l'esigenza di riassorbire la disoccupazione di lunga durata, di recuperare un bacino di oltre 2 milioni di donne disponibili al lavoro, di valorizzare nel mercato gli investimenti formativi sui giovani di gestire il flusso d'immigrazione in modo regolato tende a far coincidere le dinamiche dell'incontro domanda-offerta con i fabbisogni di intervento di politica attiva che si rendono necessari per riassorbire i bacini di forza lavoro descritti.

Altrettanto francamente, va constatato che la riforma istituzionale del Titolo V della Costituzione, per lo specifico delle politiche del lavoro, anziché favorire come auspicato dagli indirizzi europei un decentramento funzionale delle stesse politiche, abbia comportato un conflitto di competenze che è coinciso con una forte dialettica politica e che ha impedito di rimediare i due limiti storici strutturali delle nostre politiche attive del lavoro: la scarsa attenzione alle dinamiche reali della domanda-offerta ed un presidio della programmazione delle risorse da parte degli operatori storici dei servizi e della formazione.

Ne sono derivati astratti dibattiti ideologici su presunte contrapposizioni di ruolo tra servizi pubblici e privati, peraltro in assenza di una significativa incidenza della loro azione nel mercato del lavoro, e una rilevantissima dispersione di risorse nazionali e comunitarie dedicate a servizi, formazione, incentivi senza che il loro utilizzo comportasse un apprezzabile contributo a riassorbire i soggetti, a vario titolo, svantaggiati. Sintomatico il fatto che nelle comparazioni europee gli altri Paesi evidenziano risultati di buone politiche di sistema, in Italia ci si limita ad evidenziare buone politiche locali.

Infine è doveroso rilevare come le potenzialità offerte dalla legislazione di sostegno verso il ruolo attivo delle parti sociali, finalizzata anche a promuovere i rapporti di lavoro con finalità di inclusione (contratti di reinserimento e apprendistato, ma anche uso del contratto a termine con finalità di recupero di soggetti svantaggiati), come quella rivolta a favorire il ruolo delle parti sociali e degli enti bilaterali nell'azione di orientamento e accompagnamento di politiche attive e passive nel mercato del lavoro, siano state ampiamente sotto utilizzate.

Constatiamo come l'uso dell'apprendistato, nelle diverse forme previste dalla legge, sia rimasto inalterato nel decennio recente alla quota delle 400 mila unità, mentre nel frattempo, per effetto delle contestazioni della Unione europea, sono venuti meno gli utilizzi dei contratti di formazione lavoro.

L'attività contrattuale è rimasta confinata nell'allargamento degli spazi per i cosiddetti rapporti di lavoro flessibili, con il corollario di forte dialettica interna alle associazioni sindacali ed imprenditoriali. Le innova-

zioni introdotte hanno certamente contribuito ad incentivare i nuovi flussi del mercato del lavoro e l'incremento occupazionale, ma è difficile negare come questa prassi, che possiamo definire come derogatoria del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, abbia ormai esaurito la sua capacità propulsiva. Tanto da essere criticata e ripensata anche da settori del mondo del lavoro e del giuslavorismo che, all'epoca, erano critici verso gli orizzonti riformatori proposti dal Libro Bianco.

In effetti, l'esasperata attenzione all'incidenza dei contratti a termine sul totale dell'occupazione dipendente (un fenomeno che non esito a definire come la "retorica del precariato") peraltro rimasta ben al di sotto delle medie europee, ha trascurato la complessità dei fenomeni che generano la bassa inclusività del nostro mercato del lavoro.

L'evoluzione del mercato del lavoro sommerso che in buona parte, soprattutto nel centro-nord, coincide con l'incidenza settoriale e professionale degli immigrati è la cartina tornasole permanente della incapacità istituzionale e sociale di regolare le dinamiche reali del mercato del lavoro.

Negli anni 2000 la quota totale del sommerso sul PIL, secondo i dati Istat, tende a decrescere di due-tre punti percentuali attestandosi al 20%, ma la sua qualità sta profondamente cambiando nella misura in cui si incrementa la quota dei servizi ed in buona parte è correlata all'incidenza settoriale e territoriale dell'immigrazione.

In sintesi, possiamo constatare come, nonostante le novità prodotte dal quadro normativo, le distanze tra le politiche di *workfare* italiane e quelle dei principali Paesi europei siano aumentate. Il nostro Paese segnala deficit di approccio culturale, prima ancora che normativo, con una forte difficoltà nel conciliare le politiche attive con quelle passive (ad esempio le norme sui diritti e i doveri dei percettori di sostegno al reddito sono rimaste inattuata), nel veicolare le politiche attive verso le persone e la domanda offerta e nel ripensare su questi assi le politiche di sostegno al reddito, l'offerta formativa verso le persone ed il sistema di incentivi verso le imprese.

Le nostre politiche del lavoro rivelano un deficit di *governance* riflesso nella carenza di cooperazione nazionale e nei rapporti tra istituzioni e parti sociali, nella cooperazione tra attori pubblici e privati nei servizi del lavoro, nel dotare l'intervento federale di una strumentazione condivisa sui sistemi informativi, di gestione e di monitoraggio delle politiche attive e passive.

Persa l'occasione del Libro Bianco del 2001 non possiamo più perdere, ai fini di una ineludibile svolta culturale, gli stimoli contenuti nel recente Libro Bianco del 2009 sul futuro del modello sociale che rilanciano

con forza il tema delle politiche di *workfare* nell'ottica di un sistema pluralistico e sussidiario tanto in termini verticali che orizzontali.

2. Crisi economica e prospettive delle politiche di *workfare*.

La critica all'evoluzione delle politiche di *workfare* del recente passato non deve infatti far trascurare l'importanza di alcuni interventi, che hanno visto protagoniste le istituzioni e le parti sociali, che possono cambiare profondamente il segno delle nostre politiche.

Le politiche passive adottate per contrastare la crisi, ed in particolare gli interventi per generalizzare le CIGS in deroga verso i settori sprovvisti di sostegni al reddito in costanza di rapporti di lavoro, hanno prodotto risultati importanti e contenuto gli effetti sull'incremento della disoccupazione. L'intervento promosso dall'intesa Stato-Regioni del 12 febbraio 2009 costituisce il primo esempio significativo di promozione di una *governance* condivisa delle politiche attive e passive. La natura degli interventi di sostegno al reddito previsti nell'intesa, con il concorso di risorse tra Stato e Regioni, vincola l'adozione di politiche attive per l'adeguamento delle competenze dei lavoratori ovvero al loro reinserimento al lavoro. Interventi che devono essere attivati in concomitanza dell'erogazione dei sostegni al reddito.

Viene adottata una strumentazione condivisa, per l'attivazione dei sistemi informativi e per il monitoraggio degli interventi, che pone le premesse per un'evoluzione positiva degli standard per la qualificazione dei servizi del lavoro e degli interventi formativi.

Cresce la consapevolezza che sia necessario ripensare in profondità il ruolo degli attori e delle politiche. L'intesa sottoscritta il 17 febbraio 2010 tra il Governo e le parti sociali, rivolta a qualificare l'offerta formativa verso le persone e la domanda di lavoro e la rilevazione dei fabbisogni formativi, valorizzando il protagonismo delle parti sociali, pone le premesse per recuperare molti dei ritardi che abbiamo evidenziato nella prima parte della relazione. Lo scenario che abbiamo di fronte è composto da elementi relativamente stimabili nelle dinamiche della offerta, ma alquanto incerti su quelle della domanda. Gli elementi sufficientemente stimabili sono rappresentati dalle evidenze demografiche della nostra popolazione attiva (e di quella in età di lavoro) e dalle caratteristiche della nostra disoccupazione, compresa quella potenziale derivante dalla fuoriuscita dai sostegni al reddito nell'ambito dei rapporti di lavoro.

Quelli incerti, dalla dinamica dello sviluppo futuro, dalla sua qualità territoriale e settoriale.

I saldi demografici evidenziano un potenziale calo di oltre 4 milioni di popolazione attiva italiana entro il 2020 (come saldo tra fuoriusciti per pensionamento e ingressi di nuove generazioni).

Incrementare il tasso di occupazione, recuperando i bacini di disoccupazione storici e quelli in formazione con la crisi economica, non sarà affatto semplice. Peraltro, il fatto di concentrarsi sugli obiettivi di incremento occupazionale in quanto tali non deve portare a trascurare il dato che, nell'ambito del lavoro dipendente e delle collaborazioni continuative, ogni anno si modifica quasi un terzo della nostra occupazione. E questo tasso di mobilità è relativamente indipendente dalla natura a termine o a tempo indeterminato dei rapporti. In questa quota sono da ricomprendere oltre 2 milioni annui di contratti che riguardano le assunzioni e le cessazioni dei lavoratori immigrati, che scontano una più elevata mobilità connessa ai vincoli ed alle caratteristiche dei settori d'impiego specifici.

È ragionevole pensare che sul versante della domanda, si acceleri il processo di terziarizzazione, sia quella derivante dalla trasformazione e dal riposizionamento della filiera produttiva del manifatturiero, sia in relazione alla espansione del sistema dei servizi, con un forte traino derivante dai comparti dei servizi per le famiglie e le persone.

Non è difficile evidenziare le due principali problematiche che investiranno il nostro mercato del lavoro, già sottolineate in precedenza. L'approvvigionamento dell'offerta coincide con i target che più necessitano di supporti di politica attiva attraverso adeguamento delle competenze, riduzione dei costi di inserimento per le imprese, utilizzo di contratti a causa mista, sostegno alla conciliazione lavoro-famiglia. È ragionevole ritenere che più di un terzo della dinamica della domanda-offerta annuale aggiuntiva sia condizionato dalla qualità di queste politiche (700-800 mila percettori di sostegno al reddito, 400 mila neodiplomati e neolaureati, circa 200 mila immigrati aggiuntivi oltre al flusso relativo delle scadenze di lavoro per questi lavoratori che si stimano intorno alle 800 mila unità. A cui si deve aggiungere il recupero del bacino di disoccupazione di lunga durata e il rientro delle donne al lavoro).

Nel prossimo biennio, a fronte di una prevedibile difficoltà a far riprendere la crescita del tasso di occupazione è necessario evitare la cronicizzazione dello stato di disoccupazione, più o meno assistita, sui medesimi soggetti. Questo comporterebbe costi economici, sociali e umani difficilmente supportabili per la collettività e le persone coinvolte.

L'incontro tra domanda-offerta richiede pertanto politiche di welfare, politiche del lavoro rivolte alle persone, facilitazione dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro. Quest'ultima esigenza presuppone anche l'obiettivo di portare l'intermediazione degli operatori pubblici e privati verso quel 20% delle dinamiche dei migliori Paesi europei, rispetto all'attuale 6% o 7% italiano.

Il processo positivo che si è messo in moto nell'affrontare le implicazioni occupazionali della crisi economica presenta criticità che non devono essere sottovalutate. Il dibattito politico sociale tende ancora a concentrarsi sull'idea che basti la riforma degli ammortizzatori sociali, e la loro estensione, a garantire buone politiche per l'occupazione. Una riforma è certamente necessaria per ragioni di equità, ma sarebbe il caso di non trascurare che nella storia italiana, anche recente, in concomitanza dell'estensione dei sostegni al reddito è aumentata analogamente la probabilità di permanere nel bacino dei disoccupati assistiti. Per questi motivi è auspicabile che la riforma dei sostegni al reddito non fuoriesca dal modello assicurativo che vincola al versamento contributivo la erogazione della prestazione.

Più in generale gli attori politici e sociali tendono a far coincidere le riforme con il fabbisogno di nuove risorse anziché con il ripensamento di quelle disponibili, che mediamente non sono affatto scarse. Pertanto, in presenza dei vincoli finanziari noti, si giustifica l'uso assistenziale delle risorse dedicate alle politiche passive ed attive.

In effetti questo è il rischio che l'Italia può correre nell'ambito della fuoriuscita dalla crisi economica se pensiamo di affrontare l'*exit strategy* per l'occupazione con la proroga dei sostegni al reddito.

Possiamo stimare che una cifra intorno alle 250 mila unità sia attualmente percettrice di sostegni al reddito in presenza di un non probabile rientro nell'azienda di origine (stimando CIGS e quote di mobilità e CIG in deroga). Ed il rischio maggiore è concentrato nella quota degli esuberanti delle medie-grandi aziende, nel cui ambito la rappresentanza tende storicamente a riprodurre la richiesta di proroga degli ammortizzatori sociali. Pertanto diventa fondamentale che gli obiettivi dell'intesa Governo-Regioni e Governo-Regioni-parti sociali si traducano in effettive politiche rivolte alla mobilità sostenibile dei lavoratori.

Quest'ultimo concetto va declinato correttamente. I parametri adottati dalla normativa già lo prevedono, anche ai fini del sanzionamento dei rifiuti di offerte formative di nuovi lavori. Un reddito ragionevolmente equiparabile a quello precedente ed una mobilità territoriale contenuta, ma anche la disponibilità di un'offerta formativa, di contratti che agevolano il reinserimento, gli incentivi alle imprese che assumono costi-

tuiscono anch'essi condizione essenziale del funzionamento del sistema dei diritti-doveri dei percettori. Non si può negare che queste pratiche vengono essenzialmente disattese. In questa prima fase l'attenzione è stata doverosamente dedicata alla diffusione dei sostegni al reddito, ma a partire dalla seconda parte del 2010 diverrà decisiva la capacità di smobilitare i bacini dei percettori rintracciando tutta la domanda di lavoro disponibile. Se le politiche attive diventano la condizione per la sopravvivenza di quelle passive, e non viceversa (questo è un rischio intrinseco all'intesa Stato-Regioni in quanto la rendicontabilità del concorso di spesa regionale è condizionata dalla partecipazione delle politiche attive) c'è il rischio concreto che aumenti il livello di spreco e di dispersione di risorse soprattutto in corsi di formazione sostanzialmente inutili.

Un secondo rischio è rappresentato dalla proliferazione di interventi di incentivazione e di sostegno al reddito aggiuntivo verso i diversi target della disoccupazione e dei soggetti svantaggiati, che pur mobilitando risorse ingenti presentano una notevole frammentazione. In genere questi interventi sono erogati con tecniche, i cosiddetti bandi, che non sono funzionali a perseguire risultati incisivi sul fronte del reinserimento al lavoro.

Supplire a carenze strutturali delle nostre politiche attive del lavoro con una miriade di piccoli interventi è una patologia grave del sistema italiano, lo espone anche a processi di dipendenza degli operatori che presidiano queste risorse.

Una prima analisi disponibile riguardante le politiche attive promosse in attuazione dell'intesa Stato-Regioni del 12 febbraio 2010 conferma in generale questa preoccupazione.

L'indubbio attivismo che si è generato nel territorio ed una rilevabile maggiore attenzione verso le aziende e le persone è però correlata ad un'elevata frammentazione degli interventi non sempre riconducibili alla specificità dei singoli territori.

Una buona dose di risorse viene destinata a politiche d'integrazione ai sostegni al reddito (aggiuntive a quelle previste dallo Stato-Regioni) che aumentano la già variegata fattispecie nazionale degli ammortizzatori sociali.

Una rilevazione di Italia Lavoro evidenzia come nell'ultimo anno le Regioni abbiano investito 217 milioni di euro per interventi integrativi degli ammortizzatori previsti in sede nazionale e per non percettori di sostegno al reddito, tra i quali si distinguono, in particolare, gli interventi verso i cessati da contratti a progetto.

Altri interventi di sostegno al reddito, per importi complessivi di circa 280 milioni di euro, vengono rivolti alle famiglie per contributi per l'acquisto di servizi e/o sostenibilità dei mutui contratti.

Per le politiche attive, voucher formativi o *bonus* per le imprese finalizzati alla riassunzione di disoccupati le Regioni hanno investito circa 680 milioni aggiuntivi rispetto alle previsioni dell'intesa nazionale.

La struttura degli incentivi, certamente ancorata ad esigenze locali, risulta mediamente disallineata rispetto a quelli previsti dalle normative nazionali, con effetti comparativi sui diversi bacini dei soggetti svantaggiati difficili da giustificare.

Un recupero della *governance* nazionale di questi interventi è necessario. Per le caratteristiche federali delle competenze, essa non può che privilegiare il metodo del coordinamento aperto ma ritengo altrettanto che senza alcuni presidi strumentali e di monitoraggio nazionali su alcuni versanti delle politiche del lavoro (ad esempio sull'integrazione tra politiche attive e passive, sulla transizione tra scuola e lavoro, nella gestione dei flussi d'immigrazione, sulla mobilità territoriale, nella conciliazione tra lavoro-famiglia) un recupero dei nostri ritardi su queste materie, rispetto alle esperienze europee di riferimento, diventi alquanto problematico. L'attuazione delle due intese nazionali richiamate e alcuni programmi nazionali in corso mettono le basi per una nuova *governance* dotata di strumenti e sistemi di monitoraggio condivisi. Sia pur con molte criticità da affrontare, la cooperazione istituzionale sta progredendo non solo sul versante dei sostegni al reddito, ma anche su quelli della integrazione delle politiche e dei sistemi informativi e strumentali di attuazione (banca percettori di sostegno al reddito, le convenzioni tra Ministero-Regioni-Italia Lavoro per l'assistenza agli interventi per i bacini di percettori di sostegno al reddito per 240 milioni di persone e per l'integrazione delle politiche nazionali e territoriali, la rilevazione diffusa dei fabbisogni professionali).

Risulta fondamentale che intorno all'esigenza di rafforzare i presidi strumentali nazionali il Ministero del lavoro operi nella direzione di una razionalizzazione dell'offerta nazionale di servizi ed interventi (sistemi informativi e di monitoraggio, sostegno sussidiario verso il territorio per le politiche attive, rafforzamento del ruolo degli operatori privati e delle attività bilaterali promosse dalle parti sociali) favorendo la cooperazione tra enti e agenzie nazionali. Un ruolo fondamentale nell'avanzamento delle politiche nazionali lo possono sviluppare le parti sociali.

Molti indicatori, come la realizzazione dell'intesa sulla riforma della struttura della contrattazione, quella per le linee guida per la formazio-

ne, lo straordinario protagonismo territoriale nell'affrontare gli effetti della crisi economica, le novità che si delineano in materia di certificazione dei contratti e arbitrato, l'evoluzione degli interventi dei fondi interprofessionali, l'attuazione contrattuale delle novazioni normative sull'apprendistato in alcuni settori, confortano sulla crescente consapevolezza degli attori sociali riguardo alla complessità degli interventi che si rendono necessari per rigenerare tutele efficaci e non solo formali.

Per diventare una strategia visibile, molto dipenderà dalle scelte che saranno fatte per rafforzare il ruolo degli enti bilaterali e lo spazio che le parti sociali vorranno riservarsi nell'affrontare la riforma degli ammortizzatori sociali e degli incentivi finalizzati all'inclusione nel mercato del lavoro. Allo stato attuale lo sviluppo di questa iniziativa è alquanto al di sotto delle potenzialità offerte dalle leggi di sostegno, contenuto, e relativamente delimitato ai settori dell'edilizia e dell'artigianato (queste ultime nel centro-nord). Altre realtà settoriali, come l'agricoltura ed il commercio, e la recente intesa del settore metalmeccanico hanno posto le basi per uno sviluppo di questa attività. Uno slancio decisivo che necessariamente deve provenire dalle scelte strategiche delle grandi confederazioni nella direzione di rafforzare le forme bilaterali che erogano sostegni al reddito integrativi e servizi di orientamento al lavoro per le persone e le imprese.

Infine è necessario riservare una specifica una considerazione al tema degli operatori e degli intermediari della domanda-offerta di lavoro. Il rapporto pubblico-privato nei servizi del lavoro è stato oggetto di dibattiti e polemiche inversamente proporzionali alla effettiva incidenza prodotta da questi attori nel mercato del lavoro. Le potenzialità previste dalla Legge Biagi e dal decreto attuativo in tema di accreditamento e di cooperazione, come già evidenziato, sono state largamente sottoutilizzate.

Solo quattro Regioni hanno dato attuazione delle normative, ma, a parte alcune significative esperienze, la sperimentazione è ancora asfittica.

La scelta prevalente degli operatori privati dal 1997 ad oggi è stata quella di cercare di legittimare la loro presenza nella nicchia del lavoro interinale anche in relazione alle difficoltà sociali ed ambientali che hanno di fatto contingentato questo intervento a percentuali dimezzate rispetto agli altri Paesi europei. È una fase che considero esaurita. Il lavoro interinale ha subito i contraccolpi della crisi (-30%) e ci vorrà tempo per recuperare i risultati ottenuti nel 2008.

Mentre rimane inesplorata la capacità delle agenzie del lavoro, come degli operatori privati in genere, di interagire con le politiche attive pubbliche verso i segmenti più problematici dell'incontro domanda-

offerta. D'altro canto è difficile pensare che le politiche pubbliche possano avere un realistico successo verso numeri apprezzabili senza mobilitare una pluralità di operatori, fra i quali le Agenzie del lavoro ed i consulenti, oltre che le società di selezione, *outplacement*, che in questa direzione possono svolgere un ruolo importante. Il recente provvedimento adottato nella Finanziaria 2010, che prevede un intervento premiale per le agenzie del lavoro per la fattispecie del collocamento-ricollocamento dei soggetti svantaggiati (sono previsti oltre 40 mila inserimenti di cui 3 mila disabili) offre un'occasione importante per sperimentare un intervento di grande rilevanza "nazionale". E che non va sprecato.

3. Conclusioni.

Possiamo affermare che in coincidenza della crisi economica, e per sollecitazioni indotte dalla stessa, si stiano esaurendo le tensioni politiche, sociali e culturali che hanno impedito un accelerato processo di adeguamento delle politiche del lavoro verso gli obiettivi e le caratteristiche sperimentate con buoni risultati in molti Paesi europei. Queste tensioni hanno portato, nel contempo, a sottovalutare le potenzialità delle innovazioni introdotte nel quadro legislativo ed a intimidire gli stessi processi di riforma.

Tuttavia gli sforzi non sono stati vani, già prima dell'avvento della grave crisi economico-occupazionale, si erano verificati importanti segni di novità nel panorama delle relazioni sindacali rivolti a fuoriuscire dal paralizzante sistema di veti incrociati che hanno condizionato la dialettica sociale per oltre un decennio.

Si sono create le condizioni per una accelerazione dello sforzo riformatore che può produrre nei prossimi anni la realizzazione di obiettivi, come ad esempio lo Statuto dei lavori, la riforma dei sostegni al reddito e degli incentivi, corredate più complessivamente da una più intensa capacità delle parti sociali di interagire, attraverso la contrattazione e gli organismi compartecipati, con le dinamiche reali del mercato del lavoro.

Siamo consapevoli che questi obiettivi ambiziosi rischiano persino di non bastare purtroppo. L'efficacia delle politiche del lavoro non è scorponabile da quella più complessiva nell'affrontare dinamiche dirompenti, come le implicazioni demografiche sul welfare, la mobilità sociale territoriale e internazionale, la conciliazione tra lavoro e famiglia decisiva per elevare l'occupazione familiare. Come, altrettanto, rimane evi-

dente che, di fronte alla scelta del federalismo, ci si debba interrogare su quali presidi competano allo stato in materia di politiche del lavoro. Tuttavia non siamo solo di fronte ad incognite, ma anche a robuste elaborazioni e ad un metodo, quello comparativo, che ci indica anche le esperienze e gli approcci culturali, non solo quelli normativi, che hanno prodotto risultati significativi.

Le prospettive delle politiche di *workfare* in Italia – Riassunto. *L'A. muove da una riflessione sulla elaborazione del Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 per rilevare come le potenzialità dell'impianto complessivo siano rimaste inespresse, di modo che, nonostante le novità del quadro normativo, è aumentata la distanza tra le politiche di *workfare* italiane e quelle dei principali Paesi europei. Le ragioni vanno ricondotte ad un deficit di approccio culturale e di governance riflesso della carenza di cooperazione nazionale e nei rapporti tra istituzioni e parti sociali, tra attori pubblici e privati nei servizi al lavoro e della messa a punto di strumentazione condivisa sui sistemi informativi, di gestione e di monitoraggio delle politiche attive e passive per l'intervento federale. L'A. esamina, in tale contesto e alla luce delle dinamiche e degli spazi recentemente determinatisi per la crisi economica, le prospettive delle politiche di *workfare* e ribadisce la necessità di valorizzare le politiche attive invertendo la tendenza che le vede condizionate a quelle passive, di superare la frammentazione degli interventi anche con un recupero del livello di governance nazionale, della collaborazione delle parti sociali nell'avanzamento delle politiche nazionali, della messa a regime dei sistemi di cooperazione tra servizi pubblici e privati per l'impiego. All'esito, l'A. sottolinea come sollecitazioni indotte dalla crisi stiano esaurendo le tensioni politiche, sociali e culturali evidenziate in apertura creando, così, le condizioni per rendere maggiormente percorribile il percorso riformatore in corso che, seppure sottovalutato, mostra già importanti segnali di novità. Pur nella consapevolezza delle difficoltà degli obiettivi anche per l'incidenza delle dinamiche di contesto, l'A. sottolinea l'importanza della elaborazione pregressa e del metodo comparato per indicare esperienza e approcci culturali (e non solo normativi) che hanno già prodotto risultati significativi.*

New prospects for *workfare* in Italy (Article in Italian) – Summary. *The paper examines the provisions laid down in the 2001 White Paper on the Labour Market, arguing that, though innovative, they were not fully implemented, causing the gap in *workfare* policy between Italy and the leading European countries to widen. This is due to cultural reasons and to shortfalls in the national governance, with a lack of cooperation between institutions and social parties, and public and private actors involved in the recruitment process. In addition to supporting active and passive policies in management and monitoring, there is also the need for a set of measures aimed at raising awareness of the issue. In this connection, the paper considers the new prospects for *workfare* in Italy in the light of the economic downturn, pointing towards a reversal of the current trend by which active policies are dependent on passive ones for their effectiveness. It is also important to deal with regulatory fragmentation, by restoring national governance and cooperation between public and pri-*

vate employment agencies. The paper concludes by arguing that the current crisis has had an impact on cultural, political and social pressures giving new momentum to the ongoing reform process. While recognising the difficulty in achieving these objectives, the author highlights the importance of a comparative analysis as a means to identify and implement measures that have proved effective at an international level.

La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori

Silvia Spattini

Sommario: **1.** La nuova condizionalità: la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* articolo 10, decreto legge n. 185/2008. – **2.** Il confronto tra la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* decreto legge n. 185/2008 e la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* decreto legislativo n. 181/2000. – **3.** L'effettività del sistema della condizionalità e dell'attivazione dei beneficiari. – **4.** Le potenzialità del nuovo sistema di condizionalità. – **5.** Le criticità del sistema di *welfare to work*.

1. La nuova condizionalità: la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* articolo 10, decreto legge n. 185/2008.

Il decreto legge 28 novembre 2008, n. 185, noto come “Pacchetto anti-crisi” ⁽¹⁾, non si è soltanto limitato a intervenire nel nostro ordinamento con norme emergenziali in materia di ammortizzatori sociali per reagire tempestivamente alla crisi economica, ma bensì ha introdotto anche elementi strutturali come la *nuova* condizionalità all'accesso ai benefici previdenziali.

Il comma 10 dell'articolo 19 del decreto legge n. 185/2008 ha, infatti, disciplinato l'accesso e la conservazione di un qualsiasi trattamento di sostegno al reddito, subordinandone il godimento alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione

* *Direttore di Adapt – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali.*

⁽¹⁾ Per una prima lettura delle norme contenute nel provvedimento, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Ammortizzatori sociali: istruzioni per l'uso dopo le misure anticrisi*, in *GLav*, 2009, n. 18, nonché F. LISO, *Brevi note sull'articolo 19 del recente decreto legge 185 intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali*, Working Paper Adapt, 2008, n. 68 (in www.adapt.it). Per una ricostruzione del quadro normativo in materia di ammortizzatori sociali, cfr. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Guida pratica agli ammortizzatori sociali – 2010*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2010.

professionale. L'obiettivo è rafforzare il collegamento tra politiche passive e attive e incentivare il reinserimento dei lavoratori nel mercato del lavoro, disincentivandone la permanenza passiva nel sistema del sostegno al reddito, attraverso l'attivazione del lavoratore verso una attività formativa o la ricerca attiva di una nuova occupazione.

La disposizione normativa sancisce infatti l'effettiva subordinazione del diritto ai benefici alla disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione da parte del lavoratore, rendendo la dichiarazione di immediata disponibilità parte integrante del rapporto giuridico previdenziale.

In dettaglio, ogni lavoratore avente diritto a un qualsiasi trattamento di sostegno o sostituzione del reddito (quindi ogni tipologia di indennità di disoccupazione, trattamenti di integrazione salariale ordinaria o straordinaria, indennità di mobilità, ogni ammortizzatore sociale a regime o in deroga ecc.) deve rilasciare all'Inps, contestualmente alla domanda del trattamento e attraverso la compilazione degli appositi moduli, la dichiarazione preventiva di immediata disponibilità al lavoro o un percorso di riqualificazione professionale (articolo 11, comma 1, decreto interministeriale 19 maggio 2009) ⁽²⁾.

È opportuno precisare che, in caso di sospensioni dal lavoro, la dichiarazione di immediata disponibilità è opportunamente limitata alla disponibilità a un percorso di riqualificazione professionale. Non è infatti possibile imporre al lavoratore l'accettazione di una nuova occupazione, quando è ancora titolare di un rapporto di lavoro, in particolare per il fatto che il suo datore di lavoro ha in generale l'interesse a continuare ad utilizzare la prestazione del lavoratore nel momento di una ripresa degli ordini e della relativa attività produttiva e lavorativa.

Diversamente, nel caso in cui sia intervenuta la cessazione del rapporto di lavoro, il beneficiario di una prestazione deve essere immediatamente disponibile sia ad intraprendere una attività formativa, sia ad accettare un lavoro congruo, definito ai sensi dell'articolo 1-*quinquies* del decreto legge n. 249/2004 ovvero un lavoro inquadrato in un livello retributivo non inferiore del 20% rispetto a quello delle mansioni di provenienza e quando il luogo di lavoro sia a non più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore oppure raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici.

⁽²⁾ Per un commento al d.i. 19 maggio 2009, sia consentito rinviare a S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Il decreto interministeriale di attuazione delle misure anticrisi*, in *GLav*, 2009, n. 22.

2. Il confronto tra la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* decreto legge n. 185/2008 e la dichiarazione di immediata disponibilità *ex* decreto legislativo n. 181/2000.

La condizionalità introdotta nel nostro ordinamento attraverso la dichiarazione di disponibilità al lavoro *ex* articolo 19 del decreto legge n. 185/2008 (DID *ex* decreto legge n. 185/2008) può essere definita *nuova* dal momento che già era presente una forma di condizionalità, rappresentata nella dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro *ex* articolo 2, decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 (DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000) ⁽³⁾. Essa tuttavia non vincola l'accesso a misure di sostegno del reddito, se non indirettamente. Tale dichiarazione di immediata disponibilità, infatti, deve essere resa dal lavoratore ai servizi competenti ⁽⁴⁾ per ottenere lo stato di disoccupazione, che viene a sua volta conservato soltanto se permangono le condizioni di disoccupazione e sono rispettate le attività di ricerca attiva del lavoro e le misure di politica attiva del lavoro concordate con gli stessi servizi per l'impiego e spesso esplicitate all'interno di un patto di servizio ⁽⁵⁾.

Il possesso di tale *status* è, inoltre, condizione di accesso per il lavoratore disoccupato all'indennità di disoccupazione e all'indennità di mobilità, unitamente agli specifici requisiti prescritti. Tanto è vero che il modulo della domanda per l'indennità di disoccupazione e di mobilità richiede al lavoratore di indicare a quale centro per l'impiego e in che data sia stata rilasciata tale dichiarazione.

Se si confrontano le due tipologie di dichiarazione di immediata disponibilità emergono differenze con riferimento, nel dettaglio, ai profili relativi: ai soggetti obbligati al rilascio della dichiarazione e alla effettiva disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione; al soggetto

⁽³⁾ Sulla nozione di disponibilità al lavoro e sullo stato di disoccupazione, cfr. D. GAROFALO, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, Working Paper Adapt, 2005, n. 16, si veda inoltre S. ROSATO, *Stato di disoccupazione (art. 3)*, e S. ROSATO, *Perdita dello stato di disoccupazione (art. 5)*, entrambi in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁽⁴⁾ Sono servizi competenti di cui all'art. 1, comma 1, lett g, d.lgs. n. 181/2000, i centri per l'impiego e i soggetti autorizzati e accreditati dalle Regioni per svolgere funzioni previste dalle norme regionali. Attualmente la competenza dell'accertamento dello stato di disoccupazione è di fatto attribuito soltanto ai centri per l'impiego.

⁽⁵⁾ Cfr. M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il Patto di servizio*, Working Paper Adapt, 2008, n. 64 (in www.adapt.it), e A. MELILLO, *Il Patto di servizio e la sua natura giuridica*, in *q. Rivista*, 2009, n. 4, 1121.

destinatario della dichiarazione; nonché alla funzione della dichiarazione stessa.

Infatti, a differenza della DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000, la DID *ex* decreto legge n. 185/2008 non è collegata all'acquisizione o alla conservazione dello stato di disoccupazione. Poiché gli obbligati sono tutti i destinatari di un qualsiasi trattamento di sostegno del reddito, con riferimento a lavoratori disoccupati, solo coloro i quali siano anche beneficiari di una prestazione (indennità di disoccupazione, indennità di mobilità, ecc.) devono rendere tale dichiarazione. Al contrario, sono obbligati anche i lavoratori non disoccupati, ma sospesi con diritto a una misura di sostegno al reddito.

Altra fondamentale differenza tra le due dichiarazioni di immediata disponibilità al lavoro è rappresentata dai diversi soggetti destinatari. Infatti nel caso della DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000, i soggetti destinatari sono i servizi competenti e di fatto i centri per l'impiego, mentre la DID *ex* decreto legge n. 185/2008 deve essere resa all'Inps.

Questo aspetto è peraltro collegato alla diversa funzione dei due istituti. La DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000 è necessariamente resa ai servizi competenti, poiché tale dichiarazione è condizione per ottenere lo stato di disoccupazione, che viene accertato appunto dai servizi competenti stessi (articolo 4, decreto legislativo n. 181/2000).

È l'Inps destinataria della DID *ex* decreto legge n. 185/2008, in quanto quest'ultima rappresenta la condizione di accesso e conservazione dei benefici di sostegno al reddito.

Poiché le due tipologie di dichiarazione di immediata disponibilità hanno funzioni differenti, permangono entrambe nel nostro ordinamento giuridico e soltanto in alcune circostanze i lavoratori sono obbligati a rendere le due dichiarazioni.

Un lavoratore che sia stato licenziato oppure abbia cessato un rapporto di lavoro a termine e che intenda acquisire lo stato di disoccupazione deve necessariamente presentarsi presso il centro per l'impiego competente per territorio per la sottoscrizione della DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000 oltre alla eventuale sottoscrizione di un patto di servizio, secondo quanto disposto dalle norme regionali ⁽⁶⁾. Solo nel caso in cui lo stesso disoccupato abbia i requisiti per accedere a un qualche trattamento di sostegno del reddito (per esempio indennità di disoccupazione a requisiti normali o ridotti, indennità di mobilità ed ogni altra misura

⁽⁶⁾ In generale sul patto di servizio e in particolare sulla normativa regionale in materia, si veda M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il Patto di servizio*, Working Paper Adapt, 2008, n. 64 (in www.adapt.it).

di sostegno al reddito) e ne faccia richiesta, deve rilasciare la DID *ex* decreto legge n. 185/2008 contestualmente alla domanda del beneficio. Viceversa, se non ha diritto e/o non richiede un trattamento di sostegno al reddito, non è obbligato al rilascio della seconda dichiarazione di immediata disponibilità.

Nel caso, invece, di un lavoratore sospeso dal lavoro e percettore di una integrazione salariale non vige, ovviamente, l'obbligo della DID *ex* decreto legislativo n. 181/2000, in quanto non disoccupato, mentre deve rendere dichiarazione di immediata disponibilità a un percorso di riqualificazione professionale.

3. L'effettività del sistema della condizionalità e dell'attivazione dei beneficiari.

Perché sia efficace il sistema di attivazione dei beneficiari di prestazioni sociali verso la ricerca attiva di un lavoro e di incentivazione al reinserimento nel mercato, la condizionalità dei trattamenti di sostegno al reddito alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale, ai sensi dell'articolo 19 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, deve essere necessariamente completata da un sistema di sanzioni ⁽⁷⁾.

Nel dettaglio, infatti, il comma 10 dell'articolo 19 dispone la decadenza dal diritto al trattamento di sostegno al reddito in caso di rifiuto da parte del percettore di un lavoro congruo ai sensi del articolo 1-*quinquies* del decreto legge 5 ottobre 2004, n. 249, oppure in caso di rifiuto di un percorso di riqualificazione professionale o di mancata o parziale partecipazione ad esso. Con specifico riferimento all'obbligo a partecipare ad un percorso di formazione o riqualificazione professionale, esso rimane sospeso nel caso in cui il lavoratore sia richiamato in servizio per la ripresa delle attività lavorative, non integrando per ovvie ragioni causa di decadenza dal diritto (articolo 12, comma 5, decreto interministeriale 19 maggio 2009).

Nell'ottica del condizionamento delle misure di sostegno al reddito e di attivazione dei beneficiari, rilevante è anche la previsione normativa per cui la decadenza non comporta soltanto la perdita del diritto al beneficio, ma anche di qualsiasi erogazione di carattere retributivo colle-

⁽⁷⁾ Sulla decadenza dai trattamenti e sulla ineffettività del sistema previgente, cfr. M. TIRABOSCHI, *Ammortizzatori sociali e decadenza dal trattamento*, in *GLav*, 2009, n. 8, 12.

gata ad esso (fatti salvi i diritti già maturati), come per esempio integrazioni del beneficio a carico del datore di lavoro.

A completamento del sistema, sono stati individuati i soggetti obbligati a segnalare ai servizi competenti i casi di rifiuto di un lavoro congruo o di percorsi di riqualificazione che determinano la decadenza dei lavoratori dal diritto ai trattamenti di sostegno al reddito. Coerentemente, l'obbligo è in capo a soggetti che si occupano dei percorsi di riqualificazione ovvero i responsabili delle attività formative, nonché a soggetti che sono in grado di offrire ai beneficiari un lavoro, perciò gli stessi servizi competenti (ossia centri per l'impiego e agenzie per il lavoro) e, in generale, i potenziali datori di lavoro.

I servizi competenti che hanno raccolto le segnalazioni comunicano tempestivamente all'Inps i nominativi e le motivazioni della decadenza. All'Inps spetta, invece, dichiarare la perdita del diritto al beneficio e comunicarlo agli interessati.

Anche nell'ambito dell'articolo 1-*quinquies* del decreto legge n. 249/2004 sussisteva l'obbligo per i soggetti sopra elencati di effettuare la segnalazione del verificarsi di circostanze che originavano la decadenza dal diritto, ma raramente si assumevano la responsabilità di effettuare tale segnalazione, confortati dal fatto che tale inadempienza non venisse sanzionata.

L'esperienza pregressa ha suggerito, per il buon funzionamento del nuovo sistema, la previsione di "sanzioni" per gli operatori in caso di omissione delle comunicazioni della decadenza di un beneficiario dai trattamenti previdenziali.

È stato perciò previsto che l'omissione determini, per i responsabili dei centri per l'impiego o i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche coinvolte, la responsabilità per danno erariale, mentre per i servizi competenti autorizzati o accreditati ai sensi del decreto legislativo n. 276/2003 la revoca della autorizzazione o dell'accredito (articolo 12, comma 3, decreto interministeriale 19 maggio 2009).

4. Le potenzialità del nuovo sistema di condizionalità.

Nel tentativo di costruire un sistema di *welfare to work* efficace, accanto all'introduzione della DID ex decreto legge n. 185/2008, è stata opportunamente prevista la costituzione di una banca dati percettori (articolo 19, comma 4, decreto legge n. 185/2008 e direttiva del Ministro

del lavoro del 10 febbraio 2009 ⁽⁸⁾), predisposta dall'Inps, per garantire la lineare e trasparente diffusione delle informazioni sui percettori dei trattamenti di sostegno al reddito a tutti i servizi competenti, comprese le agenzie private del lavoro, al fine di poter offrire ai beneficiari di trattamenti di sostegno al reddito percorsi formativi e occasioni di lavoro.

L'Inps ha quindi sviluppato la banca dati, denominandola "Sistema informativo dei percettori di trattamento di sostegno al reddito" ⁽⁹⁾, contenente tutti i dati relativi ai beneficiari di un qualsiasi trattamento, quali: i nominativi dei lavoratori disponibili a un percorso di riqualificazione professionale ovvero, in caso di perdita di lavoro, a un lavoro congruo; la qualifica professionale e il titolo di studio dei beneficiari; l'indicazione della sospensione della attività lavorativa e le relative motivazioni e ogni altra informazione utile al fine delle politiche di formazione e di attivazione del lavoratore (articolo 10, comma 4, decreto interministeriale 19 maggio 2009).

Tale banca dati costituisce indubbiamente uno strumento indispensabile per tutti gli operatori del mercato del lavoro, in particolare, nella gestione e nell'indirizzo delle politiche attive per il lavoro. Potendo conoscere quali sono i percettori di prestazioni previdenziali in sostituzione del reddito, gli operatori del mercato possono rivolgere principalmente ad essi i loro interventi, offrendo attività formative e opportunità di lavoro, favorendone quindi il reinserimento nel mercato del lavoro e l'uscita dal sistema previdenziale.

Nella prospettiva di incentivare e sostenere con ulteriori strumenti il reinserimento nel mercato del lavoro dei beneficiari di prestazioni, accanto alla banca dati percettori, la Legge Finanziaria per il 2010 (legge 23 dicembre 2009, n. 191) ⁽¹⁰⁾ ha previsto che l'Inps comunichi al Ministero del lavoro i dati relativi ai percettori di prestazioni sociali per la loro pubblicazione nella borsa continua nazionale del lavoro ⁽¹¹⁾. Con tale disposizione, l'accesso a questi dati non è più limitata ai soli operatori del mercato del lavoro, ammessi alla banca dati percettori, ma li rende disponibili a tutti i datori di lavoro.

⁽⁸⁾ In www.adapt.it, indice A-Z, voce *Welfare*.

⁽⁹⁾ Accessibile dalla *home page* del sito dell'Istituto, www.inps.it

⁽¹⁰⁾ Un quadro sintetico sulle novità in materia di ammortizzatori introdotte dalla Legge Finanziaria per il 2010 è offerto da M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, J. TSCHÖLL, *Gli ammortizzatori sociali nel pacchetto lavoro*, in *Gli Speciali di Guida al Lavoro*, 2010, n. 2.

⁽¹¹⁾ Lett. a, comma 141, art. 2, l. n. 191/2009, che ha introdotto il comma 4-bis dell'art. 19, d.l. n. 185/2008.

In particolare, la pubblicazione nella borsa lavoro dei dati riguardanti i beneficiari di prestazioni per i quali la normativa vigente prevede incentivi all'assunzione dovrebbe concretamente e facilmente consentire a tutti i potenziali datori di lavoro di verificare se tra questi percettori ci sono figure professionali che soddisfano i loro fabbisogni di personale, facilitandone in questo modo l'assunzione e determinando vantaggi per tutto il sistema.

Contemporaneamente la pubblicazione di questi dati nella borsa lavoro dovrebbe, inoltre, favorire il controllo della effettiva disponibilità dei percettori a percorsi di formazione o a un lavoro congruo. Infatti, in questo modo, si consente a tutti i potenziali soggetti obbligati (responsabili della attività formativa, delle agenzie per il lavoro ovvero datori di lavoro) di verificare se i lavoratori a cui viene offerto un lavoro o un percorso formativo sono anche percettori di un beneficio e, nel caso di rifiuto, comunicare tempestivamente all'Inps, per il tramite dei servizi competenti, i nominativi dei soggetti che devono considerarsi decaduti dai trattamenti, in quanto hanno appunto rifiutato un lavoro congruo o un percorso formativo.

5. Le criticità del sistema di *welfare to work*.

L'introduzione della DID *ex* decreto legge n. 185/2008 ha determinato indubbiamente un cambio di prospettiva e un vincolo più stringente tra la dichiarazione di impegno del lavoratore ad accettare un nuovo lavoro o un percorso di riqualificazione e l'accesso alle misure di sostegno del reddito. Essendo infatti l'Inps destinataria della nuova dichiarazione, essa ha certamente un controllo immediato e certo rispetto all'assunzione dell'obbligo da parte del lavoratore in fase di accesso ai benefici.

Permane tuttavia la criticità legata alla effettività della condizionalità e del rispetto dell'obbligo assunto dal percettore.

L'Inps, infatti, non può esercitare un controllo diretto su tale aspetto, in quanto non ha la competenza del reinserimento del beneficiario nel mercato, né la possibilità di individuare e offrire un percorso di riqualificazione o un lavoro congruo. Queste sono, come noto, attività che rientrano nell'ambito di operatività dei servizi per l'impiego.

È allora evidente, per un verso, come siano indispensabili per un efficiente sistema di *welfare to work* servizi per l'impiego che riescano ad offrire (se possibile in modo tempestivo) attività formative o opportunità di lavoro. Per altro verso, altrettanto evidente è la funzione fonda-

mentale che assumono, in questa prospettiva, strumenti come la banca dati percettori e la nuova borsa nazionale del lavoro con i dati dei percettori nel supportare e facilitare l'azione dei servizi per l'impiego.

In altre parole, un efficiente sistema di *welfare to work* si basa sull'effettività della condizionalità, che a sua volta necessita di efficienza dei servizi per l'impiego nell'offrire lavori congrui o percorsi di reinserimento e di riqualificazione, di un sistema della formazione professionale adeguato, nonché di effettività delle sanzioni in caso di mancata disponibilità. Tutti questi segmenti sono complementari alle misure di sostegno al reddito, ma anche fondamentali per il sistema. Infatti, solo attraverso una formazione professionale che conosca le esigenze delle imprese si garantisce l'occupabilità dei lavoratori e, conseguentemente, il supporto al loro reinserimento e alla loro occupazione. Solo attraverso servizi per l'impiego efficienti è possibile orientare e accompagnare i lavoratori disoccupati e in particolare offrire tempestive e concrete possibilità di occupazione.

Il buon funzionamento di questi diversi sistemi e la capacità di interagire tra loro ha un rilevanza anche sulle risorse pubbliche. Infatti, la condizionalità tra politiche passive e politiche attive con l'obiettivo dell'attivazione dei beneficiari delle prestazioni per un veloce reinserimento nel mercato del lavoro e l'uscita dal sistema previdenziale ha come obiettivo ultimo e non secondario quello del contenimento e del controllo della spesa pubblica ⁽¹²⁾.

Nell'ottica di una possibile riforma degli ammortizzatori sociali ⁽¹³⁾, occorre perciò avere presente come non sia sufficiente una modifica delle misure di sostegno del reddito (*welfare...*), ma sia necessario garantire il funzionamento e l'efficienza del sistema di reinserimento al lavoro (*...to work*), costituito sia dai servizi per l'impiego sia dalla formazione professionale.

La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori – Riassunto. *Il d.l. n. 185/2008 ha introdotto nel nostro ordinamento la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro o un percorso di riqualificazione professionale che deve essere rilasciata da ogni lavoratore avente diritto a un qualsiasi trattamento*

⁽¹²⁾ Con riferimento alla filosofia ispiratrice dei nuovi sistemi di welfare, impegnati nel tentativo di favorire un veloce reinserimento dei lavoratori nel mercato, cfr. S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2008, 11-12 e 110 ss.

⁽¹³⁾ Sul punto si veda M. TIRABOSCHI, *L'evoluzione della normativa sugli ammortizzatori sociali tra emergenza e ricerca di una logica di sistema*, in *q. Fascicolo*.

di sostegno o sostituzione del reddito. Tale dichiarazione rappresenta una nuova forma di condizionalità rispetto alla preesistente dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 181/2000, a cui è subordinata soltanto l'acquisizione dello stato di disoccupazione. Dopo avere confrontato le due tipologie di dichiarazione di immediata disponibilità, con particolare riferimento alle diverse funzioni, l'A. riflette sulle potenzialità e le criticità del nuovo istituto rispetto all'obiettivo di subordinare il godimento dei trattamenti di sostegno al reddito alla effettiva attivazione del lavoratore e alla sua disponibilità a un rientro nel mercato o a un percorso di riqualificazione, anche in funzione di un efficiente sistema di welfare to work.

The access to income support measures: potentials and issues resulting from the new requisites in view of the reform of the welfare system (Article in Italian) – Summary. *Pursuant to Legislative Decree No. 185/2008, unemployed workers who are entitled to income support are required to provide a statement showing their willingness to re-enter the labor market or to join training programs. This provision is an innovation compared to measures laid down in Article No. 2 of Legislative Decree No. 181/2000, which only required a statement certifying the worker's unemployment status. In presenting a comparison of those two provisions, with a focus on their functional objectives, the paper considers the potential of the new clause as an instrument to grant the workers income support measures, provided that they are willing to re-enter the labor market or to attend training programs, by virtue of which an effective welfare-to-work (or workfare) system is implemented.*

Trasferimento di azienda e problemi occupazionali

Pietro Lambertucci

Sommario: 1. Piano dell'indagine. – 2. L'identificazione della fattispecie: la *nozione* di trasferimento d'azienda. – 3. Le garanzie collettive nel trasferimento d'azienda. – 4. Il trasferimento dell'azienda in *crisi* e la flessibilizzazione del rapporto di lavoro: il *confronto* con la giurisprudenza comunitaria. – 5. *Segue:* le ipotesi derogatorie individuate dalla direttiva. – 6. *Segue:* l'articolo 19-*quater* della legge 20 novembre 2009, n. 166: l'"adeguamento" del diritto interno? – 7. *Segue:* problemi interpretativi ed applicativi della disciplina del 1990. – 8. Trasferimento d'azienda e frode alla legge negli orientamenti della più recente giurisprudenza. – 9. Rilievi conclusivi.

1. Piano dell'indagine.

Un'indagine sull'*impatto* del trasferimento di azienda sull'occupazione può essere svolta su diversi piani. Come è evidente, un ruolo centrale riveste il profilo dell'agevolazione al trasferimento dell'azienda in *crisi* attraverso le misure – predisposte dal legislatore nel quadro della possibile tutela dei livelli occupazionali – di allentamento delle *garanzie individuali* dei lavoratori, al fine, appunto, di favorirne la commerciabilità. In tale contesto lo snodo essenziale è costituito dalla stessa identificazione della *crisi* dell'azienda, alla luce dell'inevitabile *confronto* con il diritto comunitario sul quale è intervenuto da ultimo lo stesso legislatore (articolo 19-*quater*, decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166), senza trascurare la necessità di precisare i "confini" della disapplicazione delle garanzie individuali ed i correlativi problemi interpretativi ed applicativi della disciplina del 1990 (articolo 47, comma 5, legge 29 dicembre 1990, n. 428).

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi dell'Aquila.*

Un secondo risvolto – che riveste ora una sempre più marcata attualità e che, pertanto, sarà esaminato per primo – riguarda l'utilizzo della fattispecie del trasferimento d'azienda nel quadro dei processi di esternalizzazione delle funzioni ed attività dell'impresa; tale profilo appare particolarmente delicato, in quanto il fenomeno potrebbe essere apprezzato come una possibile *modalità* anche per la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Allora bisogna interrogarsi sui “confini” della *nozione* di trasferimento d'azienda, per identificare, da un lato (e con riguardo al complesso contenzioso sviluppatosi in materia), la stessa *nozione* di *ramo* d'azienda e, dall'altro, gli strumenti giuridici idonei a realizzare la fattispecie traslativa. Tale ricognizione sarà collocata, appunto, per ragioni sistematiche, all'inizio della nostra indagine e, subito dopo, non a caso, sarà dedicato un apposito approfondimento alle garanzie collettive, in quanto un ruolo significativo potrà essere svolto dal sindacato proprio con riferimento ai divisati processi di esternalizzazione, nei quali un'efficace tutela contrattuale potrà *recuperare* le inevitabili difficoltà (e resistenze) che accompagnano i processi medesimi.

Infine, un profilo – che recentemente, e non senza giustificazione, è giunto alla ribalta della giurisprudenza – attiene all'utilizzo dello strumento della frode alla legge, per verificare se il negozio traslativo dell'azienda non sia diretto ad eludere l'applicazione di norme inderogabili a protezione del lavoratore.

2. L'identificazione della fattispecie: la *nozione* di trasferimento d'azienda.

Il problema preliminare è quello dell'identificazione della *nozione* di trasferimento d'azienda, che è stata al centro di un complesso itinerario di confronto tra diritto interno e diritto comunitario ⁽¹⁾ e di un intenso

⁽¹⁾ Per le ricostruzioni più recenti si vedano G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 1 ss.; A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004, 1 ss.; A. PIZZOFRERATO, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2007, tomo II, 597 ss.; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2008, L. 163 ss.; L. SPAGNUOLO VIGORITA, A. RAFFI, *Trasferimento d'azienda*, di prossima pubblicazione in N. IRTI (a cura di), *Dizionario di diritto privato*, Giuffrè, Milano.

dibattito, anche giurisprudenziale ⁽²⁾, che comunque ora è approdato ad alcuni punti fermi, sotto il profilo sia del *titolo* del trasferimento che dell'identificazione dell'*oggetto* della fattispecie traslativa.

Sotto il primo profilo – sul quale, peraltro, si è ormai assestata un'opinione generalmente condivisa – dall'originaria impostazione del codice civile del 1942, che identificava, all'interno del trasferimento *volontario* d'azienda, il negozio traslativo *tipico* della vendita (alla quale venivano equiparati l'usufrutto e l'affitto di azienda), attraverso l'intervento della giurisprudenza – poi recepito dal legislatore nella nuova formulazione dell'articolo 2112, comma 5, del codice civile (si veda, da ultimo, l'articolo 32 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276) – ora il “titolo” del trasferimento ricomprende non solo, nell'ambito dei trasferimenti *volontari*, ogni tipologia negoziale, mediante un'interpretazione estensiva alla cui stregua non è necessario un legame contrattuale *diretto* tra l'imprenditore uscente e quello subentrante nella gestione ⁽³⁾, ma anche i trasferimenti *coattivi* (derivanti da provvedimenti del legislatore, dell'autorità giudiziaria ovvero dell'autorità amministrativa) ⁽⁴⁾.

Inoltre – sulla scorta delle indicazioni comunitarie – al trasferimento d'azienda sono state equiparate la fusione e la scissione societaria ⁽⁵⁾, mentre viene esclusa la riconducibilità della cessione del pacchetto azionario di una società, sul presupposto dell'*invarianza* della soggettività giuridica delle società coinvolte nell'operazione (di rilievo esclusivamente economico) ⁽⁶⁾ e, allo stesso modo – attesa la *sostanziale iden-*

⁽²⁾ Per un recente “riepilogo” si veda A. LEPORE, Sub art. 2112 c.c., in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009, 544 ss., e dello stesso A., *Il trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, 1267 ss.; cfr. anche M. LA TERZA, Sub art. 2112 c.c., in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2009, vol. I, 1102 ss.

⁽³⁾ Cfr. Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1356.

⁽⁴⁾ Si veda, per la fattispecie della requisizione d'azienda, da ultimo, Cass. 22 ottobre 2007, n. 22067, in *FI*, 2008, I, c. 540; cfr. anche Cass. 8 ottobre 2007, n. 21023, in *RFI*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1293.

⁽⁵⁾ Per il lungo percorso interpretativo che ha condotto alla riconducibilità dei fenomeni societari all'interno della fattispecie ci permettiamo di rinviare a P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Giappichelli, Torino, 1999, 83 ss.

⁽⁶⁾ Si veda, per i riferimenti giurisprudenziali, A. LEPORE, Sub art. 2112 c.c., cit., 547; *contra*, in dottrina, S. NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, ESI, Napoli, 1999, 177 ss.

tità del soggetto imprenditore del quale muta esclusivamente la forma giuridica – la trasformazione societaria. Diverso discorso attiene alle ipotesi nelle quali il legislatore è espressamente intervenuto, a volte dettando discipline specifiche ovvero facendo espresso richiamo alla normativa sul trasferimento d'azienda, in presenza di quei complessi processi di privatizzazione che hanno condotto al mutamento della natura giuridica del datore di lavoro (da ente pubblico ad ente pubblico economico ovvero a società per azioni) ⁽⁷⁾. Sul punto si può conclusivamente affermare che *ora* assistiamo ad un'*applicazione funzionale* della disciplina del trasferimento d'azienda anche ad ipotesi individuate dalla legge che, spesso, non realizzano una vicenda traslativa ⁽⁸⁾.

Profili di maggiore complessità presenta, viceversa, l'indagine sull'*oggetto* del trasferimento, in relazione alle tensioni manifestatesi tra il diritto interno, contrassegnato dall'impostazione del codice del 1942 che lo identificava, alla stregua dell'articolo 2555 del codice civile, come un complesso di *beni* e il diritto comunitario, il quale, attraverso una progressiva *dematerializzazione* della nozione di impresa, operata dalla giurisprudenza comunitaria, individua l'oggetto della cessione in un'entità economica che conserva, nel trasferimento, la propria identità, intesa come complesso di *mezzi* organizzati (da intendersi come complesso di elementi, patrimoniali e non patrimoniali, nonché di rapporti di lavoro) al fine di svolgere un'attività economica, essenziale o accessoria (si veda articolo 1, paragrafo 1, lettera *b*, della direttiva 12 marzo 2001, n. 23).

Ora il nostro legislatore, sulla scorta della normativa comunitaria, identifica il trasferimento di azienda nel mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata (articolo 2112, comma 5, introdotto dal decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, e poi sostituito dall'articolo 32, decreto legislativo n. 276 del 2003); alla stregua della migliore dottrina l'oggetto del trasferimento riguarda l'impresa come organizzazione ed attività ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Per una sintesi del quadro normativo ci permettiamo di rinviare a P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 135 ss.

⁽⁸⁾ Un'ipotesi, sul punto "paradigmatica", è costituita dal trasferimento di attività nel pubblico impiego (ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) (per un riepilogo della questione si veda, da ultimo, M. LA TERZA, *op. cit.*, 1112 ss.).

⁽⁹⁾ Si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 19, tesi ribadita dall'A. in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, in *DLRI*, 2006, n. 4, 688 ss. e 692, il quale, a tale stregua, precisa che «[...] non sembra ammissibile, almeno in via normale, trasferire solo rapporti di lavoro, ma è necessario che l'oggetto del trasferimento sia costituito da beni e rapporti di lavoro, funzionalmente collegati

Pertanto, se il trasferimento non può essere considerato *solo* la cessione del complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio della impresa, è altrettanto vero – come, d'altronde, puntualizza la giurisprudenza – che è necessario che si verifichi, *comunque*, un *passaggio* – sia pure *minimo* – di beni ⁽¹⁰⁾, per cui la fattispecie non può realizzarsi laddove ci troviamo in presenza di un *mero* trasferimento di attività (o di servizi) ⁽¹¹⁾.

A questo punto il dibattito non poteva che polarizzarsi sui processi di esternalizzazione ⁽¹²⁾, con riguardo, in particolare, alla cessione di *parte* di azienda, laddove si scontrano due opposte “letture” dei divisati fenomeni. Per alcuni commentatori, infatti, l'esigenza economico-gestionale dell'impresa di concentrarsi su determinate attività e funzioni, operando una *dismissione* di altre, affidate ad un terzo imprenditore, consente, attraverso lo strumento tecnico-giuridico del trasferimento d'azienda, di *conservare* l'occupazione dei lavoratori addetti al ramo (d'azienda) ceduto, mentre, secondo altro indirizzo argomentativo, viceversa, *autorizza* l'impresa ad *espellere*, in modo indolore, lavoratori eccedenti (o sgraditi), senza *confrontarsi* con l'articolata procedura (sindacale e amministrativa) prevista dalla legge per la riduzione del personale.

Il contenzioso – particolarmente nutrito (che ha visto divaricarsi la giurisprudenza sul punto della stessa *identificazione* del ramo d'azienda – alla luce dell'evoluzione del diritto comunitario ⁽¹³⁾ – ed è approdato davanti alla Corte di legittimità ⁽¹⁴⁾) – trova ora le sue coordinate legi-

allo svolgimento di una fase dell'attività del cessionario o anche a una attività accessoria o strumentale rispetto all'impresa dell'acquirente».

⁽¹⁰⁾ Cfr., per la necessità di una cessione di beni «di non trascurabile entità», Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215, cit.

⁽¹¹⁾ Sostiene quest'ultima tesi, viceversa, A. MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, n. 2, 587 ss. 595; si veda, in giurisprudenza, App. Torino 4 novembre 2008, in *RGL*, 2009, II, 423, con nota di M.D. FERRARA, *La conservazione dell'identità aziendale nel trasferimento d'azienda*.

⁽¹²⁾ Per un inquadramento sistematico di carattere generale si veda, per tutti, G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, Jovene, Napoli, 2004; cfr. anche R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, e già F. SCARPELLI, “*Esternalizzazioni” e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *q. Rivista*, 1999, 351 ss.

⁽¹³⁾ Per un efficace “riepilogo” di tale dibattito si veda sempre, da ultimo, A. LEPORÉ, *Sub art. 2112 c.c.*, cit., 547 ss.

⁽¹⁴⁾ Per la messa a punto della distinzione tra trasferimento di ramo d'azienda (come entità dotata di autonomia ed unitaria organizzazione prima del trasferimento) e la c.d. esternalizzazione dei servizi (laddove, in quest'ultima ipotesi, si realizza la cessione

slative nell'ultimo periodo del quinto comma dell'articolo 2112 del codice civile, il quale identifica il trasferimento di *parte* dell'azienda nell'*articolazione funzionalmente autonoma* di un'attività economica organizzata, che ora, dopo le modifiche apportate dall'articolo 32 del decreto legislativo n. 276 del 2003, può essere *identificata come tale* dal cedente e dal cessionario *al momento* del suo trasferimento (essendo stato abrogato il requisito della *preesistenza* al trasferimento introdotto dal decreto legislativo n. 18 del 2001).

Pertanto, se per il trasferimento di parte (o ramo) d'azienda è sufficiente solo il requisito dell'autonomia funzionale, ma non più il requisito della preesistenza, ciò consentirebbe, secondo una prima "lettura" della norma legale, all'imprenditore di poter identificare il ramo al momento della cessione, ramo che, alla luce anche di quanto emerso nel diritto comunitario, può essere costituito da un nucleo (minimo) di elementi patrimoniali e (con riguardo, soprattutto, alle attività di servizi) da un rilevante apporto di elementi personali (*rectius* i rapporti di lavoro). Alla luce di quest'ultima opinione, pertanto, la cessione potrà riguardare anche attività eterogenee che, prima della cessione, non presentavano alcun collegamento, le quali vengono *accorpate* all'atto della cessione, per rinvenire un'inedita unitarietà ed autonomia *solo* nella organizzazione del cessionario⁽¹⁵⁾, anche se, come è stato acutamente sottolineato, l'*articolazione*, per essere *funzionalmente autonoma* al momento del trasferimento, deve essere necessariamente *preesistente*⁽¹⁶⁾.

Si comprende allora (e si giustifica anche) che, in tale quadro interpretativo, si sperimentino tecniche di tutela nuove, come il tentativo di

dei contratti di lavoro con la necessità, per il suo perfezionamento, del consenso dei lavoratori ceduti) si veda Cass. 16 ottobre 2006, n. 22125, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1357, e Cass. 8 agosto 2007, n. 17434, 2007, *ivi*, n. 1295. Cfr., da ultimo, Cass. 23 aprile 2009, n. 9691, in *NGL*, 2009, 499.

⁽¹⁵⁾ Si veda, in questo senso, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *op. cit.*, 9 ss. e 34, e dello stesso A., *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal Codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004, 569 ss. e 576; R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina del trasferimento di azienda*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 579 ss. 582. *Contra*, per tutti, per l'illegittimità del trasferimento di attività eterogenee, si veda G. SANTORO PASSARELLI, in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, *cit.*, 694 (il quale precisa che le attività accorpate di regola nei c.d. servizi generali non identificano una funzione unica, omogenea, autonoma); cfr. anche M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, 177 ss. e 195 ss.

⁽¹⁶⁾ Avanza tale rilievo G. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*, 695.

configurare un *diritto di opposizione* al trasferimento, manifestato dai lavoratori addetti al ramo d'azienda ceduto⁽¹⁷⁾, che appare, comunque, di difficile enucleazione, alla luce del diritto positivo vigente, una volta che venga *identificata* la cessione di un ramo d'azienda⁽¹⁸⁾, salvo a considerare, sempre nel diritto positivo, la (ben più blanda) facoltà, in capo al lavoratore, di dimettersi, con gli effetti dell'articolo 2119 del codice civile (dimissioni per giusta causa) nel caso di sostanziale modifica delle condizioni di lavoro nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda⁽¹⁹⁾. Tutto ciò non esclude che, alla luce di un'attenta ricostruzione della finalità di salvaguardia dei diritti dei lavoratori, perseguita dalla disciplina comunitaria, gli Stati membri non possano introdurre una disciplina interna che, ai fini del trasferimento, assegni rilevanza al consenso (o dissenso) dei lavoratori, spezzando la *naturale* inerenza delle prestazioni lavorative al complesso aziendale ceduto⁽²⁰⁾. Peraltro, sotto un diverso versante, comincia ad affiorare in giurisprudenza, l'indagine sul comportamento (anche concludente) tenuto dai lavoratori, per verificare se, in concreto, vi fosse stata un'acquiescenza alla cessione (dei singoli contratti di lavoro) a prescindere da un'indagine sulla stessa configurabilità di un trasferimento di ramo d'azienda⁽²¹⁾.

(17) Si vedano F. SCARPELLI, *op. cit.*, 363 ss.; F. MAZZIOTTI, *Trasferimento di azienda e tutela dei lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 617 ss. e 622; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, n. 2, 473 ss. e 484 ss.; da ultimo, V. SPEZIALE, in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, cit., 697 ss. e 732 ss.; cfr. anche A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 91.

(18) Cfr., in giurisprudenza, Cass. 30 luglio 2004, n. 14670, in *DML*, 2005, n. 1, 305 – con nota critica di R. CASILLO, *Trasferimento di ramo d'azienda, diritto al dissenso e questione di legittimità costituzionale* – la quale puntualizza che le attività lavorative non sono dissociabili rispetto ai beni cui ineriscono, con una normale *inscindibilità* fra beni materiali ed attività lavorative che agli stessi ineriscono e, da ultimo, Cass. 23 aprile 2009, n. 9691, cit. Cfr., per tutti, S. MAINARDI, *“Azienda” e “ramo d'azienda”*: il trasferimento nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in *DLM*, 2003, 683 ss. e 701.

(19) Per rilievi critici al dettato normativo si veda, per tutti, A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 87 ss.

(20) Si veda, per tale puntualizzazione, M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 183.

(21) Cfr., sul punto, con riguardo alla lunga *inerzia* del lavoratore nell'*opporsi* alla cessione, alla regolare protrazione, nel tempo, dell'esecuzione della prestazione lavorativa a favore del cessionario, senza contestazioni o doglianze, ovvero al ritardo nell'impugnazione giudiziale della cessione, Trib. Venezia 8 agosto 2008, Trib. Milano 18 settembre 2008 e Trib. Roma 23 ottobre 2008, tutte in *RIDL*, 2009, II, 253, con

Sotto quest'ultimo profilo, comunque, alla luce dell'interpretazione richiamata si pone un delicato problema di compatibilità con lo stesso diritto comunitario ⁽²²⁾ che anche la giurisprudenza di merito non ha mancato prontamente di rilevare, in quanto, alla luce della direttiva comunitaria (che identifica l'oggetto della cessione in un'entità economica, come insieme di mezzi organizzati che conservi nel trasferimento la propria identità), la stessa giurisprudenza comunitaria correttamente precisa che il trasferimento deve avere ad oggetto un'entità economica organizzata in modo *stabile* ⁽²³⁾. Alla luce, peraltro, di più recenti indirizzi interpretativi della Corte, una diversa utilizzazione del ramo d'azienda nell'organizzazione del cessionario non è di ostacolo all'applicazione della direttiva, purché venga mantenuto il nesso funzionale tra i diversi fattori di produzione trasferiti ⁽²⁴⁾.

Anche se sul primo passaggio cruciale si rileva la *distanza* del dettato normativo interno ⁽²⁵⁾, è possibile, a nostro avviso, avanzare anche una diversa interpretazione dello stesso, che ne recuperi una possibile conformità con il diritto comunitario.

nota di I. ALVINO, *Sul consenso del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro per comportamento concludente*.

⁽²²⁾ In tale prospettiva, infatti, si pone un diffuso orientamento della dottrina (si vedano G. SANTORO PASSARELLI, in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, cit., 697; V. SPEZIALE, *op. cit.*, 719; cfr. anche A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 27; M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 198).

⁽²³⁾ Cfr., per tutte e riassuntivamente, C. Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, in *DL*, 1999, II, 110, la quale puntualizza che, anche in mancanza di elementi patrimoniali, materiali ed immateriali, significativi in ragione del settore economico preso in esame, *in ogni caso*, l'entità economica deve essere adeguatamente *strutturata ed autonoma*; si vedano, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano 29 febbraio 2008 e Trib. Roma 9 marzo 2008, in *RGL*, 2008, II, 673, con nota adesiva di A. RAFFI, *La preesistenza è requisito necessario del ramo d'azienda per legittimarne il trasferimento*; *contra* App. Roma 27 marzo 2009, in *NGL*, 2009, 227.

⁽²⁴⁾ Si veda C. Giust. 12 febbraio 2009, causa C- 466/07, in *RIDL*, 2010, II, 212, con nota di C. CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento della stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*.

⁽²⁵⁾ Sottolineano, in particolare, tale passaggio A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 54; A. ORLANDINI, in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, cit., 668 ss. e 673; R. COSIO, *La cessione del ramo d'azienda dopo il d. lgs. 276/03: prospettive di riforma*, in *FI*, 2007, I, c. 109 ss.

La norma interna richiede, infatti, per la realizzazione del trasferimento, il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conservi nel trasferimento la propria identità; tale dettato normativo costituisce la trasposizione, nel diritto interno, della disciplina comunitaria, nella quale il trasferimento si individua nella cessione di un'entità economica, intesa come insieme di mezzi organizzati, al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria (articolo 1, paragrafo 1, lettera *b*, della direttiva n. 23 del 2001).

Da questo assetto normativo devono essere governati i processi di esternalizzazione di attività *accessorie*, atteso che l'attività economica – come ben evidenzia il diritto comunitario – può anche essere *accessoria* (ancorché integrativa e/o complementare) rispetto a quella attinente al *core business* dell'impresa (si pensi, ad esempio, ai servizi generali di posta o centralino, ai servizi di pulizia o di mensa, ecc.). Si comprende, allora, perché la norma richieda, per l'attività *accessoria*, la preesistenza al trasferimento, locuzione del tutto incomprensibile, viceversa, laddove si intenda riferire il predetto disposto normativo esclusivamente alla cessione dell'*intera* azienda.

Alla luce di tale interpretazione – che intendiamo riproporre ⁽²⁶⁾ – si comprende come l'ultimo inciso contenuto nel quinto comma venga ad interessare la diversa fattispecie del trasferimento di una *parte* dell'azienda, inerente all'esternalizzazione delle attività che rientrano nel *ciclo produttivo* della medesima, rispetto alle quali dovrà individuarsi un'*autonomia funzionale* della parte ceduta, ma non sarà ovviamente proponibile ricercarne una *preesistenza*, nel ciclo produttivo, di quella “porzione” che, prima del trasferimento, si rilevava indubbiamente connessa al restante ciclo produttivo dell'impresa.

Secondo una diversa lettura del controverso disposto normativo – del tutto coincidente, nelle conclusioni, con quella qui avanzata – l'autonomia funzionale del ramo deve reputarsi ancora preesistente al trasferimento, vuoi perché, se la fattispecie del trasferimento determina l'applicazione di una disciplina inderogabile a tutela del lavoratore, si snaturerebbe l'inderogabilità della norma medesima (demandando alle parti stipulanti la libera determinazione della stessa fattispecie), vuoi perché il dato positivo non è univoco, laddove l'articolazione funzio-

⁽²⁶⁾ Ci permettiamo di rinviare a P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'articolo 2112, comma 5, del Codice civile*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 464 ss.

nalmente autonoma è *individuata come tale* e non “creata” in modo arbitrario dalle stesse parti ⁽²⁷⁾.

Ad ogni modo, sia nel caso di trasferimento di attività accessorie nonché di “disintegrazione” del ciclo produttivo, possono verificarsi forme di utilizzo *indiretto* dei processi di esternalizzazione, effettuati mediante lo strumento del trasferimento del ramo d’azienda, per avviare piani di espulsione di dipendenti eccedenti o (peggio) sgraditi, attraverso un’accorta politica (gestionale) di trasferimenti interni ⁽²⁸⁾. Per contrastare tali fenomeni occorre favorire un rigoroso controllo giudiziario sull’eventuale frode alla legge (*ex* articolo 1344 del codice civile) ⁽²⁹⁾. Peraltro, oggi, tale prospettiva viene rilanciata, sul piano generale ⁽³⁰⁾, dai più recenti interventi della giurisprudenza (anche di legittimità), con riguardo all’utilizzo della cessione per eludere tutele garantite ai lavoratori, problematica della quale si tratterà nelle note finali ⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ Si veda, per tale opinione, M.T. CARINCI, *op. cit.*, 179; cfr. anche M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 198; C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d’azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 185 ss. e 215. Cfr., anche per un efficace “riepilogo” del dibattito intervenuto sul punto, A. RICCOBONO, *Subordinazione, appalto, trasferimento d’azienda: continuità e discontinuità sulla qualificazione della fattispecie nel diritto del lavoro*, in *DML*, 2007, n. 1, 139 ss. e 160, il quale conclude che «[...] i margini di autonomia riservati alle parti, alle quali la legge consente di identificare il ramo aziendale fino al momento del trasferimento, si risolvono nella sola possibilità di dimensionare la consistenza di un’articolazione che già esiste nell’organizzazione del cedente e che possa esprimere la propria autonomia funzionale mantenendo la propria identità presso il cessionario» (166).

⁽²⁸⁾ Come avverte la giurisprudenza di legittimità è preclusa l’esternalizzazione come «forma incontrollata di espulsione di frazioni, non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell’imprenditore» (Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1367). Cfr. A. RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, cit., 28; e A. ORLANDINI, in *Opinioni sul trasferimento di azienda*, cit., 679 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr., sul punto, per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., 35 ss.; da ultimo M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 201.

⁽³⁰⁾ Cfr. già A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., 487 ss.

⁽³¹⁾ Si veda, *infra*, § 8.

3. Le garanzie collettive nel trasferimento d'azienda.

Per quanto attiene alle tutele connesse alla fattispecie una prima area – valorizzata, in particolare, dal diritto comunitario – riguarda quella delle garanzie collettive.

L'articolo 47, commi 1 e 2, della legge n. 428 del 1990 predispone, infatti, un articolato meccanismo di informazione e confronto sindacale – che si applica anche nell'ipotesi del trasferimento dell'azienda in crisi⁽³²⁾ – il quale impone al cedente e cessionario di informare le rispettive organizzazioni sindacali (rsu ovvero rappresentanze sindacali aziendali e, in mancanza del sindacato *interno*, il sindacato di categoria comparativamente più rappresentativo) in merito ad una serie dettagliata di elementi (data del trasferimento; motivi del programmato trasferimento; conseguenze giuridiche, economiche e sociali del medesimo per i lavoratori; eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi).

Il livello di *dettaglio* dell'informazione da rendere al sindacato – alla cui stregua, pertanto, deve essere fornito un panorama preciso delle *ricadute* del trasferimento sul piano della disciplina dei rapporti di lavoro⁽³³⁾ – si deve *ora* conciliare con il termine (di venticinque giorni) per l'assolvimento dei prescritti obblighi informativi. Infatti, dopo le modifiche apportate, sul punto, dal decreto legislativo n. 18 del 2001, il predetto termine deve computarsi, a ritroso, prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento ovvero sia stata raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente (ad esempio, un contratto preliminare), con la concreta conseguenza di “spingere” per una consultazione sindacale quasi *parallela* alla negoziazione delle parti in ordine all'operazione di cessione⁽³⁴⁾.

La novella del 2001 non pone soltanto problemi, in relazione alla decorrenza del termine dei venticinque giorni, con riguardo alla ricondu-

⁽³²⁾ Per l'applicazione delle garanzie collettive nel caso di procedure concorsuali, con le sue specifiche *peculiarità*, si veda A.M. PERRINO, *Il trasferimento d'azienda dell'impresa fallita*, in *DML*, 2005, n. 1, 97 ss. e 99 ss.; cfr. anche A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, Cedam, Padova, 2004, 95 ss.

⁽³³⁾ Peraltro, in giurisprudenza, è stata sostenuta l'efficacia *sanante* della consultazione sindacale in casi di comunicazioni generiche in fase di informazione al sindacato (si veda Trib. Arezzo 11 febbraio 2008, in *RIDL*, 2009, II, 200, con nota di R. GALLARDI, *Una lettura “sostanzialistica” dell'informazione nel trasferimento d'azienda*); si veda, nello stesso ordine di idee, Trib. Milano 20 maggio 2009, in *NGL*, 2009, 285.

⁽³⁴⁾ Per tale profilo ci permettiamo di rinviare a P. LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI, R. FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Ipsoa, Milano, 2002, 89 ss.

cibilità al trasferimento d'azienda dell'ipotesi di fusione societaria⁽³⁵⁾, ma, soprattutto, per quanto interessa in questa sede, con riguardo al trasferimento d'azienda sottoposta a procedure concorsuali, prontamente segnalate dagli interpreti⁽³⁶⁾.

La consultazione sindacale, che deve essere avviata, su richiesta del sindacato, entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione e concludersi nei successivi dieci giorni (articolo 47, comma 2), anche se ovviamente non *implica* il raggiungimento di un accordo (c.d. obbligo a contrarre), neppure può apprezzarsi come un processo di mero scambio di opinioni e valutazioni delle parti, laddove il diritto comunitario impegna le parti ad avviare la consultazione, al fine di ricercare un accordo, nel caso in cui si prevede di adottare misure nei confronti dei lavoratori (articolo 7, paragrafo 2, della direttiva n. 23 del 2001). Ne consegue che, perlomeno in tale ambito, può configurarsi, in capo alle parti e nei confronti della rappresentanza sindacale, un obbligo a trattare, secondo le regole di correttezza e buona fede.

Sulla violazione dei prescritti obblighi di informazione e consultazione si è vivacemente discusso in giurisprudenza, in relazione al disposto legale che applica l'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori (articolo 47, comma 3, della legge n. 428 del 1990).

L'orientamento prevalente, anche della giurisprudenza della Corte regolatrice, ritiene che il rispetto delle procedure sindacali non si configura come un presupposto di legittimità del negozio traslativo, in quanto le procedure hanno ad oggetto le *conseguenze* che derivano dal trasferimento⁽³⁷⁾, per cui l'applicazione della norma statutaria comporta, in primo luogo, la temporanea sospensione del trasferimento (e l'inopponibilità della cessione ai singoli lavoratori) sino all'espletamento delle procedure sindacali. Con riguardo, poi, alla rimozione degli effetti, l'intervento demolitorio del giudice, ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, investe i provvedimenti che il cedente e il cessionario hanno (eventualmente) adottato per la gestio-

⁽³⁵⁾ Sul punto, come viene pacificamente sostenuto tra gli interpreti, la comunicazione sindacale deve avvenire dopo la delibera assembleare di fusione (art. 2502-*bis* c.c.), ma venticinque giorni prima dell'atto di fusione (art. 2503 c.c.) (per i riferimenti si veda, per tutti, A. LEPORE, Sub *art. 2112 c.c.*, cit., 551).

⁽³⁶⁾ Si veda, sul punto, A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, in G. SANTORO PASSARELLI, R. FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., 133, e dello stesso A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit.

⁽³⁷⁾ Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, in *MGL*, 2000, 347, con nota di A. MARESCA, e in *FI*, 2001, I, c. 1260, con nota di R. COSIO; Cass. 6 giugno 2003, n. 9130, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1410.

ne dei rapporti di lavoro (atti, ad esempio, di trasferimento, di sospensione del rapporto, ecc.), che rientrano nelle *misure* da prendere nei confronti dei singoli lavoratori oggetto della necessaria (e preliminare) informazione e consultazione sindacale (articolo 47, comma 1, lettera d, legge n. 428 del 1990) ⁽³⁸⁾.

4. Il trasferimento dell'azienda in crisi e la flessibilizzazione del rapporto di lavoro: il confronto con la giurisprudenza comunitaria.

La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi si presenta come un blocco normativo *autonomo* rispetto al trasferimento dell'azienda *in bonis*, il cui effetto più rilevante consiste nell'allentamento delle garanzie individuali che normalmente presidiano la cessione dell'azienda e, in particolare, nella disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr., nella giurisprudenza di merito, Pret. Benevento 29 aprile 1999, in *GC*, 2001, I, 2047, con nota di M. MATRANDO.

⁽³⁹⁾ Sulla disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi la letteratura è sterminata. Si ricordano, tra i contributi più significativi e senza pretesa di completezza, R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1993, 209 ss.; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, F. Angeli, Milano, 1995, 115 ss., e dello stesso A., *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in G. SANTORO PASSARELLI, R. FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., 149 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, Padova, 1995; G. VILLANI, *Il trasferimento dell'azienda in crisi e nelle procedure concorsuali*, in M. MAGNANI (a cura di), *Commentario sistematico alle disposizioni in materia di trasferimento d'azienda*, in *NLCC*, 1992, n. 3, 663 ss.; A. MINERVINI, *Imprese cooperative e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1994, 46 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 65 ss.; S. NAPPI, *op. cit.*, 285 ss.; L. MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il dlgs 270/99*, in *RGL*, 2000, I, 209 ss.; A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, cit., 133 ss., e dello stesso A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., 73 ss.; A.M. PERRINO, *Il trasferimento d'azienda dell'impresa fallita*, cit., 97 ss.; G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *DLRI*, 2005, 593 ss.; P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 278 ss. Sui rapporti con altre discipline speciali si veda, in particolare, U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti di azienda. La dimensione individuale*, in *RIDL*, 1995, I, 41 ss. e 76.

Il primo problema riguarda l'identificazione dell'azienda *in crisi*, che l'articolo 47, comma 5, della legge n. 428 del 1990 individua nell'azienda destinataria dei provvedimenti di intervento della cassa integrazione guadagni per crisi aziendale ovvero in quella nei confronti della quale vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

Si tratta di ipotesi normativamente diverse, ma tutte riunificate dal legislatore, per il rilevante allarme, sul piano occupazionale, che solleva il dissesto dell'impresa⁽⁴⁰⁾, in presenza vuoi di un'eccedenza temporanea di personale ovvero delle particolari condizioni di difficoltà dell'impresa soggetta a procedure concorsuali.

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza comunitaria, la quale, nel silenzio serbato dall'originaria direttiva n. 187 del 1977, ha stabilito che rientrano nel campo di applicazione della direttiva i trasferimenti effettuati nell'ambito di imprese sottoposte a procedure concorsuali che perseguono finalità di salvaguardia del patrimonio del debitore e di prosecuzione dell'attività di impresa⁽⁴¹⁾. In tale contesto, al fine di decidere sull'applicabilità della direttiva, criterio determinante da seguire è quello dell'*obiettivo* perseguito dal procedimento di ammissione alla procedura fallimentare o ad analogo procedimento concorsuale, per cui la direttiva si applica allorché, nell'ambito delle leggi che disciplinano l'amministrazione straordinaria, è stato deciso il proseguimento dell'attività di impresa⁽⁴²⁾.

La stessa giurisprudenza comunitaria ha confermato successivamente il proprio orientamento, con riguardo, in particolare, all'ipotesi dell'impresa sottoposta al provvedimento di cassa integrazioni guadagni straordinaria, individuata dall'articolo 47, comma 5, della legge n. 428 del 1990, ritenuta, infatti, incompatibile con il diritto comunitario.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per tutti, R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 218; *contra* A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, cit., 136.

⁽⁴¹⁾ Si veda, in tal senso, C. Giust. 7 febbraio 1985, C-135/83, in *FI*, 1986, IV, c. 111, con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda, crisi dell'impresa, procedure concorsuali e "tutele" dei lavoratori nel diritto comunitario: brevissime note sullo stato di "conformazione" dell'ordinamento italiano*.

⁽⁴²⁾ Si veda, così, C. Giust. 25 luglio 1991, C-362/89, in *DL*, 1991, II, 329, con nota di R. FOGLIA, *Trasferimenti di aziende, procedure concorsuali "conservative" e diritto comunitario*.

A tale stregua, infatti, si sottolinea che lo stato di crisi aziendale è oggetto di un provvedimento, il quale, lungi dal tendere alla liquidazione dell'impresa, mira, al contrario, a favorirne la prosecuzione della attività, nella prospettiva della sua futura ripresa. Inoltre la Corte precisa che, in questo caso, contrariamente a quanto avviene nel fallimento, il procedimento di accertamento dello stato di crisi aziendale non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né sospensione dei pagamenti⁽⁴³⁾.

Pertanto, alla luce dell'orientamento interpretativo della Corte di giustizia, il criterio determinante da seguire è quello dell'*obiettivo* perseguito con il provvedimento di *crisi* dell'impresa, con un accertamento ulteriore relativo, altresì, alle modalità di svolgimento della procedura, se, cioè, la stessa implichi o meno la prosecuzione dell'impresa, come nel caso di prosecuzione dell'attività di impresa nel corso della liquidazione⁽⁴⁴⁾.

Se la disapplicazione delle garanzie individuali assicurate dalla direttiva è possibile *solo* in presenza di procedure liquidative, nelle quali non sia stato deliberato il proseguimento dell'attività⁽⁴⁵⁾, è chiaro che il nostro diritto nazionale, laddove inserisce, in funzione *derogatoria*, il procedimento di ammissione alla CIGS, appare nettamente in contrasto con il diritto comunitario⁽⁴⁶⁾. Si poteva, peraltro, sollevare il dubbio se la finalità della direttiva, di protezione degli interessi dei lavoratori⁽⁴⁷⁾, non consentisse di prevedere un "allentamento" delle garanzie individuali, assicurate dal diritto comunitario, in presenza di una crisi

⁽⁴³⁾ V., in tal senso, C. Giust. 7 dicembre 1995, C-472/93, in *MGL*, 1996, 225, con nota di R. ROMEI, *Brevi osservazioni sulla recente sentenza della Corte di giustizia in materia di trasferimento di un'azienda in crisi*; in *RIDL*, 1996, II, 261, con nota di P. LAMBERTUCCI, *La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi al vaglio della Corte di giustizia*; e in *DL*, 1996, II, 123, con nota di A. CAIAFA, *Trasferimento di azienda in crisi e normativa comunitaria*.

⁽⁴⁴⁾ Si vedano, con riguardo alla liquidazione volontaria, C. Giust. 12 novembre 1998, C-399/96, in *DL*, 1999, II, 106, e, con riguardo alla liquidazione giudiziale, C. Giust. 12 marzo 1998, C-319/94, *ivi*, 115.

⁽⁴⁵⁾ Per un'efficace sintesi, sul punto, si veda, da ultimo, M.T. CARINCI, *op. cit.*, 204.

⁽⁴⁶⁾ Peraltro, come aveva puntualizzato la giurisprudenza di legittimità, la non conformità alla disciplina comunitaria non precludeva l'applicazione della normativa interna, non avendo la prima efficacia diretta nei rapporti tra privati (Cass. 21 marzo 2001, n. 4073, in *RIDL*, 2002, II, 114, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento di azienda in crisi tra diritto interno e diritto comunitario*).

⁽⁴⁷⁾ Si veda, in tal senso, M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 181, i quali precisano che ad essa è estraneo il diverso profilo della tutela di interessi di cedente e/o cessionario.

dell'impresa idonea a mettere a rischio il mantenimento dell'occupazione.

5. *Segue: le ipotesi derogatorie individuate dalla direttiva.*

In tale contesto (e nella logica di introdurre elementi di flessibilità all'interno dell'orientamento sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria) la successiva direttiva n. 50 del 1998 ha individuato tre ipotesi, riconnettendovi conseguenze diverse in ordine al mantenimento delle garanzie individuali a) impresa sottoposta a procedura fallimentare o a procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente; b) procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (curatore fallimentare); c) situazione di grave crisi economica (del cedente) definita da un'autorità pubblica competente ed aperta al controllo giudiziario⁽⁴⁸⁾.

Nell'ipotesi *sub a)* si consente espressamente la *disapplicazione* delle garanzie individuali (articolo 5, paragrafo 1, della direttiva), che, peraltro, costituisce il coerente *epilogo* dell'orientamento, più volte ribadito, della giurisprudenza comunitaria. Sotto tale profilo può registrarsi la piena conformità del nostro diritto interno, laddove l'articolo 47, comma 5, della legge n. 428 del 1990 individua la disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile in riferimento al fallimento e ad altre nominate procedure concorsuali «nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata».

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub b)* il legislatore comunitario *presuppone* l'applicazione, in linea generale, delle garanzie individuali assicurate dalla direttiva comunitaria (articoli 3 e 4), ma, in presenza di una procedura di insolvenza (che può risolversi anche nella continuazione dell'attività di impresa⁽⁴⁹⁾), posta sotto il controllo di un'autorità pubblica competente, consente agli Stati membri: 1) di non trasferire al cessionario gli obblighi del cedente previsti dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva purché sia assicurata una tutela equivalente a quella assicurata dalla direttiva comunitaria di protezione dei diritti dei lavoratori

⁽⁴⁸⁾ Per una disamina delle diverse ipotesi e un'attenta analisi dei complessi problemi interpretativi che queste ultime sollevano, si veda, per tutti, L. MENGHINI, *op. cit.*, 216 ss.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., sul punto, sempre L. MENGHINI, *op. cit.*, 222.

in caso di insolvenza del datore di lavoro (articolo 5, paragrafo 2, lettera *a*, della direttiva); 2) di prevedere che accordi sindacali tra cedente o cessionario e rappresentanze dei lavoratori possano stabilire «modifiche alle condizioni di lavoro» di questi ultimi, intese a salvaguardare le opportunità occupazionali, garantendo la sopravvivenza dell'impresa (articolo 5, paragrafo 2, lettera *b*).

Tale ultima disposizione può essere invocata dallo Stato membro anche nell'ipotesi in cui sia dichiarata, da un'autorità pubblica, una grave crisi economica (relativa al cedente) aperta al controllo giudiziario (articolo 5, paragrafo 3).

Preme sottolineare, in apertura, che le pur significative innovazioni contenute nella direttiva comunitaria non appaiono di agevole lettura; tuttavia si pone il problema se, a seguito di queste ultime, possa *modificarsi* il giudizio di incompatibilità, con il diritto comunitario, dell'articolo 47, comma 5, legge n. 428 del 1990, con riguardo all'impresa destinataria del provvedimento di ammissione alla cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale.

Peraltro, il legislatore interno, nel momento in cui ha posto mano, con il decreto legislativo n. 18 del 2001, alla normativa di *trasposizione* del diritto comunitario, non ha inteso intervenire sul punto, scontando che ormai fosse intervenuta – sulla scorta, peraltro, di un diffuso orientamento degli interpreti – una sanatoria *ex post* della stessa normativa nazionale⁽⁵⁰⁾. Viceversa la situazione è stata ora riaperta dalla stessa giurisprudenza comunitaria, la quale ha condannato il nostro Paese proprio in relazione alla permanenza della disposizione derogatoria relativa all'impresa destinataria del provvedimento di ammissione alla CIGS per crisi aziendale⁽⁵¹⁾.

Procedendo, comunque, in ordine, occorre interrogarsi, in primo luogo, se l'ipotesi individuata dal nostro diritto interno (provvedimento di ammissione alla CIGS) possa rientrare, sul piano tecnico-giuridico, nell'ambito della *procedura di insolvenza*, aperta nei confronti del datore di lavoro (cedente) *inadempiente* e posta sotto il *controllo* di un'autorità pubblica competente, di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva comunitaria.

Sotto tale profilo, se il trattamento di CIGS può essere concesso in ipotesi di fallimento o procedure concorsuali individuate nominativamente

⁽⁵⁰⁾ Per la perfetta *uniformità*, sul punto, tra diritto interno e diritto comunitario, si vedano L. MENGHINI, *op. cit.*, 230, e A. PIZZOFERRATO, *op. cit.*, 637 ss.

⁽⁵¹⁾ Si veda C. Giust. 11 giugno 2009, C-561/07, in *RIDL*, 2010, 212, con nota di C. CESTER, *Due recenti pronunzie*, cit.

dal legislatore (articolo 3 della legge n. 223 del 1991), tuttavia l'ipotesi della *causa integrabile* della «crisi aziendale di particolare rilevanza sociale» (ex articolo 2, comma 5, legge n. 675 del 1977) non può equipararsi alle procedure di insolvenza disciplinate dal diritto interno, anche perché – come già segnalato – la giurisprudenza comunitaria ha puntualizzato che il provvedimento di ammissione alla CIGS non implica alcun controllo giudiziario o provvedimento di amministrazione del patrimonio dell'impresa, né sospensione dei pagamenti⁽⁵²⁾.

Semmai potrebbe risultare più utile rinvenire la disposizione comunitaria di riferimento nell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva, con riguardo alla situazione di *grave crisi economica*, definita dal diritto nazionale (ed aperta al controllo giudiziario); tuttavia, anche in questo caso, la giurisprudenza comunitaria manifesta dei dubbi in ordine alla riconducibilità, in tale ambito, del procedimento di intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria, laddove il controllo giudiziario «presuppone un costante controllo dell'impresa dichiarata in grave crisi economica da parte del giudice competente»⁽⁵³⁾.

In ogni caso la *posizione* del nostro diritto interno deve discutersi in merito all'ampiezza dell'*oggetto* della disciplina derogatoria; secondo un indirizzo interpretativo, infatti, la direttiva comunitaria circoscrive quest'ultimo alla *mera modifica* delle condizioni di lavoro, laddove la normativa interna dispone direttamente la *disapplicazione* dell'intero articolo 2112 del codice civile e, pertanto, di *tutte* le garanzie individuali ivi stabilite⁽⁵⁴⁾.

I pur lodevoli sforzi profusi dai commentatori, alla cui stregua un'interpretazione restrittiva della deroga consentita ora dalla direttiva

⁽⁵²⁾ Si vedano già C. Giust. 7 dicembre 2005, cit., ed ora C. Giust. 11 giugno 2009, cit. Non sembra risolutivo, come continua, viceversa, a ritenere la stessa Corte (C. Giust. 11 giugno 2009, cit.), far leva sull'*obiettivo* perseguito con la procedura, che, nell'ipotesi di concessione della cassa integrazione guadagni straordinaria, si sostanzia nella prosecuzione dell'attività, stante che *proprio* la modifica voluta dal legislatore comunitario con la direttiva del 1998 ha inteso consentire un "allentamento" delle garanzie individuali anche in quelle procedure di insolvenza che consentono la prosecuzione dell'attività. Per contro, come si puntualizza nel testo, l'argomento dirimente, al fine di escludere la riconducibilità dell'impresa in CIGS all'interno della previsione contenuta nell'art. 5, § 2, della direttiva, risiede nella non assimilazione della medesima ad una procedura di insolvenza.

⁽⁵³⁾ Si veda, testualmente, C. Giust. 11 giugno 2009, cit.

⁽⁵⁴⁾ Dubbi, in proposito, sono stati avanzati da U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA.VV., *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, 103 ss. e 155 ss.; S. NAPPI, *op. cit.*, 354 ss.; cfr. anche P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 74 ss.

comunitaria renderebbe difficile la realizzazione delle finalità perseguite dalla medesima, volte alla salvaguardia delle opportunità occupazionali⁽⁵⁵⁾, cozza contro il predetto dato normativo.

Tale rilievo è stato recentemente ribadito dalla stessa giurisprudenza comunitaria, la quale – a scanso di equivoci – ha precisato che le innovazioni del legislatore comunitario hanno riconfermato la *disapplicazione* delle garanzie individuali per le procedure c.d. *liquidative*, mentre per *altre* c.d. *conservative* (procedure di insolvenza dell'impresa ovvero imprese per le quali sia stata accertata la situazione di grave crisi economica), nelle quali, evidentemente, si prosegue l'esercizio dell'attività di impresa, si realizza pur sempre l'applicazione degli articoli 3 e 4 della direttiva, con la *sola* possibilità di modifica delle condizioni di lavoro⁽⁵⁶⁾.

Tutto ciò appare ancora più evidente con riguardo al controverso rapporto tra disciplina del trasferimento d'azienda e normativa sui licenziamenti, laddove la disapplicazione *tout court* dell'articolo 2112 del codice civile travolge anche il quarto comma del predetto articolo (che, traspone, sul punto, l'articolo 4 della direttiva). A tale riguardo, infatti, come avverte la stessa giurisprudenza comunitaria, la procedura di accertamento dello stato di crisi aziendale non può rappresentare un motivo economico, tecnico o d'organizzazione, che comporti variazioni sul piano dell'occupazione ai sensi dell'articolo 4 della stessa direttiva comunitaria⁽⁵⁷⁾.

Il rilievo della giurisprudenza comunitaria può essere integrato con un'osservazione di carattere generale. Nel nostro diritto interno il riconoscimento dell'intervento della CIGS per crisi aziendale non postula la possibilità di ricorrere alla disciplina dei licenziamenti collettivi. Anzi, a ben guardare, dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 223 del 1991, l'istituto della CIGS si pone quale strumento di governo di ipotesi di eccedenza *temporanea* di personale (che, ai sensi dell'articolo 4, comma 13, della stessa legge, al termine del periodo di intervento della cassa integrazione, viene riammesso in servizio), rispetto al licenziamento collettivo, il quale, viceversa, appare diretto a favorire l'espulsione delle eccedenze *strutturali* di forza lavoro, non altrimenti ricollocabili nell'impresa.

A tale stregua, per l'ipotesi qui in discorso, appare radicalmente incompatibile che ragione *giustificativa* del licenziamento collettivo (o

⁽⁵⁵⁾ Cfr., per tutti, L. MENGHINI, *op. cit.*, 225 e 230.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., sul punto, sempre C. Giust. 11 giugno 2009, cit.

⁽⁵⁷⁾ Si veda C. Giust. 11 giugno 2009, cit.

meglio del non mantenimento dell'occupazione) possa individuarsi nella "crisi aziendale" accompagnata dall'intervento della CIGS. Diverso discorso riguarda, viceversa, la possibilità di un allentamento delle garanzie individuali, attraverso modifiche alle condizioni di lavoro (come previsto dalla normativa comunitaria e ora richiesto dalla giurisprudenza comunitaria).

6. *Segue: l'articolo 19-quater della legge 20 novembre 2009, n. 166: l'"adeguamento" del diritto interno?*

A questo punto – per dare esecuzione, nel diritto interno, alla sentenza di condanna della Corte di giustizia – è intervenuto il legislatore che, in primo luogo, ha eliminato, dall'articolo 47, comma 5, il riferimento all'azienda destinataria del trattamento di CIGS per crisi aziendale *ai fini* della disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile e, in secondo luogo, ha introdotto, nel corpo del dettato normativo del 1990, un comma 4-*bis*, con riferimento ad accordi sindacali stipulati in occasione del trasferimento di aziende per le quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale (con concessione della CIGS) ovvero sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività (articolo 19-*quater*, legge n. 166 del 2009).

In tali ipotesi si stabilisce che, in presenza di un accordo sindacale volto al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile «trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo» (articolo 19-*quater*, lettera *a*, legge cit.).

Anche dinanzi a quest'ultimo intervento normativo possono essere avanzati dei dubbi di conformità con il diritto comunitario.

Sotto un primo profilo il legislatore continua ad *equiparare* l'intervento della CIGS ad una procedura d'insolvenza, laddove, viceversa, la stessa giurisprudenza comunitaria ha manifestato dei dubbi in ordine a tale assimilazione, ai fini dell'applicazione dell'ipotesi derogatoria prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera *b*, della direttiva; allo stesso modo stesse perplessità sono state avanzate in ordine alla riconducibilità dell'intervento della CIG alla situazione di "grave crisi economica" aperta al controllo giudiziario (articolo 5, paragrafo 3, della direttiva)⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ Si veda sempre C. Giust. 11 giugno 2009, cit.

Sotto un secondo profilo, anche laddove possa *superarsi* tale ultimo ostacolo, la disposizione ora introdotta non brilla certo per chiarezza, laddove non adotta la limpida formula comunitaria che circoscrive l'area applicativa dell'accordo sindacale alle "modifiche delle condizioni di lavoro", ma utilizza un lessico ambiguo, che forse intende lasciare alle parti stipulanti una libertà di ampliare l'ambito di "applicazione" dell'articolo 2112 del codice civile al di là dei confini disegnati dal legislatore comunitario.

In altri termini, alla stregua del non perspicuo testo normativo, può avanzarsi il dubbio se attraverso la "latitudine" del medesimo si apra lo spazio per una *sostanziale* "disapplicazione" dell'articolo 2112 del codice civile. Viceversa, preme ribadire che la direttiva comunitaria autorizza solo «le modifiche delle condizioni di lavoro intese a salvaguardare le opportunità occupazionali» e non consente, pertanto, il venir meno al principio di continuità del rapporto (presso il cessionario), sia pure governato (presso quest'ultimo) da un "alleggerimento" delle tutele individuali, in ragione, appunto, della "crisi" dell'impresa (articolo 5, paragrafo 2, lettera *b*, della direttiva) ⁽⁵⁹⁾.

A questo punto dovrà essere operata anche una "rilettura" della disciplina contenuta nell'articolo 63 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, laddove si demanda alla contrattazione collettiva, intervenuta nel corso delle procedure di consultazione sindacale, la possibilità di prevedere il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche alle condizioni di lavoro contenute dalle norme vigenti.

Anche qui, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, ai sensi del "nuovo" articolo 47, comma 4-*bis* (inserito dalla legge n. 166 del 2009), le "modifiche alle condizioni di lavoro", di cui all'articolo 2112 del codice civile, introdotte dall'accordo sindacale, per non introdurre un ulteriore profilo di contrasto con la direttiva comunitaria (articolo 5, paragrafo 2, lettera *b*, direttiva n. 23 del 2001) ⁽⁶⁰⁾, dovranno *comunque* garantire la *continuità occupazionale* presso il cessionario. Viceversa, la totale disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile (*rectius* la non prosecuzione del rapporto) potrà essere consentita, in presenza delle condizioni previste dall'articolo 47, comma 5, legge n. 428 del 1990, cioè in presenza della sottoposizione alla

⁽⁵⁹⁾ Cfr. anche per rilievi analoghi, C. CESTER, *Due recenti pronunzie*, cit., 243 ss.

⁽⁶⁰⁾ Si veda, per una diversa conclusione, L. MENGHINI, *op. cit.*, 229.

procedura di amministrazione straordinaria e nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata.

Allo stesso modo – e in tale quadro normativo – deve essere interpretata la disciplina di riforma della legge fallimentare, la quale, nell'articolo 105, comma 3, prevede che, nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche consentite dalle norme vigenti. Inoltre, si stabilisce che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento (articolo 105, comma 5). Infine, la retrocessione al fallimento di aziende o rami di aziende non comporta, per espresso dettato normativo, la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile (articolo 104-*bis*, comma 6).

Le disposizioni contenute nella legge fallimentare, in materia di affitto e vendita di azienda nelle procedure concorsuali ⁽⁶¹⁾, nel complesso equilibrio che intende realizzare tra esigenze liquidatorie dell'attivo ed interessi dei creditori, può condurre alla conclusione, come segnalato da un interprete, che la salvaguardia del valore produttivo dell'impresa viene a *sacrificare* la tutela dei lavoratori coinvolti ⁽⁶²⁾. Tuttavia, il *sacrificio* dei diritti dei lavoratori può essere espressamente previsto dal legislatore comunitario esclusivamente nell'*ambito* delle procedure c.d. liquidative (articolo 5, primo paragrafo, direttiva n. 23 del 2001 e articolo 47, comma 5, legge n. 428 del 1990), rimanendo consentito, alla legislazione degli Stati membri e nel caso di altre procedure di insolvenza, di prevedere modifiche alle condizioni di lavoro, nella garanzia, comunque, della *continuità* occupazionale (articolo 5, secondo paragrafo, lettera *b*, della direttiva).

⁽⁶¹⁾ Per un riepilogo si veda C. CONEDERA, *Crisi di impresa e tutela occupazionale (rassegna di dottrina e di giurisprudenza)*, in *Diritto fallimentare*, 2007, I, 480 ss. e 498 ss.; si veda, anche l'ampia trattazione di A. CAIAFA, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, cit., 84 ss.

⁽⁶²⁾ Si veda, sul punto, A.M. PERRINO, *Le deroghe alle tutele dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda d'imprenditore in crisi o insolvente*, in *FI*, 2007, I, c. 2157 ss. Sotto un altro profilo, per i complessi problemi di coordinamento tra informazione e consultazione sindacale e procedura fallimentare, si veda A. CAIAFA, *Il trasferimento dell'impresa nelle procedure concorsuali*, cit., 143 ss.

7. *Segue: problemi interpretativi ed applicativi della disciplina del 1990.*

L'articolo 47, comma 5, legge n. 428 del 1990, solleva numerose questioni sul piano esegetico che, in questa sede, devono essere riepilogate, questioni che, in alcuni casi, devono essere oggetto di rivisitazione, alla luce delle modifiche intervenute con la legge n. 166 del 2009.

Innanzitutto può riproporsi, anche in presenza del “nuovo” articolo 47, comma 4-*bis*, il dibattito in merito alla *necessaria anteriorità* del provvedimento dichiarativo della crisi aziendale rispetto all'accordo sindacale. Alla stregua dell'orientamento consolidato della Corte di legittimità non si richiede una rigida *sequenza temporale* tra richiesta di dichiarazione di crisi aziendale e accordo sindacale, ma solo la loro *contemporanea* sussistenza al momento in cui avviene il trasferimento d'azienda dal cedente al cessionario ⁽⁶³⁾.

In secondo luogo, ampia discussione era sorta in ordine al campo di applicazione dell'articolo 47, comma 5, con riferimento all'*allora* fattispecie, ivi individuata di azienda “in crisi”, la quale potesse dar luogo alla disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile. Secondo una condivisibile conclusione, il legislatore interno ha operato una *tipizzazione* delle fattispecie derogatorie, che non possono essere ampliate (o modificate), in via interpretativa, per l'assorbente considerazione che le stesse vengono ad incidere su una disciplina altrimenti inderogabile ⁽⁶⁴⁾.

La questione può replicarsi ora, *mutatis mutandis*, in presenza dell'articolo 47, comma 4-*bis*. Nel nuovo contesto normativo – in relazione anche alla collocazione topografica del medesimo – può essere riconfermato quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, alla cui stregua, per l'effetto *modificativo* dell'articolo 2112 del codice civile, è necessaria la stipula di un accordo sindacale intervenuto espressamente all'*interno* delle trattative con le organizzazioni sindacali effettuate ai sensi dell'articolo 47, commi 1 e 2, legge n. 428 del 1990, e secondo la procedura dettagliatamente disciplinata da quest'ultimo ⁽⁶⁵⁾. A questo punto appare superato quell'orientamento giurisprudenziale che aveva ritenuto legittimi accordi sindacali di *natura transattiva*, stipulati al di

⁽⁶³⁾ Si veda, per tutte, Cass. 21 marzo 2001, n. 4073, cit.

⁽⁶⁴⁾ Per tale conclusione si veda, da ultimo, L. MENGHINI, *op. cit.*, 239 ss.; cfr. anche G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 626.

⁽⁶⁵⁾ Si veda, in tal senso, Cass. 10 aprile 2006, n. 8292, in *RFI*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1365.

fuori della consultazione prevista dall'articolo 47 e di *deroga convenzionale* alla continuità del rapporto, in funzione della preminenza dell'esigenza di salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro ⁽⁶⁶⁾.

Oltre all'inconfigurabilità, sul piano tecnico-giuridico, di un accordo collettivo a carattere transattivo ⁽⁶⁷⁾, la legittimità di una *deroga convenzionale* già poteva apparire discutibile nell'assetto normativo previgente, in quanto veniva a paventare l'esistenza di un principio *immanente* all'ordinamento giuridico ⁽⁶⁸⁾, mentre la prima deve necessariamente incanalarsi nel solco tracciato dalla norma legale *solo* alla cui stregua il legislatore (interno) è stato *abilitato* dalla normativa comunitaria ad apprestare una disciplina derogatoria ⁽⁶⁹⁾.

Ora nell'articolo 47, comma 4-*bis*, le parti sono abilitate a *modificare* le garanzie individuali previste dall'articolo 2112 del codice civile e, in tale ambito, si ripropone, poi, una serie di questioni interpretative sull'accordo sindacale, in merito alla sua natura giuridica, ai soggetti legittimati a stipularlo ed, infine, alla sua efficacia soggettiva.

Sotto il primo profilo, a nostro avviso, ci troviamo dinanzi ad un vero e proprio contratto normativo che incide in funzione *modificativa* rispetto al mantenimento dei diritti dei lavoratori. Siamo in presenza, pertanto, di contratti collettivi ai quali la legge consente di produrre un *effetto legale tipico* ⁽⁷⁰⁾, per cui – per risolvere anche la seconda questione – l'esercizio della *delega* (al sindacato) non può non implicare anche la stipula dell'accordo da parte di *tutti* i soggetti sindacali che hanno partecipato all'esame congiunto (*ex* articolo 47, comma 2, legge n. 428 del 1990) ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si veda, da ultimo, Cass. 26 maggio 2006, n. 12573, in *RIDL*, 2007, II, 179, con nota di F. NOTARO, *Trasferimento dell'azienda in crisi e derogabilità dell'art. 2112 c.c. in sede collettiva*.

⁽⁶⁷⁾ Per un riepilogo delle annotazioni critiche sul punto v., da ultimo, F. NOTARO, *op. cit.*, 181 ss.

⁽⁶⁸⁾ Si veda Cass. 10 agosto 1987, n. 6861, in *FI*, 1989, I, 3186, con nota di R. COSIO.

⁽⁶⁹⁾ *Contra* R. COSIO, *Il trasferimento delle imprese in crisi*, cit., 155 ss.

⁽⁷⁰⁾ Per la più compiuta ricostruzione della *rilevanza legale* dei contratti collettivi a seguito del rinvio operato dalla legge all'autonomia collettiva. Si veda M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, ora in *Opere*, vol I, Giuffrè, Milano, 2000, 75 ss. e 107 ss.

⁽⁷¹⁾ Per la necessità della stipula unitaria si veda anche A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva. Mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *DLRI*, 1992, 515 ss. e 555; G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 613.

Il problema, che solitamente affligge il nostro diritto sindacale, in merito all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi appare, in questo caso, facilmente superabile, in quanto la disapplicazione dell'articolo 2112 del codice civile discende dalla realizzazione di una *fattispecie complessa*, tipizzata dalla legge, nella quale, accanto all'atto negoziale troviamo un provvedimento amministrativo ⁽⁷²⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, appaiono superflui i tentativi di *giustificare* l'efficacia (generalizzata) dell'accordo sindacale facendo leva sulla *materia* oggetto della contrattazione, che viene a coinvolgere l'interesse di *tutti* i lavoratori ⁽⁷³⁾ ovvero facendo leva sulla "natura gestionale" dei medesimi ⁽⁷⁴⁾, in quanto – a prescindere dai dubbi sollevati dagli interpreti sulla stessa possibilità di *isolare*, sul piano non soltanto descrittivo ma soprattutto normativo, la *categoria* del contratto collettivo gestionale ⁽⁷⁵⁾ – resta il fatto che, come già accennato, la *funzione* assegnata al contratto non è certo volta a proceduralizzare il potere del datore di lavoro, bensì a flessibilizzare il rapporto di lavoro per i lavoratori.

Le stesse conclusioni possono essere avanzate con riguardo all'accordo sindacale intervenuto in presenza di imprese assoggettate al fallimento e ad altre procedure concorsuali, a seguito del quale (ed ormai solo in tale ambito) si produce la *disapplicazione* dell'articolo 2112 del codice civile.

L'accordo sindacale, che – solo alla stregua dell'articolo 47, comma 5 – può essere volto al mantenimento parziale dell'occupazione, comporta anche l'obbligo, per il cessionario, di non attivare procedure di riduzione di personale dopo il trasferimento ⁽⁷⁶⁾, per cui, se per un verso non sembra configurabile un diritto del lavoratore alla riassunzione ⁽⁷⁷⁾, per

⁽⁷²⁾ Cfr., sul punto, già R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 222 ss.; si veda, da ultimo, anche G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 623.

⁽⁷³⁾ Si veda, in tal senso, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, n. 1, 1 ss. 14, nota 44.

⁽⁷⁴⁾ Si veda, per tale tesi R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 134.

⁽⁷⁵⁾ Si veda, per tutti, M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, 1999, n. 1, 1 ss.

⁽⁷⁶⁾ Si condividono, sul punto, le considerazioni svolte da G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 622, il quale opportunamente precisa che, diversamente, sarebbe elusa la finalità occupazionale perseguita dalla disposizione.

⁽⁷⁷⁾ Peraltro, come è stato puntualizzato da G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 622, se, nell'ipotesi di trasferimento *parziale* d'azienda, i lavoratori non vantano un diritto

altro verso l'accordo sindacale dovrà farsi carico di individuare i criteri di scelta dei lavoratori (che passano o non passano al cessionario), con la possibilità di applicare eventualmente i criteri di scelta previsti dalla legge n. 223 del 1991 in materia di licenziamenti collettivi, e rimanendo, comunque, fermo il controllo del giudice sul rispetto dei principi di non discriminazione e sulla *ragionevolezza* dei criteri adottati. Sussiste, pertanto, *un'ampia delega* alle parti sociali, con la possibilità anche di predisporre condizioni di miglior favore per i lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario.

All'interno dell'accordo sindacale si può anche prevedere, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 5 dell'articolo 47, che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante (*rectius* cedente). La *ratio* della disposizione può essere considerata sotto un duplice profilo.

In primo luogo la norma intende agevolare la *commerciabilità* dell'azienda insolvente, anche attraverso la limitazione del *necessario* passaggio dei dipendenti del ramo d'azienda ceduto, per evitare che sul cessionario vengano a gravare gli oneri connessi al mantenimento dei rapporti di lavoro che potrebbero risultare di difficile conservazione nel contesto organizzativo medesimo.

In secondo luogo la disposizione sembra porre un'*eccezione* al principio, di carattere generale, del contestuale passaggio dei dipendenti con il complesso aziendale ceduto⁽⁷⁸⁾, deroga che, pertanto, è lasciata all'apprezzamento delle parti sociali, mentre non sembra che, al di fuori dell'ipotesi delineata, si possa consentire al datore di lavoro – come, viceversa, sostiene la giurisprudenza di legittimità anche attraverso il *filtro* dell'accordo sindacale – nel caso di cessione del ramo d'azienda, di selezionare i lavoratori in modo tale che alcuni di questi ultimi restino alle dipendenze del medesimo⁽⁷⁹⁾.

In tal modo, infatti, ci troveremmo dinanzi ad una deroga al principio – riaffermato dalla giurisprudenza comunitaria – dell'*inderogabilità* della direttiva, che può trovare attenuazione soltanto nelle ipotesi derogatorie

all'assunzione, il loro «[...] *status* si trasforma in diritto una volta che, tramite l'accordo, siano stati definiti i criteri di selezione dei lavoratori».

⁽⁷⁸⁾ Cfr., nella giurisprudenza di merito, Pret. Milano 23 luglio 1997, in *ADL*, 1998, n. 3, 1019.

⁽⁷⁹⁾ Si veda, per tutte, Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, in *RIDL*, 2001, II, 519, con nota di M. MARINELLI, *Il trasferimento di ramo di azienda e i suoi effetti sui rapporti di lavoro* ed ivi un completo riepilogo della questione.

individuata dalla stessa direttiva (e, per il diritto interno, nell'articolo 47, comma 5, legge n. 428 del 1990)⁽⁸⁰⁾.

Il comma 6 dell'articolo 47 della legge del 1990 riconosce ai lavoratori, che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante, il diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. La norma, seppure formulata in termini generali, deve essere correlata al precedente disposto normativo e, segnatamente, agli accordi sindacali finalizzati al mantenimento *solo* parziale dell'occupazione⁽⁸¹⁾.

Con la disposizione in esame il legislatore esclude che il richiamato diritto di precedenza nelle assunzioni effettuate dal cessionario dell'azienda costituisca, in capo ai lavoratori beneficiari, un ulteriore diritto a prestare la propria attività lavorativa alle stesse "condizioni" previste nel rapporto di lavoro intervenuto con il cedente (inquadramento professionale, retribuzione, orario di lavoro, ecc.). Anzi, a confermare viepiù l'"autonomia" dei due rapporti di lavoro (con il cedente e il cessionario) provvede esplicitamente il secondo periodo del predetto comma 6, il quale, sciogliendo a tal fine ogni residuo dubbio, stabilisce che nei confronti dei predetti lavoratori (*rectius* titolari del diritto di precedenza), assunti dal cessionario in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, il quale, ovviamente, presuppone la *continuità* del rapporto di lavoro con il cessionario.

È stato, peraltro, recentemente segnalato come al notevole sforzo interpretativo messo in campo dagli interpreti nella risoluzione dei profili controversi dell'articolo 47, comma 5, non corrisponda più, sul piano della prassi applicativa, un utilizzo, da parte delle stesse parti sociali, della disciplina derogatoria apprestata dalla legge per il trasferimento dell'azienda in *crisi*⁽⁸²⁾, circostanza tanto più significativa, in un momento in cui, viceversa, assistiamo ad una notevole impennata nella ri-

⁽⁸⁰⁾ Cfr., sul punto, anche G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 629.

⁽⁸¹⁾ Cfr., sul punto, le condivisibili argomentazioni svolte da R. ROMEL, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 235.

⁽⁸²⁾ Come felicemente è stato scritto da G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 609, è avvenuta una sorta di "fuga" dall'art. 47, comma 5, per cui l'obiettivo di realizzare trasferimenti riducendo il costo del lavoro dell'azienda trasferita viene raggiunto attraverso vie "alternative".

chiesta dell'intervento della cassa integrazione guadagni straordinaria o, comunque, ad un aumento delle imprese in difficoltà.

Varie sono le motivazioni che possono corroborare tale conclusione.

Sul piano tecnico-giuridico, in primo luogo, appare controversa la stessa *tenuta* degli accordi sindacali in discorso, in considerazione, da un lato, della non pacifica conclusione in merito alla necessaria stipulazione *congiunta* di tutte le organizzazioni sindacali e, dall'altro, in relazione alle oscillazioni giurisprudenziali in merito alla controversa legittimità degli accordi sindacali stipulati al di fuori della procedura dettagliatamente regolata dall'articolo 47, commi 1 e 2, legge n. 428 del 1990.

Sotto un diverso versante, di taglio squisitamente politico-sindacale, si richiede, poi, al sindacato, nel caso di mantenimento *parziale* dell'occupazione, di amministrare un difficile equilibrio tra gli stessi lavoratori, nel determinare i criteri per il loro passaggio alle dipendenze del cessionario, dovendo "governare", a questo punto, una "guerra tra poveri", con non poche ripercussioni sul piano della stessa rappresentanza sindacale (problematica che, sul piano generale, è lungi dall'essere risolta).

Inoltre, in presenza di un'azienda in "crisi", forse neppure è necessario passare attraverso le "strette" dell'accordo sindacale, se è vero che, per un verso, vi è stato un notevole *allentamento* della disciplina inderogabile, attraverso la possibilità, conferita alle parti, di *individuare* il ramo d'azienda ceduto⁽⁸³⁾ e, per altro verso, sembra più realistico attivare la procedura di licenziamento collettivo, con la possibilità di una riassunzione dei lavoratori presso un cessionario – il quale, peraltro, può fruire anche di incentivi se assume lavoratori in mobilità – riassunzione a seguito della quale spesso questi ultimi conservano il trattamento goduto nel precedente rapporto di lavoro con il cedente⁽⁸⁴⁾.

(83) Non a caso G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 634, sottolinea come riconoscere al cedente «piena discrezionalità nella selezione del personale da adibire al ramo d'azienda da trasferire, non può non ripercuotersi sul significato sostanziale (svuotandolo) di una norma che impone vincoli e passaggi procedurali per operare trasferimenti parziali di personale».

(84) Si veda, sul punto, G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 604, il quale puntualizza ulteriormente che «Non mancano ipotesi di accordi intervenuti dopo la chiusura dell'azienda e la cessazione dell'attività svolta dalla medesima, nei quali l'acquirente è disposto ad acquistare il ramo d'azienda e ad assumere parte dei lavoratori solo se questi rinunciano individualmente ai diritti previsti dall'art. 2112 c.c., nella forma della conciliazione in sede giudiziale e sindacale (ex art. 2113, ult. comma, c.c.). Ancora

Non va neppure trascurato che ora l'area applicativa dell'articolo 47, comma 5, si riduce, innestandosi l'effetto derogatorio solo in presenza di un'azienda sottoposta al fallimento o ad altre procedure concorsuali.

8. Trasferimento d'azienda e frode alla legge negli orientamenti della più recente giurisprudenza.

Come già accennato, le recenti modifiche apportate dal decreto legislativo n. 276 del 2003 in materia di trasferimento di *parte* dell'azienda implicano un sorvegliato controllo, ai sensi della disciplina che vieta gli atti in frode alla legge (articolo 1344 del codice civile), della stessa attività gestionale del datore di lavoro (cedente), che potrebbe trasferire i lavoratori al ramo d'azienda ceduto per liberarsi dei soggetti (eccedenti o sgraditi), senza *confrontarsi* con l'attivazione delle procedure di mobilità⁽⁸⁵⁾.

Ma tale problema può assumere anche dimensioni più vaste, con riguardo, ad esempio, ad un trasferimento realizzato a un'impresa cessionaria che non prosegua l'attività, ma che, ormai sull'orlo del fallimento, di lì a poco cesserà la medesima, con il conseguenziale licenziamento dei dipendenti. La risposta negativa che la Corte aveva dato sul punto, nella considerazione che non può ritenersi in frode alla legge (ex articolo 1344 del codice civile) il contratto di cessione dell'azienda ad un soggetto il quale, per le sue caratteristiche imprenditoriali, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro, in quanto la validità della cessione non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare la capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario⁽⁸⁶⁾, non appare persuasiva sotto diversi profili.

più frequenti sono i casi nei quali l'impresa che decide di cessare l'attività produttiva non attiva neppure la procedura per il trasferimento d'azienda» (G. ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, cit., 608).

⁽⁸⁵⁾ Per la più compiuta teorizzazione della frode alla legge, quale fondamentale strumento di tutela del lavoratore dinanzi ai fenomeni di esternalizzazione realizzati attraverso lo strumento tecnico del trasferimento d'azienda, si veda G. QUADRI, *Processi di esternalizzazione*, cit., 328 ss.

⁽⁸⁶⁾ Si veda, per tale conclusione, Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, in *RGL*, 2006, II, 663, con note di E. GRAGNOLI, *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, e di L. VALENTE, *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*, e in

Infatti, in primo luogo, se non può essere posto a carico del cedente un giudizio prognostico sulle capacità imprenditoriali del cessionario è altrettanto vero che, sotto un primo profilo, la fattispecie del trasferimento d'azienda implica il subingresso di un cessionario nella gestione del complesso dei mezzi organizzati (patrimoniali, non patrimoniali e rapporti di lavoro) per la *continuazione* dell'attività.

In secondo luogo la frode alla legge funziona in presenza di operazioni o negozi giuridici (collegati), i quali, pur rispettando la *lettera* della legge, si caratterizzano per eludere una *disciplina imperativa* ⁽⁸⁷⁾. Qui possono prospettarsi diverse ipotesi.

Una prima ipotesi può essere rinvenuta nella combinazione negoziale che venga ad eludere la norma inderogabile, alla cui stregua, nel trasferimento d'azienda, si verifica *naturaliter* la prosecuzione dell'attività con il mantenimento dei diritti in capo ai lavoratori (articolo 2112, primo comma, del codice civile), oltre a considerare che la cessione non può costituire – sempre per espresso dettato normativo – *di per sé motivo* di licenziamento (articolo 2112, quarto comma, del codice civile).

Una seconda ipotesi riguarda la violazione della normativa inderogabile in materia di licenziamenti collettivi (legge n. 223 del 1991), laddove l'imprenditore, al fine di evitare di *confrontarsi* con la rete procedurale disegnata da quest'ultima (in particolare, comunicazione e confronto sindacale, criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, oneri economici connessi alla mobilità, ecc.) cede l'azienda (o il ramo) di quest'ultima ⁽⁸⁸⁾.

Una terza ipotesi può interessare l'elusione della disciplina sui licenziamenti individuali con l'obbligo della reintegrazione (*ex* articolo 18 dello Statuto dei lavoratori), laddove la cessione dell'azienda avviene ad un datore di lavoro che, non rientrando nel campo di applicazione della disciplina statutaria, procede al licenziamento dei lavoratori addetti.

Quest'ultimo è il caso, affatto peculiare, postosi all'attenzione della Corte di legittimità, che correggendo il *tiro* della sua precedente giurisprudenza e giungendo a conclusioni condivisibili (e, in larga misura,

DML, 2006, n. 1-2, 355, con nota di G. QUADRI, *Trasferimento d'azienda, frode alla legge e tecniche di tutela del lavoratore*.

⁽⁸⁷⁾ Cfr., per tutti, anche per un riepilogo, U. MORELLO, *Negozio giuridico. VI) Negozio in frode alla legge*, in EGT, 1990, vol. XX.

⁽⁸⁸⁾ Si veda, negli stessi termini, E. GRAGNOLI, *Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, cit., 679, e G. QUADRI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 363.

scontate), pone dei punti fermi in materia di frode alla legge, che meritano di essere riepilogati ⁽⁸⁹⁾.

Innanzitutto, come ben puntualizza la Corte regolatrice, se il meccanismo della frode alla legge consiste proprio nell'utilizzare un negozio in sé lecito per realizzare mediatamente un fine vietato da una norma imperativa (in conformità a quanto dettato dall'articolo 1344 del codice civile), allora la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte negoziali tenute in violazione di norme imperative.

Pertanto, a tale stregua, a seguito del combinato disposto della norma imperativa generale di cui all'articolo 1344 del codice civile e della norma imperativa speciale, vengono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti e le violazioni mediate e indirette. A questo punto ne consegue che non può disconoscersi (in astratto) una frode alla legge posta in essere al fine di eludere la disciplina di cui all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori ricorrendo i presupposti (oggettivi e soggettivi) di cui all'articolo 1344 del codice civile.

In tale quadro viene demandato al giudice di merito, di volta in volta, l'accertamento (che è insindacabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivato) se il negozio (o l'insieme dei negozi funzionalmente collegati) sia stato predisposto e attuato al fine di eludere l'applicazione di una norma imperativa (nel caso di specie la Corte di merito aveva accertato che, a seguito di una articolata serie di trasferimenti di un ramo d'azienda, era intervenuto un terzo affittuario – non soggetto, per i ridotti limiti dimensionali, al regime predisposto dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – il quale non continuò l'esercizio dell'attività, ma risolse i rapporti di lavoro).

La linea tracciata dal Supremo Collegio appare segnata da un indubbio equilibrio, laddove, sgombrando il campo da un possibile equivoco, non pone un *vincolo* alla volontà delle parti, in ordine al divieto di trasferimento d'azienda ad un datore di lavoro di più ridotte dimensioni occupazionali, né viene a prefigurare il diritto, in capo al lavoratore, di conservare, alla luce dell'articolo 2112, primo comma, del codice civile, lo stesso regime di tutela contro i licenziamenti *goduto* presso il cedente.

⁽⁸⁹⁾ Si veda Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, in *RGL*, 2008, II, 554, con nota di E. GRAGNOLI, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*, e in *ADL*, 2009, n. 2, con nota di B. DE MOZZI, *Sul trasferimento di ramo d'azienda in frode alla legge*.

Tuttavia la legittimità *ex se* del negozio di cessione d'azienda non può precludere, al giudice di merito, l'accertamento, *in concreto*, per verificare se il medesimo sia stato *piegato* ad un fine vietato da una normativa legale inderogabile (in materia di licenziamenti individuali, ma anche, come negli esempi prima delineati, con riguardo alla disciplina dei licenziamenti collettivi).

A questo punto la giurisprudenza di merito potrà, in relazione ai complessi problemi sollevati in merito all'accertamento della sussistenza della frode alla legge, fare ampio ricorso alla prova presuntiva, attraverso la valorizzazione di elementi *sintomatici* dai quali poter evincere la natura fraudolenta dell'operazione posta in essere dalle parti ⁽⁹⁰⁾.

In tale contesto si comprende come la riaffermazione del diritto, costituzionalmente garantito (*ex* articolo 41 della Costituzione), dell'imprenditore di dismettere o trasferire l'azienda, il quale non viene a confliggere con il principio, sempre di rango costituzionale, di tutela del lavoro (*ex* articolo 4 della Costituzione), dovendosi riconoscere garanzia costituzionale, non al mantenimento di un determinato posto di lavoro, bensì al *solo* diritto a non subire un licenziamento arbitrario ⁽⁹¹⁾, può valere come principio generale che non interferisce con un controllo giudiziale volto ad accertare i presupposti per la sussistenza di una frode alla legge (*ex* articolo 1344 del codice civile) ⁽⁹²⁾.

L'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità, in conclusione, richiede alle parti stipulanti comportamenti in linea con le finalità protettive della disciplina apprestata dall'articolo 2112 del codice civile e non volti ad eludere altre normative inderogabili di legge ⁽⁹³⁾, laddove il giudice di merito sarà chiamato pur sempre a *vagliarne* la conformità con il dettato legale sul trasferimento d'azienda.

9. Rilievi conclusivi.

Nel trarre le fila conclusive del discorso è possibile forse avanzare anche proposte per una rivisitazione della stessa disciplina sul trasferi-

⁽⁹⁰⁾ Sul punto, *amplius* e per le possibili esemplificazioni, G. QUADRI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 368 ss.

⁽⁹¹⁾ Si veda, in tal senso, Cass. 2 maggio 2006, n. 10108, cit.

⁽⁹²⁾ Pone bene in evidenza la non "interferenza" di tale principio con l'indagine sulla sussistenza della frode alla legge Cass. 7 febbraio 2008, n. 2874, cit.

⁽⁹³⁾ Cfr., sul punto, anche le conclusioni avanzate da E. GRAGNOLI, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*, cit., 562.

mento d'azienda, alla luce, *sempre*, dei rilevanti riflessi occupazionali che quest'ultimo può comportare.

In primo luogo, un primo problema – che ora assume una rilevante *centralità* in tale dibattito – è quello della stessa *identificazione* del ramo d'azienda (ceduto), alla luce dell'ambigua formula introdotta dall'articolo 32 del decreto legislativo n. 276 del 2003, che, per non *scontrarsi* frontalmente con l'orientamento accolto dalla giurisprudenza comunitaria, dovrebbe leggersi – come da noi proposto – all'interno del dettato normativo dell'articolo 2112, comma 5, primo periodo, del codice civile.

In tal modo si contribuirà a *disinnescare* anche l'utilizzo dell'articolo 2112 del codice civile per una finalità *estranea* alla norma del codice civile, che è volta alla tutela dei lavoratori, ma non posta a *presidio* dei processi di esternalizzazione di attività e funzioni ⁽⁹⁴⁾ (con l'“alleggerimento” del personale eccedente o sgradito). Nel contempo, potrà forse stemperarsi il ricorso al controllo, complesso sul piano probatorio ma pur sempre possibile (ai sensi dell'articolo 1344 del codice civile), dei poteri gestionali del datore di lavoro (cedente), per verificare che quest'ultimo, appunto, non preordini assegnazioni di mansioni o trasferimenti interni (dei predetti lavoratori) *mirati*, in relazione alla cessione del ramo d'azienda.

Lo stesso adeguamento del diritto interno al diritto comunitario operato dalla legge n. 166 del 2009 appare non scevro da perplessità. In tale quadro dovrà essere favorita un'interpretazione *conforme* al diritto comunitario, nel senso di consentire alle parti stipulanti le opportune modifiche delle garanzie individuali, idonee a garantire la *continuità occupazionale* (presso il cessionario). Tutto ciò *unicamente* all'interno della procedura delineata dalla legge e nella consapevolezza che *solo* attraverso la medesima è legittimo incidere su una normativa *altrimenti* inderogabile.

Probabilmente i tempi sono anche maturi per riconsiderare pure la questione, che può essere risolta solo dal legislatore, della possibilità, in capo al lavoratore, di proseguire il proprio rapporto di lavoro con il cedente ⁽⁹⁵⁾, nella rilevazione, per un verso, della palese insufficienza delle dimissioni per giusta causa nell'ipotesi di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro stabilite dal cessionario (articolo 2112, quarto

⁽⁹⁴⁾ Mettono bene in rilievo la divaricazione tra l'utilizzo dell'art. 2112 c.c. e la *ratio* protettiva degli interessi dei lavoratori assicurata dalla direttiva comunitaria M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 200 ss.

⁽⁹⁵⁾ Sul punto, e per conformità con il diritto comunitario, si veda M. NOVELLA, M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 183.

comma, secondo periodo, del codice civile) e, per altro verso, delle dinamiche evolutive più recenti che hanno inserito la fattispecie del trasferimento d'azienda nei più ampi fenomeni di esternalizzazione.

A tale riguardo appare, comunque, necessario il controllo rigoroso, inaugurato dalla giurisprudenza, sotto il versante della frode alla legge (*ex* articolo 1344 del codice civile), anche in presenza di una normativa che, pur avendo riaffermato che il trasferimento d'azienda non costituisce, *di per sé*, motivo di licenziamento (articolo 2112, quarto comma, primo periodo, del codice civile), non ha mai chiarito, in maniera definitiva, il rapporto tra i due istituti, consentendo, pertanto, al cessionario di procedere al licenziamento (individuale o collettivo) dei lavoratori transitati alle sue dipendenze. Basta, per tutti, sollevare l'interrogativo sul comportamento del cessionario che, dopo la cessione del ramo d'azienda, proceda, entro un breve arco di tempo, al licenziamento collettivo dei dipendenti addetti al ramo d'azienda trasferito.

Alla luce di tali rilievi si potrà individuare nell'articolo 2112 del codice civile lo strumento per il *mantenimento* dei diritti dei lavoratori nell'ipotesi di trasferimento d'azienda e declinare che, come è stato sinteticamente scritto, sia pure ad altro proposito, «il lavoro non è una merce»⁽⁹⁶⁾.

Trasferimento di azienda e problemi occupazionali – Riassunto. *L'A. muove, nella propria analisi, dalla individuazione dei confini della fattispecie trasferimento d'azienda, anche tramite l'identificazione degli strumenti giuridici del trasferimento, e dalla ricostruzione critica della disciplina nazionale e comunitaria, riservando specifica attenzione alle ipotesi di disapplicazione delle garanzie individuali, con i relativi problemi di interpretazione e applicazione connessi alla disciplina del 1990. Nell'indagine particolare attenzione è accordata alla elaborazione giurisprudenziale. A fronte di tale quadro generale, l'A. concentra la propria attenzione sul tema delle garanzie dei lavoratori coinvolti e sui profili legati al ruolo dei sindacati. L'analisi procede con riferimento alle dinamiche evolutive più recenti, che hanno inserito la fattispecie del trasferimento d'azienda nei più ampi fenomeni di esternalizzazione per soffermarsi su una ipotesi recentemente emersa alla ribalta giurisprudenziale, il ricorso alla frode alla legge per verificare se il negozio traslativo dell'azienda non sia diretto ad eludere l'applicazione di norme inderogabili a protezione del lavoratore. Evidenziati nel corso dell'indagine i diversi profili di interconnessione tra trasferimento d'azienda e conseguenze occupazionali, l'A. conclude nel senso di una proposta di rivisitazione dell'istituto da tale prospettiva.*

⁽⁹⁶⁾ Si veda F. SCARPELLI, *op. cit.*, 364.

Transfer of undertaking and employment issues (Article in Italian) – Summary.

The paper begins by pointing out the main characteristics of the transfer of undertaking, identifying legislative measures applying to the transfer process, and providing a critical survey of related national and Community legislation. Special reference is made to the cases in which individual safeguards are not provided, with issues arising from the interpretation and implementation of 1990 legislative provisions, and mention is also made of related case law. On the basis of these considerations, the paper focuses on the rights of workers involved in the transfer process, and on the role carried out by unions, and then goes on to outline recent developments leading the transfer of undertakings to become a widespread outsourcing process. The paper also investigates a recently debated issue, that is the resort to fraudulent practices, to assess whether the transfer process is deliberately implemented to avoid enforcing mandatory forms of worker protection. In conclusion, the paper highlights the link between the transfer of a business and its effects on employment, making a proposal for an amendment to the process in this connection.

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

A tu per tu con il sindacato

a cura di Michele Tiraboschi e Francesco Lauria

*A colloquio con Guglielmo Epifani **

Nato a Roma nel 1950, sposato, Guglielmo Epifani lascia a soli tre anni la Capitale per trasferirsi a Milano dove rimane fino alla fine del liceo. Torna a Roma per completare gli studi, impegnandosi nel sociale e, nel 1973, si laurea in Filosofia, con una tesi su Anna Kuliscioff. Si dedica alla ricerca senza però abbandonare l'attività che già da qualche anno lo vede impegnato nella Cgil. La passione per il sindacato prevale su quella per la ricerca e, nel 1974, Epifani lascia l'attività di borsista per assumere la Direzione della casa editrice della confederazione, l'Editrice Sindacale Italiana. Nel 1979 inizia la sua carriera di dirigente sindacale con l'incarico di Segretario generale aggiunto della categoria dei lavoratori poligrafici e cartai (Filpc), gestendo le vertenze che in quegli anni coinvolgono i grandi gruppi editoriali e le complesse problematiche connesse all'ingresso delle nuove tecnologie nel settore. Dopo quattro anni assume la massima responsabilità della categoria che ri-marrà sotto la sua guida fino al 1990. L'esperienza maturata lo riporta in confederazione: nell'aprile del 1990 viene eletto in Segreteria confederale con la responsabilità delle politiche organizzative del sindacato guidato, allora, da Bruno Trentin, di cui diventa Segretario generale aggiunto nel 1993. Nel 1994 Epifani diviene vice Segretario generale della confederazione. Alla carica di Segretario generale della Cgil Guglielmo Epifani viene eletto dal Comitato direttivo della confederazione il 20 settembre 2002. Assume anche le deleghe delle politiche internazionali e della cooperazione. Il 4 marzo 2006, a conclusione del XV congresso, viene riconfermato Segretario generale della Cgil.

* Segretario generale, Cgil.

Segretario, la Cgil ha proclamato uno sciopero generale nel pieno della crisi economica ed occupazionale. Quali sono i principali punti programmatici e le ragioni di fondo dello sciopero? Come risponde alle critiche di chi ha reputato inopportuno uno sciopero generale nel pieno della campagna elettorale?

È proprio la gravità della crisi economica ed occupazionale alla base delle ragioni dello sciopero. O meglio, l'inconsistenza delle risposte del Governo alla crisi, la sua inadeguatezza e l'indisponibilità a proporre sedi di confronto con le parti sociali, con gli enti locali, con l'insieme delle rappresentanze di chi vive il peso di questa situazione. Abbiamo lanciato l'allarme fin dal primo profilarsi di questa crisi, quando ancora sembrava essere essenzialmente finanziaria, abbiamo avvertito che presto se ne sarebbero sentiti gli effetti drammatici sul sistema delle imprese e sull'occupazione, mentre il Governo perdeva tempo minimizzando e sostenendo che l'Italia sarebbe stata toccata solo in minima parte dal ciclone. Poi, quando è diventato impossibile negare l'evidenza, il Governo ha cercato di archiviare frettolosamente il problema dopo i pochi, certo necessari ma insufficienti, interventi di ammortizzatori sociali, stornando risorse da altre voci già destinate ad diversi obiettivi e mobilitando le Regioni. In sostanza, il Governo non ha messo in campo quasi nulla per fronteggiare una situazione senza precedenti, per di più affrettandosi a lanciare un messaggio fuorviante: la crisi è già finita, bisogna riprendere le vecchie abitudini, avere ottimismo, e così via. Chi sosteneva il contrario era disfattista o giù di lì. Non è in questo modo che si sono mossi gli altri Paesi, Stati Uniti in testa. I Governi francese, inglese, tedesco hanno affrontato con ben altre risorse e, soprattutto, con ben altra consapevolezza le difficoltà che hanno investito le economie dei propri Paesi. Dunque, questo è il contesto nel quale abbiamo deciso lo sciopero: le preoccupazioni o anche le proposte, le osservazioni delle rappresentanze sociali, a cominciare dal sindacato, non sono mai state nemmeno ascoltate. Mentre fronteggiavamo e in molti casi provavamo a gestire le innumerevoli situazioni di crisi insieme alle istituzioni locali, non abbiamo avuto la possibilità di un confronto con il Governo centrale. I punti fondamentali della nostra piattaforma sono sostanzialmente tre. Innanzitutto, come dicevo, la crisi e l'occupazione. Siamo convinti che il 2010 sarà l'anno più difficile ed è necessario non solo mettere in campo più risorse (allungando il periodo di Cassa Integrazione, per esempio, ed aumentando le erogazioni mensili, visto che continuano a ripeterci che ci sono molti fondi a disposizione), ma soprattutto avere una visione strategica di come il Paese possa uscire dalla crisi. Quello che serve è una vera politica industriale

in grado di orientare l'impegno, gli sforzi, gli investimenti dei diversi soggetti. Il secondo punto riguarda il fisco. Non è possibile che in una fase come questa l'unica voce fiscale che aumenti sia quella riferita al lavoro dipendente per effetto del drenaggio fiscale. Un intervento di riduzione fiscale è urgente; in attesa di una riforma complessiva e della revisione delle aliquote bisogna intervenire subito con un bonus che restituisca ai lavoratori una parte dell'eccesso di prelievo. Infine, vogliamo porre l'attenzione sul problema dei migranti. La vicenda di Rosarno (dove abbiamo deciso di celebrare unitariamente il Primo maggio) segnala una svolta estremamente pericolosa, in buona parte determinata dal clima di esasperazione strumentale sui temi della sicurezza voluto dal Governo. La difesa di questi lavoratori è netta, non possiamo più tollerare i livelli di sfruttamento e le condizioni di vita che la vicenda calabrese ha portato in evidenza.

Dopo un iter lunghissimo e quattro letture parlamentari è stato approvato dal Senato il c.d. collegato lavoro. Le norme che hanno fatto più discutere sono quelle relative al processo ed alle controversie di lavoro. La Cgil ha parlato di «aggiramento sostanziale» dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, una lettura non condivisa da Cisl e Uil. Negli ultimi dieci anni, inoltre, sono state presentate varie proposte di riforma del processo del lavoro. Al di là del giudizio già richiamato sulle norme approvate, quali sono allora le proposte della Cgil per modernizzare e rendere efficace ed efficiente la giustizia del lavoro? In che modo affrontare, se non con la valorizzazione di conciliazione ed arbitrato, gli oltre 400 mila nuovi procedimenti in materia giuslavoristica o previdenziale che, ogni anno, raggiungono le aule dei tribunali con una durata media, nei vari gradi di giudizio, tra i 5 ed i 7 anni?

Il rinvio alle Camere del provvedimento da parte del Quirinale credo chiuda le polemiche, visto che conferma in pieno le nostre valutazioni. La possibilità di accedere all'arbitrato c'era anche prima della nuova norma: nella propria autonomia i lavoratori potevano scegliere questa strada piuttosto che quella della giustizia comune qualora lo ritenessero conveniente. Non si può certo pensare, però, di aggirare i diritti dei lavoratori con lo strumento della legge, scardinando nei fatti aspetti fondamentali del diritto del lavoro con il pretesto dell'alto numero di processi pendenti, situazione per altro comune in tutte le branche della giustizia. La norma approvata ha, invece, un carattere generale che interviene sul complesso delle procedure per la difesa dei diritti dei lavoratori. Nella prima versione della legge era addirittura prevista l'obbligatorietà del ricorso all'arbitrato, che poi è diventato facoltativo.

Il punto vero è che nel momento dell'assunzione il datore di lavoro può chiedere ad un lavoratore di rinunciare alla via giudiziale per la tutela dei propri diritti. E, in quel particolare momento, il lavoratore è più debole e più "ricattabile". Per questo potrebbe accettare la proposta, precludendosi per tutta la durata del rapporto di lavoro di ricorrere al giudice. Nel nuovo schema una volta imboccata la strada dell'arbitro non si può più andare dal giudice. Sa qual è l'obiettivo finale della legge, secondo noi? Spostare la linea di difesa verso le aziende, indebolendo il lavoratore e riducendo il potere della contrattazione collettiva. È una tesi, la nostra, supportata da numerosi giuslavoristi, costituzionalisti, avvocati e magistrati secondo i quali, peraltro, privare un soggetto della possibilità di comparire di fronte al giudice significa privarlo di un diritto sancito dalla Costituzione. Aggiungo che il momento scelto per questa controriforma del diritto del lavoro è particolarmente infelice, considerata la condizione di difficoltà, incertezze e debolezza dei lavoratori.

La Cgil è prossima al proprio XVI congresso nazionale. Lei ha scelto di intitolare la mozione di maggioranza I diritti e il lavoro oltre la crisi. Nella mozione si legge: «Il lavoro, il suo ruolo, il suo valore e quello dell'uguaglianza – intesa come lotta contro emarginazione e povertà, come uguaglianza nei diritti fondamentali della cittadinanza moderna – deve ritrovare centralità e senso comune nelle politiche pubbliche. Proprio alla luce di queste considerazioni pensiamo che debbano essere profondamente ridiscussi anche i parametri su cui è costruito il concetto stesso di ricchezza e di crescita di un Paese, e ciò a partire dalla ridiscussione del concetto di PIL». Un tema, quello della ridefinizione del concetto di crescita e di ricchezza, inusuale ed innovativo per il sindacato. Può riassumerci a quali nuovi parametri ed indicatori, e conseguenti nuove politiche pensa la Cgil?

Questo è un tema sul quale si sta cominciando a riflettere in molti Paesi, per esempio nel dibattito pubblico in Francia. Il PIL, così come lo conosciamo, è ancora uno strumento rappresentativo, significativo, del benessere di uno Stato, di una comunità? È solo la ricchezza prodotta in termini di beni e servizi, la ricchezza, diciamo così, materiale a definire il concetto di crescita e di prosperità? Comincia a farsi strada l'idea che invece ci siano anche altri criteri. Per esempio l'ambiente, la salute, l'efficienza dei servizi, le politiche energetiche. Potremmo sintetizzare tutto questo nel concetto di "qualità della vita" dei cittadini. Ripeto, è una riflessione che comincia a farsi strada e che non ha ancora prodotto nuovi parametri definiti e misurabili. La Cgil è interessata a questa ela-

borazione, pensiamo che sia la strada giusta, tra l'altro, anche per individuare nuovi modelli cui indirizzare l'economia fuori della crisi. Il nostro congresso vuole misurarsi con la prospettiva che si apre partendo da questi spunti.

Nella sua biografia si legge che, nel 1974, «la passione per il sindacato prevalse su quella della ricerca». Indubbiamente il lavoro del sindacalista è molto diverso da quello del ricercatore. Ma – Trentin e Foa insegnano – il rapporto tra sindacato e ricerca può essere fecondo e sostanziale, pur in una distinzione di ruoli e margini di autonomia non sempre agevoli. Qual è la visione della Cgil rispetto ai propri centri di ricerca? Quali prospettive e relazioni pensate di costruire nei prossimi anni di fronte ad un mondo del lavoro in cui le dinamiche di cambiamento sono sempre più accelerate?

Sì, la ricerca è stata il mio primo amore e per un certo tempo ho pensato che sarebbe stata anche il mio futuro e la mia vita. Poi ho incrociato il sindacato, sia pure all'inizio proprio per il tramite della ricerca e dello studio, e questa passione ha prevalso. Ma non ho mai percepito una cesura netta fra le due esperienze; anche se, con il crescere negli anni delle responsabilità più strettamente politiche, il tempo e la concentrazione per lo studio e l'approfondimento sono stati inevitabilmente un po' sacrificati. Non è mai venuta meno, però, l'attenzione a questi aspetti perché è l'azione sindacale stessa che si alimenta della ricerca. In questo senso, per esempio, rileggo anche la mia prima esperienza importante da giovane dirigente sindacale, quando guidavo quella che allora si chiamava Filis, la categoria dei lavoratori dell'informazione. Erano anni cruciali, gli anni Ottanta, caratterizzati da trasformazioni tecnologiche ed organizzative profonde nel mondo dei media. Un segmento del mondo del lavoro che fino a quel momento aveva rappresentato quasi esclusivamente uno storico pezzo di "aristocrazia" operaia – i tipografi – diventava un crogiuolo di nuove professionalità, spesso giovani e qualificate. Il sindacato doveva accompagnare e, prima ancora, capire questo processo e non poteva farlo solo pragmaticamente; la ricerca, l'approfondimento, la conoscenza erano fondamentali per questo passaggio. Ma più in generale l'importanza – direi la centralità – della ricerca nell'attività sindacale sta nel fatto che essa garantisce autonomia. Intendo innanzitutto autonomia intellettuale, culturale. L'elaborazione di un punto di vista proprio consente indipendenza dalle visioni, pur autorevoli, di altri soggetti ed istituzioni. E costituisce anche, credo, un arricchimento per il dibattito e la riflessione generali. La Cgil ha una lunga tradizione nell'attività di ricerca nei vari settori di interesse per la

sua attività, dall'economia alla storia. L'obiettivo è di potenziare ed integrare meglio queste attività. Io stesso, come ho già avuto modo di dire in diverse occasioni, penso di dedicarmi al lavoro di ricerca, tornando dunque ad un vecchio amore, una volta scaduto il mandato di Segretario generale a settembre.

Parliamo ora della sua biografia personale. Essa è costellata di studi ed incontri con importanti figure del socialismo. Partiamo da un suo "amore" giovanile: Anna Kuliscioff. A questa grande figura, che si batté in particolare per i diritti delle donne e contro lo sfruttamento del lavoro minorile, lei ha dedicato la tesi di laurea. Che cosa la spinse a questa scelta?

Sono stato a lungo attratto da questa figura, cui ho dedicato la tesi di laurea. E dalla funzione di snodo che, secondo me, ha avuto tra la fase anarchica e quella riformista del movimento. E dall'influenza che ha avuto nei confronti dei due uomini più importanti della sinistra italiana dell'epoca, Andrea Costa e Filippo Turati. Fra le molte cose interessanti dell'intensissima biografia di questa donna eccezionale (Engels ebbe a dire: «l'uomo più forte del socialismo italiano è Anna Kuliscioff») mi ha interessato in particolare il passaggio dalla fede anarchica al socialismo riformista. Dopo l'esilio dalla Russia zarista, i numerosi arresti e le peregrinazioni in Europa, l'incontro con Turati (avvenuto alla fine degli anni Ottanta a Napoli dove lei, medico, si recò in occasione dell'epidemia di colera) segna anche il passaggio al riformismo ed alla messa a punto delle leggi a tutela del lavoro femminile e minorile.

È significativo che uno dei primi lavori da lei curati per l'Editrice Sindacale Italiana fu una raccolta di scritti e discorsi di Bruno Buozzi, altro grande sindacalista socialista riformista. Più recentemente lei si è confrontato, questa volta in un bellissimo dialogo, con un'altra grande figura del socialismo italiano: Vittorio Foa. Di fronte a queste grandi figure ed alla sua storia personale, che cosa rappresenta per lei la parola socialismo? Esiste, nel sindacato o nella politica, ancora spazio per una identità collettiva socialista nell'Italia di oggi?

Sì, certamente la chiave riformista ha sollecitato il mio interesse anche nello studio di Bruno Buozzi. La sua esperienza, comunque, rappresenta una fase insieme di grandezza e di debolezza del movimento sindacale, della Cgil, nel periodo prefascista. Grandezza perché è fase di crescita impetuosa delle lotte operaie e del sindacato – nasce fra l'altro il sindacato dei meccanici, la Fiom – ma insieme debolezza perché comincia la divisione fra lavoratori socialisti e comunisti nella Cgil. Per

venire all'oggi sì, io credo ancora che ci sia spazio, anzi necessità, per rinverdire il filone culturale socialista nella politica europea, anche se ora attraversa una fase di difficoltà oggettiva. Per me rappresenta ancora l'idea di solidarietà e giustizia. Quanto al sindacato, la prospettiva non può che essere rigorosamente riformista.

Sempre nel dialogo che avete tenuto alcuni anni fa, Foa raccontava come il sindacato avanzasse attraverso processi di inclusione. Affermava Foa: «Ogni volta ci si accorge di non aver incluso abbastanza, qualcuno rimane sempre fuori. [...] Una buona parte del mio lavoro sindacale è stato speso nei tentativi di sviluppare i temi di uguaglianza e inclusione, per associare nuovi lavoratori e assicurare loro i diritti che hanno gli altri lavoratori». Che bilancio fa dell'azione della Cgil per associare e rappresentare i c.d. "nuovi lavori"? Qual è la sua posizione rispetto all'idea di uno "Statuto dei lavori" sulla base dell'evoluzione e dell'attuazione delle proposte e delle idee che furono portate avanti, come collaboratore di Governi di diverso colore politico, da Marco Biagi?

L'inclusione è nel Dna stesso di un sindacato confederale, quale è la Cgil. È giusto il riferimento a Foa, è una bella citazione che rappresenta bene il senso del suo lavoro e della eredità che ha lasciato nella Cgil. Oggi far valere questi principi nei riguardi di quello che definiamo genericamente "i nuovi lavori" davvero non è semplice. L'estrema precarizzazione, la dispersione, diciamo anche la debolezza dei giovani lavoratori precari ed il rischio crescente di ricattabilità rendono più difficile il tradizionale lavoro sindacale. La Cgil ha costituito una categoria di rappresentanza di queste figure, prevalentemente giovani, il Nidil. Il bilancio è positivo; malgrado le difficoltà il lavoro sindacale fra questo nuovo tipo di lavoratori è possibile e pazientemente avanza, anche grazie ad alcune conclusioni positive di vertenze difficili, come la stabilizzazione in alcuni call center. Quanto a Marco Biagi, di cui non possiamo non ricordare con emozione il barbaro assassinio, ho l'impressione che si tenda ad attribuirgli molte opinioni che non ha mai sostenuto, a cominciare da quella sull'art. 18. Su numerosi punti ha visto giusto, offrendo spunti di riflessione interessanti e condivisibili, su altri mantengo opinioni diverse. A quarant'anni dalla sua nascita considero lo Statuto dei lavoratori ancora uno strumento prezioso ed una grande conquista da non disperdere per la difesa dei diritti universali nel mondo del lavoro.

*A colloquio con Raffaele Bonanni **

Raffaele Bonanni è nato nella cittadina abruzzese di Bomba (Chieti) il 10 giugno 1949. Dopo il diploma all'istituto commerciale, ha abbandonato gli studi ed ha iniziato a lavorare come manovale in un cantiere edile della Val di Sangro, iscrivendosi subito al sindacato. Ha frequentato nel 1972 il "corso lungo" presso il Centro Studi della Cisl a Firenze. Ha poi proseguito la sua attività sindacale nella Cisl in Sicilia, dove divenne uno dei più stretti collaboratori di Sergio D'Antoni. Nel 1981 è divenuto Segretario generale della Cisl di Palermo e nel 1989 è stato eletto Segretario generale della Cisl siciliana: in quegli anni si è battuto contro le infiltrazioni mafiose negli appalti e nella vita pubblica. Nel 1991 è stato chiamato a guidare la Filca, la categoria dei lavoratori dell'edilizia della Cisl. È entrato a far parte della Segreteria confederale della Cisl per la prima volta il 16 dicembre 1998 e riconfermato Segretario confederale nei congressi del 2001 e del 2005. Il 27 aprile 2006 è stato eletto Segretario generale della Cisl, carica alla quale è stato rieletto, praticamente all'unanimità, nel corso dell'ultimo congresso nazionale della confederazione di Via Po, il 24 maggio 2009.

Segretario, la Cisl ha da poco tenuto un'importante mobilitazione sui temi del fisco. Lei ha parlato di "operazione verità". Quali sono le strategie della vostra confederazione sindacale rispetto ad un tema così sensibile per i lavoratori, le imprese, le famiglie? Non teme che, nonostante le mobilitazioni, anche a causa della crisi economica, il dibattito che si è aperto porti a risultati scarsi?

È stata la Cisl a porre con grande forza al suo ultimo congresso la necessità di rivisitare tutto il sistema fiscale, per un riequilibrio complessivo del sistema di tassazione. Da quel momento il tema della riforma fiscale è al centro del dibattito politico ed economico. Il Governo ha assunto pubblicamente l'impegno ad aprire la discussione con tutte le forze responsabili del Paese. E questo è sicuramente un risultato da ascrivere alla nostra mobilitazione. Non vogliamo più operazioni elettorali di facciata sulle tasse, né siamo d'accordo su interventi a spizzichi e bocconi come si è fatto negli ultimi. Il nostro sistema fiscale è ormai obsoleto. Anche la crisi della domanda interna, che ha accompagnato il crollo della domanda estera, è stata determinata in buona misura dallo squilibrio del peso del fisco, che nel nostro Paese colpisce il lavoro molto di più degli altri fattori produttivi, dei patrimoni e dei consumi. Questo squilibrio è assai più forte che negli altri Paesi europei. Anche

* Segretario generale, Cisl.

per questo l'impatto della crisi sull'economia reale in Italia è stato rilevante, nonostante il nostro sistema finanziario non abbia mostrato le vistose crepe apertesi in altri Paesi. La modifica del mix tributario oggi non è più solo necessaria per riequilibrare il sistema, ridurre la tassazione sul lavoro e far finalmente pagare le tasse agli evasori, ma è anche una vera e propria strategia di politica economica per rilanciare la domanda interna a partire da coloro che hanno sempre sostenuto il peso del risanamento del bilancio pubblico sulle loro spalle: i lavoratori dipendenti ed i pensionati. Per far questo occorre operare una profonda riforma che, oltre a semplificare il sistema, sposti il prelievo sui consumi e progressivamente riduca la tassazione su lavoro e pensioni. Nello stesso tempo occorre aumentare sensibilmente il sostegno alla famiglia che è il cuore della riforma. Gli interventi portanti riguardano la radicale trasformazione dell'Ire, con la riduzione del livello e del numero delle aliquote, e l'introduzione di un significativo nuovo assegno al nucleo familiare, il Naf, che unifichi in un unico strumento, potenziandoli, gli attuali assegni alle detrazioni per familiari a carico. Siamo del tutto consapevoli che il debito pubblico sia tuttora ingente e, in rapporto col PIL, la situazione sia peggiorata proprio a causa della crisi. La strategia prudente del Ministro del tesoro ha avuto l'indiscutibile merito di bloccare la tracimazione. Le peculiarità del nostro sistema finanziario hanno facilitato questo compito perché non vi è stata la necessità di impiegare ingenti risorse a sostegno delle banche (si pensi non solo agli USA, ma anche a Paesi più vicini ad esempio la Francia con gli aiuti al gruppo Dexia). Oggi però, per evitare una lunga stagnazione, la priorità diventa quella del rilancio dell'economia, ed i solidi argini vanno in qualche modo allargati. Le difficili situazioni debitorie degli altri Paesi europei mettono per la prima volta l'Italia in una discreta posizione relativa, consentendo un margine di manovra. Questo margine va usato interamente per riformare il fisco. Non si può tuttavia pensare di effettuare una profonda riforma dall'oggi al domani caricandola interamente sul debito pubblico. Anche per questo la Cisl propone di finanziare, almeno in parte, gli interventi indicati a favore della famiglia, con un inasprimento della lotta all'evasione (ad esempio tramite un miglior utilizzo del conflitto d'interesse compratore-venditore), con un aumento della tassazione sulle rendite finanziarie, che andrebbero tassate con un'aliquota almeno pari a quella più bassa sul lavoro, e tassando maggiormente alcuni beni di consumo non di prima necessità. Una riforma radicale del fisco deve avere il consenso più ampio possibile. Fondamentale, dunque, che vi sia un ampio accordo tra Governo, parti sociali ed organizzazioni imprenditoriali sul percorso da seguire. Infine, la ri-

forma deve essere operata a livello centrale poiché deve interessare indifferentemente tutto il territorio nazionale, ma deve altresì essere inserita organicamente nel processo di attuazione del federalismo fiscale, perché non vorremmo che ciò che viene dato con una mano venisse recuperato con l'altra, ovvero che vi sia un inasprimento di tassazione sulle famiglie a livello locale. Una sfida difficile, come si vede, ma che la Cisl sente di dover affrontare da subito, perché i tempi sono ormai maturi.

La Cisl ha celebrato la propria conferenza nazionale dei servizi. Le centrali confederali, fin dagli anni Cinquanta, hanno sviluppato un sempre più capillare sistema di patronati e di centri di assistenza fiscale. Inoltre le molteplici ed in parte inedite competenze che, nell'ambito della riforma del mercato del lavoro, sono state attribuite agli enti bilaterali hanno suscitato grande interesse nei riguardi di questi organismi, ed interrogano il sindacato su come estendere la tutela e l'assistenza dei lavoratori attraverso nuove forme e nuovi strumenti. Quali sono le priorità che la Cisl si è data nella recente conferenza? Quali gli aspetti maggiormente innovativi su cui punterete nei prossimi anni? In che modo costruirete ponti tra il sistema "tradizionale" dei servizi e le opportunità fornite dalla bilateralità?

Il sindacato confederale deve continuare a fare il suo mestiere che è quello di tutelare le persone nei posti di lavoro, fare i contratti e migliorare le condizioni di vita di lavoratori e pensionati in un quadro di compatibilità generali. Ma è evidente che anche i servizi sono diventati un pezzo importante del ruolo di tutela e di assistenza, quasi sempre gratuita, che il sindacato svolge nella società italiana. Ecco perché abbiamo bisogno di ricalibrare meglio questo ruolo, rafforzando la nostra rete a partire dai cardini del sistema stesso: Caf, patronato, uffici vertenze. Tutto ciò è importante per consolidare il rapporto che il sindacato ha con i propri iscritti e con la collettività. I servizi Cisl diventeranno sempre più efficienti, in particolare attraverso gli strumenti della tessera elettronica e dell'anagrafe degli iscritti. Abbiamo già avviato un percorso per arrivare ad un modello integrato del sistema dei servizi Cisl, capace di soddisfare le esigenze di tutela e di assistenza di quei 5 milioni di utenti che ogni anno si rivolgono alle sedi della nostra confederazione dove trovano competenza, efficienza e disponibilità. La ridefinizione dei servizi sindacali è un impegno forte che va portato avanti tenendo conto dei continui processi di cambiamento del mercato del lavoro. Vogliamo, infatti, essere più vicini a tutti gli iscritti della confederazione, vecchi e nuovi, a partire dai giovani, dagli immigrati e dalle fami-

glie. Il territorio resta il punto di riferimento di tutte le nostre strategie, mentre abbiamo anche deciso una strada innovativa e convinta come quella del bilancio sociale. È una grande sfida e responsabilità, ma crediamo si tratti di un salto di qualità capace di metterci in condizione anche di incrementare il proselitismo. Dobbiamo impegnarci sempre più approfonditamente, anche grazie agli strumenti della bilateralità, sul passaggio cruciale dell'integrazione tra tutele individuali e rappresentanza collettiva.

Lei ha ricoperto per molti anni la delega del mercato del lavoro. In quest'ultimo periodo si è animato un dibattito molto acceso sul tema del c.d. contratto unico al quale si affianca la concezione, parzialmente diversa, di uno "Statuto dei lavori". Qual è la sua posizione su questo tema? Quali ritiene siano le più urgenti tutele con cui accompagnare i contratti flessibili e sostenere i giovani nel mercato del lavoro?

Non ci piace questa proposta del contratto unico. Anzi, con molta franchezza la consideriamo il vero attacco alle tutele garantite dall'art. 18. Chi ha strillato tanto contro le norme sull'arbitrato farebbe bene a documentarsi ed a rileggersi quello che propongono i sostenitori del contratto unico. Noi confermiamo la scelta dello Statuto dei lavori, e ci dispiace che il dibattito sull'introduzione di un eventuale contratto unico non si sia alimentato in un contesto di rispetto delle relazioni sindacali e di proposta di tutele attive del lavoro. L'idea di una progressività di diritti e tutele, poi, non può che essere ricondotta allo Statuto dei nuovi lavori. Non vorremmo che con l'invenzione elitaria confezionata in laboratorio del contratto unico si volesse avallare la tesi sbagliata – avversata da noi – che la precarietà del lavoro dipenda dalla flessibilità e dal numero delle tipologie di rapporti, e non da una flessibilità non contrattata, mal pagata e non tutelata. Si tratta di fare avanzare quella tutela attiva del lavoratore per l'occupabilità, come si è delineata, per il grande impegno della Cisl contro ogni conservatorismo e radicalismo sindacale e politico, con un ruolo forte della contrattazione e della bilateralità e di reali politiche di formazione. Da parte nostra inoltre abbiamo rilanciato la più che decennale esperienza di tutela dei "nuovi lavori" attraverso la costituzione della Felsa, una forte e giovane federazione sindacale che associa i lavoratori a progetto, gli interinali e – novità – i lavoratori autonomi senza dipendenti. Un'altra nuova sfida targata Cisl. La proposta della Cisl si basa sulla tutela attiva del lavoratore. È la crisi che mette all'ordine del giorno le questioni prioritarie con cui dobbiamo misurarci. La mancanza di un sistema di ammortizzatori sociali di tipo universalistico è diventata subito, con l'aggressione della crisi

all'occupazione, emergenza sociale rispetto ad un mercato del lavoro ben più ampio ed articolato di quello di vecchia matrice fordista, con le tutele storiche ancora in vigore. È il conto pesante del dualismo del nostro mercato del lavoro, la cui parte debole sono i lavoratori con i contratti flessibili, spesso sottopagati e, malgrado alcuni miglioramenti ottenuti in questi anni con l'impegno fattivo della Cisl, in molti casi privi del tutto (o con coperture molto ridotte) di tutele sociali contro la disoccupazione, la malattia, la maternità. La prospettiva previdenziale è negativa per la minore/ritardata carriera lavorativa e la minore copertura contributiva, per l'impossibilità della pensione integrativa. Durante tutta la fase della crisi abbiamo fortemente perseguito il rafforzamento e l'estensione degli ammortizzatori sociali per tutti i lavoratori, compresi quelli con rapporti flessibili, sostenendo la collaborazione interistituzionale, l'entità finanziaria, la qualità degli interventi per un rapporto attivo con il lavoro (reddito, formazione, contratti di solidarietà), il decentramento delle responsabilità. Ora bisogna proseguire il cammino e far avanzare con pazienza il processo di unificazione del mercato del lavoro, innovando ancor più e facendo crescere l'intesa tra i soggetti del lavoro e le istituzioni e mobilitando i territori per soluzioni sussidiarie a sostegno delle prestazioni universali. Per noi, a quarant'anni dall'adozione dello Statuto dei lavoratori, la risposta per la tutela dei nuovi lavori è lo Statuto dei lavori, un'idea di Marco Biagi cui siamo stati fin da subito favorevoli. Non si tratta certamente, come vorrebbero alcuni detrattori e confusionari di professione, di abolire lo Statuto dei lavoratori, ma di completarlo ed integrarlo ad una realtà produttiva e del mercato del lavoro profondamente cambiata.

Un cavallo di battaglia della Cisl e, in particolare, di alcune sue categorie, si pensi agli edili ed al commercio, è stata ed è lo sviluppo della contrattazione territoriale. Domenico Paparella, compianto Segretario del Cesos (Centro Studi economici sociali), promosso dalla Cisl, sosteneva che «la contrattazione territoriale intercategoriale costituisce il luogo per accrescere la capacità di ricomposizione del mercato del lavoro, per cogliere la pluralità delle condizioni, ma anche le omogeneità di condizione che il lavoro salariato continua a proporre». È però indubbio che, a causa di forti resistenze datoriali su questo tema, anche con l'accordo del 22 gennaio 2009 sul modello contrattuale, i passi avanti su questo fronte non sono stati decisivi. Ritiene che, anche alla luce della sempre più forte frammentazione non solo del lavoro, ma anche dell'impresa, si possa rilanciare questo tema? Se sì, come e con quali priorità?

L'accordo sul nuovo sistema contrattuale è certamente un passo significativo verso l'estensione graduale della contrattazione territoriale; non chiude assolutamente allo sviluppo multiforme di questo importante strumento di contrattazione sia nell'ambito classico della negoziazione con le parti imprenditoriali sia nelle forme più innovative che abbiamo sperimentato nella quotidiana azione di argine alla crisi economica ed occupazionale. Personalmente ho sempre considerato una forzatura parlare con enfasi di "esigibilità" della contrattazione aziendale o territoriale. I contratti sono accordi tra le parti, vanno difesi e conquistati, soprattutto a livello territoriale, dove c'è oggi (e ci sarà ancora di più in futuro con il federalismo) uno spazio enorme di negoziazione con le Regioni, i Comuni, le imprese, le banche del territorio. Il baricentro delle relazioni sindacali inevitabilmente è destinato a spostarsi dal centro alla periferia. Il contratto nazionale di lavoro da solo non basta più. È chiaro che, per incrementare la contrattazione di secondo livello in un contesto produttivo come quello italiano di piccole e piccolissime imprese, è necessario sperimentare sempre di più modalità contrattuali innovative nel quale il territorio è un elemento che non può rimanere escluso. Va poi detto che, sempre più, anche a causa della crisi economica, la contrattazione territoriale allarga il suo campo di azione, spesso non solo in ambito bilaterale, ma in rapporto con le istituzioni locali. Lo stiamo facendo già con successo, e la politica dovrebbe riflettere di più su questa esperienza positiva. Nella crisi infatti, più che un rilancio della contrattazione territoriale, abbiamo avuto un rilancio della concertazione sociale territoriale con intese quasi sempre unitarie che hanno coinvolto le Regioni, i sindacati, le organizzazioni imprenditoriali, il sistema bancario, le fondazioni, il terzo settore, ed hanno riguardato in particolare gli ammortizzatori sociali, le politiche del lavoro, i servizi per l'infanzia e per la non autosufficienza. Dobbiamo continuare su questa strada.

Parliamo ora della sua biografia personale. Ci può raccontare della sua esperienza giovanile nei cantieri edili della Val di Sangro? In quali condizioni e con quali motivazioni si è avvicinato all'esperienza sindacale sul campo, nei primissimi anni Settanta?

Sono entrato nel sindacato in anni difficili, quando bisognava conquistare sul campo le tutele fondamentali nel mondo del lavoro. Era uno straordinario periodo di passaggio e l'istinto mi suggeriva come tanti altri giovani di conquistare spazi di democrazia e di partecipazione. Dopo aver lasciato la scuola, ho cominciato a lavorare come manovale nei cantieri edili, organizzando la gente nel sindacato per cercare di

modificare le condizioni di lavoro che in quegli anni erano molto difficili. Al mattino lavoravo nel cantiere, la sera andavo nella sede della Cisl della mia zona a preparare le vertenze. È stato un lavoro duro, faticoso sul piano fisico, dove non sono mancate le lotte e gli scontri con gli imprenditori e le istituzioni che volevano frenare quello slancio positivo di rinnovamento. Ma già da allora ho sempre pensato che bisognava dare uno sbocco alle lotte dei lavoratori. Il sindacato serve per fare accordi con le controparti non per fare solo scioperi. Non ho mai amato la demagogia ed il populismo. Per questo scelsi la Cisl che ha sempre avuto una cultura riformatrice vera, autonoma dai partiti e dai condizionamenti ideologici.

Un aspetto forse un po' sottovalutato nella storia del sindacato è l'importante ruolo che esso ha svolto, fin dalle sue origini, per l'alfabetizzazione e l'innalzamento culturale, in particolare delle classi meno abbienti dei lavoratori. Lo si riscontra nelle esperienze mutualistiche e popolari, fino alle lotte per le 150 ore degli anni Settanta ed oggi, rispetto ai temi dell'educazione degli adulti e della formazione continua. Può raccontarci della sua esperienza nella scuola popolare di Palermo, sviluppatasi durante il periodo del suo impegno sindacale in Sicilia? Cosa di quella esperienza può essere ancora attuale richiamare per il presente ed il futuro?

Anche quello è stato un periodo di grandi cambiamenti sociali e culturali. Palermo nei primi anni Settanta era una città in fermento, dove i giovani avevano una voglia straordinaria di cambiare le cose, di battersi contro i soprusi, il ricatto malavitoso. Appena arrivai in Sicilia mi accostai subito a quei movimenti che nascevano nei quartieri più degradati di Palermo. Il sindacato doveva starci. Conobbi Rostagno ed i suoi ragazzi, ma c'erano giovani di tutte le tendenze culturali che si accostavano alle nostre strutture nel territorio. C'erano confronti aspri, ma ci univa lo stesso spirito collaborativo, lo stesso comune obiettivo di aiutare le persone bisognose di aiuto. Alle sette della sera, nella sede della Filca venivano lavoratori senza licenza elementare ed a quel punto il sindacato diventava una vera scuola. C'erano tanti insegnanti volontari che si occupavano dei lavoratori. Palermo in quegli anni era tutta un cantiere, molti contadini si erano trasferiti dalla campagna alla città. Il processo di urbanizzazione andava accompagnato da un processo di formazione, proprio per evitare che tanta gente andasse ad ingrossare, per ignoranza e per bisogno, le file della malavita. A distanza di tanti anni, è in fondo la stessa funzione sociale e culturale che oggi il sindacato compie con i lavoratori extracomunitari per favorire una migliore

integrazione nei posti di lavoro e nella società di tante persone oggi bisognose di diritti, tutele e formazione professionale.

Insieme a quella siciliana, un ambito fondamentale nella sua esperienza sindacale è legato al suo ruolo di Segretario generale della Filca tra il 1991 ed il 1998. Un'interessante storia della Filca-Cisl, curata da Giuseppe Vedovato, si intitola Da "figli di un dio minore" a protagonisti della partecipazione. Può raccontarci, in particolare, il percorso che portò alla sperimentazione del Durc (Documento unico di regolarità contributiva), uno degli esempi più importanti di positivo ruolo della bilateralità nel nostro Paese?

Ho vissuto anni davvero straordinari e di intenso lavoro alla Filca. Si può dire che questa categoria è diventata la mia seconda famiglia. Proprio l'adozione del Durc è una delle battaglie sindacali che la Filca ha portato avanti con coraggio e determinazione fin dai primi anni Ottanta per regolarizzare la posizione contributiva dei lavoratori. C'era un'evasione spaventosa nel settore dell'edilizia, anche per la mancanza di controlli incrociati ed un utilizzo smisurato dei subappalti. All'inizio quando parlavamo in giro del Durc, la gente spalancava gli occhi ed era scettica sull'adozione di questo strumento. Ricordo che il primo accordo lo abbiamo firmato da soli, senza le altre sigle sindacali, a Pescara con l'amministrazione comunale sulla concessione dell'abitabilità di alcuni immobili a condizione che ci fosse il Documento di regolarità contributiva. Poi sono venute le prime sperimentazioni in altre Regioni, a cominciare dall'Umbria, che è stata la prima che in un certo senso ha istituzionalizzato il Durc. Anche in quel caso fu la Filca a porre l'esigenza di uno strumento snello che potesse certificare la regolarità contributiva delle imprese che lavoravano per la ricostruzione delle zone colpite dal terremoto. Poi, gradualmente, questo strumento è stato esteso anche ad altri settori, non solo all'edilizia. Ma il principio di fondo è rimasto lo stesso: sono gli enti bilaterali che certificano la correttezza delle posizioni contributive, in sinergia con gli enti previdenziali. Sono le imprese ed i lavoratori insieme che gestiscono questo strumento, in uno spirito di collaborazione e di sussidiarietà, che è poi la grande carta su cui puntare per riformare lo stato sociale in Italia.

Un'ultima domanda. Da pochi giorni è stato ricordato il triste anniversario del sacrificio di Marco Biagi. Una figura con la quale – è noto – lei ha avuto un proficuo incontro professionale, in particolare durante la negoziazione che ha portato alla legge che, postuma, porta il suo nome. Qual è l'immagine, il ricordo personale o il pensiero di speranza

che oggi, ritornando alla sua figura, le viene in mente? Quale parallelo con un'altra grande figura legata alla Cisl, ed anch'essa uccisa barbaramente dal terrorismo delle Brigate Rosse, come Ezio Tarantelli?

Marco Biagi era una persona davvero straordinaria. Ho avuto il privilegio ed il piacere di frequentarlo e di lavorare insieme a lui per alcuni anni attraverso un dialogo costante, quasi quotidiano. Un rapporto sempre franco, dialettico, di amicizia e di stima, credo reciproca. Marco è stato assassinato nel momento della sua elaborazione più alta, quando aveva raggiunto una grande maturazione di pensiero e di esperienza diretta dei fenomeni sociali ed economici. La sua analisi sarebbe stata oggi di grande utilità per affrontare questa crisi così complessa e difficile. Lo stesso destino di Ezio Tarantelli, anche lui ammazzato, a poco più di quarant'anni, per il coraggio di aver difeso le sue idee. Purtroppo i riformatori hanno sempre pagato in questo Paese un prezzo altissimo perché sono diventati il bersaglio di tutti coloro che hanno pensato di fermare i necessari cambiamenti economici e sociali della realtà italiana. Biagi, D'Antona, Tarantelli, Bachelet, Tobagi ed altri intellettuali sono dei martiri da indicare come esempio alle nuove generazioni, perché senza il sacrificio di queste persone la nostra società sarebbe meno libera, pluralista e democratica.

*A colloquio con Luigi Angeletti **

Luigi Angeletti è nato a Greccio, in Provincia di Rieti, il 20 maggio 1949. Ha lavorato per lungo tempo presso la OMI (Ottica Meccanica Italiana), un'azienda metalmeccanica di Roma, della quale era delegato. Inizia così la militanza sindacale dell'attuale leader della Uil. Dal 1975 al 1980 ricopre la carica di Segretario provinciale della Uilm e della Flm (il sindacato unitario dei metalmeccanici) di Roma. Nel 1980 viene eletto Segretario nazionale della Uilm, di cui diverrà Segretario generale nel febbraio del 1992. In questo ruolo, nel luglio 1994, realizza il primo rinnovo del contratto dei metalmeccanici senza una sola ora di sciopero, successivo agli accordi del 23 luglio 1993. Sempre in qualità di Segretario generale della Uilm è protagonista della nascita del fondo di previdenza complementare Cometa (1997). Da sempre impegnato sui temi dello sviluppo industriale, è tra i più attivi sostenitori della nascita del moderno stabilimento europeo dell'auto (Fiat di Melfi). Nel 1998 viene eletto Segretario confederale Uil. Per la confederazione si occupa di politiche contrattuali e politiche industriali per tutti i settori dell'industria

* Segretario generale, Uil.

e dell'artigianato. Il 13 giugno del 2000 viene eletto Segretario generale della Uil, carica alla quale è stato confermato nel corso dei congressi del 2002, del 2006 e del 2010.

Segretario, la Uil ha appena tenuto il proprio 15° congresso ed ha anche celebrato il 60° anniversario della propria nascita. Il futuro sarà ancora un "domani riformista" come sottolinea lo slogan dei vostri lavori?

Ne siamo convinti perché è il nostro Paese ad aver bisogno di modernità e di riformismo. Ed occorre avere piena consapevolezza che la complessità del sociale richiede su questo terreno un rinnovato impegno. I dogmatismi ideologici sono stati spazzati via dalla storia. E la diffusa mutevolezza sociale richiede un approccio flessibile e laico al governo dei cambiamenti. Solo chi ha categorie mentali riformiste può muoversi a proprio agio su questo nuovo terreno. Bisogna costruire un nuovo modello sociale fondato sull'equilibrio fra i tre fattori che generano sviluppo: il mercato, il lavoro, la persona. L'ipertrofia o la distrofia di uno di questi tre elementi determina squilibri e fa inclinare il piano sociale che su di essi si fonda. Ebbene, il riformismo è l'unico strumento capace di tenere i tre fattori costantemente in equilibrio. Acquisire lo spirito riformista significa acquisire la volontà, innanzitutto, e la capacità, poi, di decidere e di assumersi la responsabilità del cambiamento. In ciò risiede la sfida della modernità. Una sfida che la Uil ha deciso di raccogliere.

Nella sua relazione congressuale lei ha stigmatizzato chi, nella crisi, aveva proposto di concentrarsi sull'ampliamento dell'indennità di disoccupazione come asse per la riforma del nostro sistema di ammortizzatori sociali. Il rafforzamento e l'estensione dei vecchi ammortizzatori ha salvato centinaia di migliaia di posti di lavoro. È quindi fuorviante parlare ancora della necessità di una riforma organica del sistema di ammortizzatori sociali italiano, una volta terminata la crisi?

Una riforma del sistema degli ammortizzatori resta una delle priorità per gestire le disfunzioni del mercato del lavoro. In questa fase di crisi occorre – ed occorre tuttora – dare risposte immediate ed efficaci ad una situazione di emergenza. Ecco perché abbiamo chiesto un intervento dello Stato teso a finanziare l'occupazione piuttosto che la disoccupazione. Ebbene il nostro Paese è riuscito, meglio di altri, a contenere l'impatto della crisi sull'occupazione e questo è stato possibile grazie ad una politica degli ammortizzatori sociali che ha consentito di mantenere i lavoratori legati al proprio posto di lavoro. L'idea secondo cui, in

presenza di una condizione di crisi così generalizzata, sarebbe stato possibile accettare a cuor leggero i licenziamenti, fidando su un sostegno al reddito incentrato sull'indennità di disoccupazione, avrebbe aggiunto danno a danno. Due sarebbero stati gli effetti negativi di questa metodologia. Innanzitutto avremmo rischiato di alimentare qualche atteggiamento truffaldino. Alcune imprese cioè avrebbero potuto approfittarne estromettendo dal processo lavorativo più persone del dovuto, riassorbendo poi, in nero, quella stessa forza-lavoro. Ma, soprattutto, si sarebbe generato un ulteriore effetto economico deleterio. Avremmo assistito ad un depauperamento del sistema produttivo, ancor più consistente di quello che siamo costretti a sopportare. Si sarebbe disperso un patrimonio occupazionale che, in moltissime realtà, rappresenta l'ossatura essenziale su cui si regge la stessa impresa.

Quando venne eletto Segretario generale della Uil, il 13 giugno del 2000, parlando dei suoi predecessori lei disse: «io intendo muovermi nel solco dei Segretari della Uil che ho conosciuto: Vanni, Benvenuto, Larizza. Essi ci hanno consegnato tre scelte strategiche. Vanni, la politica dei redditi. Benvenuto, la necessità di interpretare i cambiamenti della società e di adeguare continuamente le risposte politiche e organizzative. Larizza, le politiche della concertazione e della partecipazione come orizzonte del moderno sindacalismo». Dopo tre congressi nazionali e dieci anni di guida della Uil, quale è il solco finora tracciato da Luigi Angeletti? Quali le priorità per il futuro?

Non spetta certamente a me rispondere alla prima parte della sua domanda: io spero solo di aver fatto – e di continuare a fare – un buon lavoro per gli iscritti alla Uil e per i lavoratori italiani. Per quel che riguarda le priorità per il futuro, ribadisco che nell'immediato il primo problema da affrontare e risolvere è quello dell'occupazione. C'è poi l'annosa ed irrisolta questione fiscale. L'attuale sistema non funziona. È quanto di più iniquo ed inefficace si sia potuto immaginare. Incoraggia l'evasione, e questo oggi non ce lo possiamo più permettere. Non è solo una questione morale, è un problema economico: con questo sistema il Paese si impoverisce. Le tasse gravano sul lavoro e questo fardello frena il motore della crescita. In Italia risultano poveri solo quelli che si dichiarano tali. E, invece, la categoria più numerosa di veri poveri è quella dei lavoratori dipendenti e dei pensionati: ecco perché continuiamo ad insistere che solo ad essi vengano ridotte le tasse.

Sempre durante il recente congresso lei ha sottolineato l'importanza del rafforzamento, su più fronti, della bilateralità. Ha parlato di sussi-

diarietà e bilateralità come fondamento di un nuovo stato sociale. Il bilateralismo è pronto per assumersi nuove responsabilità che, inevitabilmente, dovranno essere portate avanti su tutto il territorio nazionale anche dove, ad esempio nel Mezzogiorno, la diffusione degli enti bilaterali incontra forti difficoltà?

Gli enti bilaterali sono uno strumento efficace per affrontare e risolvere alcuni problemi fondamentali che riguardano i lavoratori: l'esperienza pratica e quotidiana è la migliore testimonianza della validità di questa affermazione. La bilateralità è uno dei pilastri su cui impiantare un nuovo "welfare to work" che abbia, in particolare nella formazione, il filo conduttore con cui tessere i rapporti sul mercato del lavoro e con cui costruire il futuro occupazionale. Noi siamo convinti che un rafforzamento del ruolo della bilateralità nei percorsi di collocamento potrebbe costituire un passaggio importante per attribuire maggiore rapidità ed efficienza all'incontro tra domanda ed offerta. La funzione degli enti bilaterali, peraltro, è sempre più decisiva per l'attuazione di progetti formativi necessari a garantire ai lavoratori prospettive di adeguamento professionale, ma dovrebbe trovare spazi ulteriori anche nella gestione di alcune forme di mutualità sul fronte degli ammortizzatori sociali. Sussidiarietà, ma non supplenza nell'applicazione di nuovi percorsi di garanzia. L'assunzione di responsabilità del sindacato e delle parti sociali, infatti, non vuol dire sostituzione di quei soggetti a cui restano conferiti compiti istituzionali. Vuol dire " porsi accanto", muoversi nella stessa direzione, in una sola parola "partecipare".

Parliamo della biografia dell'"anti-leader" Luigi Angeletti, come è stato scritto in un libro a lei dedicato. Lei si è formato nel sindacato durante l'autunno caldo, da impiegato in una azienda metalmeccanica. Si è quindi avvicinato al sindacato durante un periodo molto diverso da quello attuale e sulla base di una forte spinta verso l'unità sindacale. Quali sentimenti ha provato durante la firma dell'accordo "separato" sul modello contrattuale? Quali prospettive/soluzioni possibili nel confronto/scontro di questi ultimi anni con la Cgil?

La riforma del sistema contrattuale era indispensabile: abbiamo atteso fin troppo tempo. Il vecchio modello fondava la costruzione delle rivendicazioni contrattuali sul meccanismo dell'inflazione programmata. Erano le parti sociali, insieme al Governo, a stabilire quale dovesse essere il livello atteso dell'inflazione a cui commisurare le richieste salariali. Quel modello ha funzionato molto bene ed ha consentito di conseguire l'obiettivo che ci si era prefissi di raggiungere. Poi lo scenario macroeconomico è del tutto mutato ma quel modello è rimasto lì, inal-

terato, del tutto avulso dal nuovo contesto e dalle nuove esigenze che l'economia andava ponendo all'attenzione di tutti. È successo così che, a partire dal 1998 sino allo scorso anno, l'applicazione del sistema contrattuale fondato sull'inflazione programmata è banalmente servito per una sistematica programmazione della riduzione dei salari reali. Con il nuovo modello contrattuale, finalmente si è spezzata la spirale "bassi salari/bassa produttività", che è il vero problema della nostra economia. Ora sono state gettate le fondamenta per realizzare una crescita dei salari e della produttività. Dunque, aver raggiunto questo traguardo è stato davvero importante. Che la Cgil non abbia firmato può dispiacere, ma l'alternativa sarebbe stata l'immobilismo e ciò avrebbe significato far perdere ai lavoratori altro salario: non potevamo più permettercelo. Noi siamo disposti a riprendere un dialogo unitario con la Cgil, ma non siamo disposti a fermarci: l'unità per non far nulla o, peggio ancora, per far danni non serve a niente e a nessuno.

Una domanda forse un po' impertinente. Delle tre maggiori confederazioni sindacali la Uil è l'unica confederazione che, ad ogni livello, non prevede un limite di mandati per le cariche interne. Come assicurate il ricambio dei quadri? Come rispondete a chi considera il sindacato una struttura chiusa e tendenzialmente indifferente alle nuove generazioni?

Non è propriamente esatto: c'è comunque un limite di età – 65 anni – per gli incarichi nelle categorie. Inoltre, prossimamente, si riunirà una Commissione per affrontare la questione anche per gli incarichi confederali. Il ricambio dei quadri avviene del tutto normalmente anche per la nostra organizzazione, basti pensare che ciò è accaduto, proprio in occasione della recente stagione congressuale, per categorie come i metalmeccanici e gli edili e per alcuni importanti territori. La Uil è cresciuta sensibilmente in termini di consensi e di iscritti: negli ultimi quattro anni abbiamo superato ampiamente i 2 milioni di tesserati e, tra questi, circa il 25% è sotto i 35 anni. Non solo. Il rapporto tra iscritti attivi e pensionati si divarica sempre più a favore dei primi e fra le tre grandi organizzazioni sindacali siamo quella che può vantare il miglior rapporto tra questi due fattori. Abbiamo una Uil giovani, con esperienze interessanti anche a livello territoriale, ed abbiamo inoltre una web Tv, presente pure su Facebook, che affronta argomenti non solo sindacali e che, grazie a questo moderno linguaggio, sta attirando l'attenzione di tantissimi giovani. Insomma, i numeri ed i fatti parlano di una Uil attenta ed aperta alle nuove generazioni.

Parliamo del futuro del mondo del lavoro. Siamo a pochi giorni dall'anniversario del sacrificio di Marco Biagi. Lei ha vissuto da pro-

tagonista gli anni nei quali Biagi proponeva, nell'ottica della promozione di un sistema di flexicurity, adatto al nostro Paese, uno "Statuto dei lavori". Quali sono i tasselli che ancora mancano per completare quel disegno riformista e progettuale del giuslavorista bolognese? Che ricordo personale ha di Marco Biagi?

Marco Biagi era una persona perbene, di grande umanità, uno dei migliori giuslavoristi che abbia mai avuto il nostro Paese. Grazie al suo insegnamento ed al suo lavoro, abbiamo fatto alcuni passi avanti verso un sistema di *flexicurity*. Noi siamo disponibili a proseguire su questa strada ed affrontare la questione dello Statuto dei lavori, sia per onorare la sua memoria sia per dare maggiori speranze nel futuro ai lavoratori e, soprattutto, ai giovani.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Apprendistato

- *apprendistato professionalizzante (1.1. – 1.2.)*
- *apprendistato di alta formazione (1.3.)*

Infortuni e malattie professionali

- *rendita Inail ai superstiti (2.1.)*

Lavoro a termine

- *condizioni di ricorso (3.1. – 3.2.)*

Lavoro giornalistico

- *inquadramento professionale (4.1.)*

Licenziamento collettivo

- *impugnazione (5.1.)*

Licenziamento individuale

- *superamento del periodo di comporta (6.1.)*

Obblighi del lavoratore

- *obbligo di fedeltà (7.1.)*

Processo del lavoro

- *ricorso per cassazione (8.1.)*

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.

* 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. Apprendistato

1.1. C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 18).

Apprendistato - Apprendistato professionalizzante - Durata minima del contratto ex art. 49, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 - Eliminazione del limite di durata minima del contratto - Lesione delle competenze regionali in materia di formazione - Esclusione - Art. 23, comma 1, d.l. n. 112/2008 - Legittimità costituzionale.

L'art. 49, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, così come modificato dall'art. 23, comma 1, d.l. n. 112/2008, consente alle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro la conclusione di contratti di apprendistato di durata fino a sei anni, laddove la precedente consentiva tali contratti solo se fossero stati di durata compresa fra i due e i sei anni. La legge non riduce automaticamente i tempi della formazione professionale, ma attribuisce la facoltà, prima non consentita, di concludere contratti fino a due anni, senza eliminare la possibilità di concluderne anche di durata superiore. Saranno dunque le parti sociali – cui risultava già affidata la determinazione della durata del contratto – a stabilirne una anche inferiore a due anni se funzionale alle esigenze del settore o alle caratteristiche del percorso formativo. Vi sono, infatti, figure professionali per le quali un contratto di apprendistato di durata inferiore ai due anni può considerarsi sufficiente. Non è tuttavia lesa la competenza delle Regioni, le quali possono, come prima, contribuire alla disciplina della formazione professionale, dettando norme che prevedano, per il conseguimento di determinate qualifiche professionali, una durata del rapporto non inferiore a due anni.

1.2. C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 18).

Apprendistato - Apprendistato professionalizzante - Apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale ex art. 49, comma 5-ter, d.lgs. n. 276/2003 - Esclusione delle Regioni dalla disciplina della fattispecie - Illegittimità - Art. 23, comma 2, d.l. n. 112/2008 - Incostituzionalità parziale.

Così come le Regioni non possono, nell'esercizio delle proprie competenze, svuotare sostanzialmente di contenuto la competenza statale, analogamente non è ammissibile riconoscere allo Stato la potestà di comprimere senza alcun limite il potere legislativo regionale.

Anche nell'ipotesi di apprendistato, con formazione rappresentata come esclusivamente aziendale, deve essere riconosciuto alle Regioni un ruolo rilevante, di stimolo e di controllo dell'attività formativa.

1.3. C. Cost. 10/14 maggio 2010, n. 176 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 18).

Apprendistato - Apprendistato di alta formazione - Assenza di regolamentazione regionale - Intese tra datore e Università o enti formativi - Lesione delle competenze regionali in materia di formazione - Esclusione - Art. 50, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 - Norma cedevole - Art. 23, comma 4, d.l. n. 112/2008 - Legittimità costituzionale.

Lo Stato indicando uno strumento per ovviare all'eventuale assenza di regolamentazione regionale, ha permesso di dar luogo effettivamente ai contratti di apprendistato di alta formazione in quelle regioni ove ancora non sia stata posta una disciplina in tal senso, peraltro con una regolamentazione ispirata a criteri di ragionevolezza (convenzione tra datori di lavoro e Università). Nulla impedisce, poi, alle Regioni di legiferare, riappropriandosi della propria competenza in tema di formazione. L'espressione «in assenza di regolamentazioni regionali» va infatti interpretata come se equivallesse a «fino all'emanazione di regolamentazioni regionali». Così facendo lo Stato ha introdotto una norma "cedevole", cioè una disposizione destinata a perdere efficacia nel momento in cui la Regione eserciti il proprio potere legislativo.

Tale potere dello Stato è legittimo, in considerazione del contesto in cui è stato previsto. Pertanto, non è ravvisabile alcuna lesione delle competenze regionali, in quanto le Regioni possono far venire meno, in qualsiasi momento, l'operatività della norma statale, dettando una disciplina in materia di apprendistato di alta formazione.

(1.1. – 1.3.) La disciplina dell'apprendistato professionalizzante dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 176 del 2010

Sommario: **1.** Il fatto. – **2.** L'apprendistato professionalizzante: il quadro normativo precedente alla sentenza n. 176/2010. – **3.** L'apprendistato di alta formazione: il quadro normativo precedente alla sentenza n. 176/2010. – **4.** La sentenza. – **4.1.** La durata minima del contratto di apprendistato professionalizzante. – **4.2.** Le intese tra datore ed ente formativo per l'apprendistato di alta formazione. – **4.3.** La formazione esclusivamente aziendale e il "doppio canale". – **5.** Effetti della sentenza sulla disciplina dell'apprendistato professionalizzante.

1. La Corte costituzionale è nuovamente intervenuta con la sentenza n. 176 del 10/14 maggio 2010, sulla disciplina dell'apprendistato professionalizzante e dell'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione.

La decisione trova origine nei ricorsi presentati da otto Regioni – Emilia Romagna, Liguria, Toscana, Basilicata, Piemonte, Marche, Puglia e Lazio – all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha significativamente innovato e modificato i due istituti. Tali Regioni hanno sollevato questione di legittimità costituziona-

le in merito ai commi 1, 2 e 4 dell'art. 23 del d. l. n. 112/2008 per contrasto con gli artt. 39, 117, 118 e 120 Cost. La sola Regione Veneto aveva impugnato pure il comma 3, ma ha in seguito rinunciato al giudizio.

In estrema sintesi e in chiave generale i ricorsi denunciano l'ingiustificata e illegittima menomazione delle competenze legislative regionali esclusive e concorrenti in materia di formazione rispetto a una regolamentazione dell'apprendistato, quella del d.l. n. 112, che elimina il limite minimo di durata del contratto di apprendistato professionalizzante, introduce la fattispecie dell'apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale e, in assenza di una regolamentazione regionale dell'apprendistato di alta formazione, prevede che i datori di lavoro possano stipulare intese direttamente con gli enti formativi.

La Corte ha respinto le questioni di legittimità relative all'eliminazione del limite minimo di durata del contratto di apprendistato professionalizzante e alla possibilità in caso di apprendistato di alta formazione di realizzare intese direttamente tra datore di lavoro ed ente formativo in assenza di accordi regionali che disciplinino la fattispecie. Ha invece parzialmente accolto, nei termini che di seguito si precisano, i rilievi in merito alla disciplina dell'apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale, segnando la fine del cosiddetto "doppio canale".

2. L'apprendistato professionalizzante, così come definito dall'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003 è quel contratto che permette di assumere giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni per il conseguimento di una qualificazione professionale attraverso una formazione sul lavoro e la acquisizione di competenze di base, trasversali e tecniche-professionali. Il comma 5 dell'art. 49 affida la regolamentazione dei profili formativi dell'istituto alle Regioni e alle Province Autonome, d'intesa con le associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano regionale, e nel rispetto dei criteri e dei principi direttivi enunciati dalla norma stessa.

Convinto delle potenzialità del contratto di apprendistato professionalizzante quale strumento principe per permettere ai giovani uno stabile e fruttuoso inserimento nel mondo del lavoro, e preso altresì atto dell'inerzia della maggior parte delle Regioni, alcune delle quali mai arrivate ad emanare la relativa legge di attuazione e altre intervenute in maniera frammentaria e il più delle volte incompleta, il legislatore nel 2005 – ad opera dell'art. 23, comma 2, d.l. n. 14 marzo 2005, n. 35 – ha in un primo tempo introdotto il comma 5-*bis*. L'inciso prevede che in attesa della regolamentazione regionale, in via sussidiaria ad essa, la definizione e la disciplina dei profili formativi sia rimessa alla contrattazione collettiva. In altre parole, se e fino a quando le Regioni non si attivano, sono le parti sociali a regolamentare l'apprendistato professionalizzante.

Tale intervento legislativo non si è dimostrato negli anni successivi particolarmente incisivo. Anche laddove i contratti collettivi sono intervenuti in via sussidiaria, la diffusa e permanente mancanza non di regolamentazione, ma di

offerta formativa regionale, ha nuovamente impedito la concreta applicazione della fattispecie.

Per superare l'impasse, le cui conseguenze ricadono sui giovani e sui relativi tassi di occupazione, il legislatore ha formulato nel 2008 il comma 5-ter – ad opera dell'art. 23 del d.l. n. 112/2008 – che introduce il cosiddetto “doppio canale”, ossia un canale governato dalla contrattazione collettiva non più sussidiario e transitorio, ma parallelo e alternativo rispetto a quello pubblico. Stabilisce infatti la norma che in caso di formazione esclusivamente aziendale non opera quanto previsto dal comma 5 e la disciplina dei profili formativi è rimessa integralmente ai contratti collettivi. In particolare, i contratti collettivi definiscono la nozione di formazione aziendale e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo.

Il Ministero del lavoro è in seguito intervenuto con diversi interpelli (in particolare n. 50 del 7 ottobre 2008; n. 2 del 6 febbraio 2009; n. 79 del 12 novembre 2009 e n. 11 del 2 aprile 2010) e con la circ. n. 27 del 10 novembre 2008 che fornisce chiarimenti in merito a profili quali finalità, durata del contratto, trasformazione anticipata del rapporto e formazione esclusivamente aziendale. In particolare chiarisce che per formazione esclusivamente aziendale si intende quella formazione che è del tutto gestita ed erogata, e dunque finanziata, dall'azienda.

3. L'apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione è invece disciplinato dall'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003 ed è quel tipo di contratto che permette di assumere giovani di età compresa tra i 18 e i 29 anni per il conseguimento di un titolo di studio di livello secondario o per il conseguimento di un titolo di studio universitario e dell'alta formazione, nonché per la specializzazione tecnica superiore. L'obiettivo è quello di consentire attraverso lo svolgimento di attività formativa realizzata in prevalenza in assetto lavorativo il conseguimento di un titolo di studio, anche di alta formazione.

L'art. 50 rimanda la regolamentazione e la definizione della durata dell'apprendistato di alta formazione alle Regioni in accordo con le associazioni territoriali dei datori di lavoro e dei lavoratori, le Università e le altre istituzioni formative, mediante intese quadro di livello territoriale o anche mediante accordi ad hoc in funzione della specificità di ciascun percorso formativo. A differenza di quanto disposto in tema di apprendistato professionalizzante, non opera, almeno direttamente, una disciplina di cornice di livello nazionale. Sono i firmatari delle singole intese a governare integralmente l'istituto, dettando una regolamentazione di dettaglio che, per quanto attiene agli aspetti più propriamente formativi, dovrà in ogni caso risultare coerente con la normativa di riferimento in relazione al titolo di studio da acquisire in apprendistato.

La fattispecie non ha nei primi anni di vita riscosso grande interesse da parte delle Regioni e della contrattazione collettiva, ed è stata oggetto di limitatissime sperimentazioni.

Per valorizzarne le potenzialità e nuovamente per superare la stasi prodotta dall'inerzia degli attori sociali e istituzionali, il legislatore ha introdotto la novella contenuta nell'art. 23, commi 3 e 4, d.l. n. 112/2008, che rispettivamente estendono ai dottorati di ricerca la possibilità di essere acquisiti tramite il percorso di apprendistato in alta formazione e prevedono che, in assenza di specifiche normative regionali, l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione sia rimessa ad apposite convenzioni stipulate direttamente dai datori di lavoro con le Università e le altre istituzioni formative.

Il comma 4 ha lo scopo di rendere immediatamente operativo l'istituto nelle ipotesi in cui sia del tutto assente una specifica normativa regionale; le intese così raggiunte tra datore ed ente formativo hanno un chiaro carattere cedevole rispetto agli interventi regionali.

4. Gli interventi realizzati dal legislatore del 2008 hanno suscitato immediatamente la reazione di diverse Regioni che hanno ritenuto violato l'equilibrio di competenze legislative e amministrative definito dagli artt. 117 e 118 Cost. a seguito della riforma del Titolo V.

Più nel dettaglio tre sono i commi dell'art. 23 del d.l. n. 112/2008 che vengono impugnati e dunque tre sono i profili di costituzionalità definiti.

4.1. Il primo rilievo, mosso dalla Regione Toscana, riguarda il comma 1 del citato art. 23 che elimina il limite minimo di due anni originariamente individuato dall'art. 49, d.lgs. n. 276/2003, per la durata dei contratti di apprendistato professionalizzante, con salvezza del solo limite massimo di sei anni. Denuncia in particolare la ricorrente che tale intervento, oltre ad incidere illegittimamente sulle attribuzioni regionali in materia di formazione professionale, creerebbe un pregiudizio alla possibilità di programmazione e gestione regionale della formazione, fino al punto di impedirla per i contratti di minor durata.

La Corte dichiara infondata la questione in base ad un duplice ragionamento. Da un lato nega che la norma impugnata leda le competenze regionali in quanto in alcun modo limita o vincola la possibilità per le Regioni di contribuire alla disciplina della formazione professionale, dettando norme che prevedano, per il conseguimento di determinate qualifiche, una durata del rapporto superiore a due anni.

Dall'altro, dimostrandosi sensibile alle esigenze del mercato del lavoro e attenta alla realtà dei fatti, osserva che esistono diverse figure professionali per le quali un contratto di durata inferiore ai due anni è sufficiente e, inoltre, sottolinea che la norma non riduce automaticamente la durata dei contratti di apprendistato, ma semplicemente consente alle parti sociali, cui è demandata la definizione della durata del contratto, di scendere sotto la soglia limite dei due anni.

Per corroborare il percorso argomentativo svolto la Corte osserva ulteriormente che il comma impugnato non influisce in alcun modo sulle funzioni regionali di programmazione, monitoraggio, e verifica dei percorsi formativi, che anzi paiono essere stati dati per acquisiti dal legislatore del 2008.

4.2. Le Regioni Marche, Piemonte e Basilicata hanno sollevato questione di costituzionalità in riferimento al comma 4 del citato art. 23 che introduce la possibilità, in assenza di regolamentazioni regionali, di attivare l'apprendistato di alta formazione tramite intese tra il singolo datore di lavoro e la singola Università o istituto formativo. Lamentano, nello specifico, il contrasto con il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni sancito dall'art. 120 Cost., la violazione della potestà legislativa esclusiva e concorrente attribuita alle Regioni in materia di formazione dall'art. 117 Cost. e, infine, la conseguente menomazione della potestà amministrativa ex art. 118 Cost.

La Corte dichiara infondata la questione che definisce basata sull'erroneo presupposto per il quale la disposizione censurata imporrebbe a datori ed enti formativi di stipulare intese per disciplinare la fattispecie contrattuale di cui si discute. La norma, invece, introduce uno strumento volto ad ovviare all'eventuale assenza di regolamentazione regionale. In altre parole uno strumento che può essere utilizzato dalle parti – datore e università o ente formativo – solo se e fino a quando non venga realizzata la regolamentazione regionale. La norma è dunque “cedevole” e ragionevolmente permette di dar luogo effettivamente a contratti di apprendistato di alta formazione in quelle Regioni ove ancora non sia stata posta una disciplina, senza minimamente intaccare il potere della singola Regione di intervenire.

4.3. Tutte le Regioni ricorrenti impugnano il comma 2 dell'art. 23, d.l. n. 112/2008, il quale, come già osservato, introduce il “doppio canale” dell'apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale governato dalla contrattazione collettiva, del tutto autonomo rispetto a quello regionale.

Quattro sono i profili di incostituzionalità sollevati dalle singole Regioni rispettivamente in riferimento agli artt. 117, 120, 118 e 39 Cost.

In estrema sintesi, secondo le ricorrenti la norma violerebbe innanzitutto l'art. 117, così come novellato dalla riforma del Titolo V, che attribuisce la formazione professionale alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni, da intendersi tanto come formazione pubblica, quanto come formazione privata, visto lo stretto legame che esiste tra le due, inscindibile e inestricabile, e considerato che anche la formazione privata è pur sempre connessa ad un profilo di crescita e di qualificazione delle competenze del lavoratore, che non può non essere ricompreso nell'ambito della formazione propriamente detta.

Altre Regioni lamentano la violazione pure dell'art. 120 Cost., il quale postula, in caso di interferenza di materie riguardo alle quali esistano competenze legislative diverse – nel caso di specie la competenza delle Regioni in materia di formazione professionale e quella dello Stato in caso di formazione privata

– la composizione tramite leale collaborazione tra le diverse fonti, e, solo ove risulti la prevalenza di una materia sull'altra, l'attribuzione alla fonte prevalente della competenza.

Secondo due Regioni la norma in esame non sarebbe conforme neppure all'art. 118 Cost., non sussistendo alcuna esigenza di carattere unitario che imponga una disciplina statale dell'apprendistato con formazione aziendale, tale da sottrarlo alla potestà regionale.

Infine, due Regioni sollevano questione di legittimità in riferimento all'art. 39 Cost. in quanto il contratto collettivo di lavoro potrebbe avere efficacia generale solo nell'ipotesi in cui l'art. 39 stesso fosse stato attuato e dunque i sindacati fossero associazioni riconosciute.

Con riferimento ai supposti profili di illegittimità costituzionale la Corte dichiara la parziale illegittimità della norma in esame per contrasto con gli artt. 117 e 120 Cost., con assorbimento degli ulteriori profili riferiti agli artt. 118 e 39 Cost.

Preliminarmente il giudice supremo richiama la sentenza n. 50/2005 della stessa Corte, la quale afferma che la formazione aziendale rientra nel sinalgma contrattuale e dunque nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile, ma anche che nella regolamentazione dell'apprendistato non è possibile separare nettamente tra di loro la formazione pubblica e quella privata. Nell'ipotesi di cui al comma 5-ter la formazione pubblica e quella privata – chiarisce la sentenza del 2010 – sarebbero legate da interferenze correlate alla naturale proiezione esterna dell'apprendistato professionalizzante e all'acquisizione da parte dell'apprendista di crediti formativi utilizzabili nel sistema dell'istruzione per l'eventuale conseguimento di un titolo di studio. In altre parole il profilo pubblico e quello privato – e dunque le competenze regionali e quelle statali – sarebbero legati e intersecati in un groviglio così fitto da non poter essere sciolto o distinto.

Da ciò discende l'illegittimità dell'estromissione delle Regioni dalla disciplina dell'apprendistato professionalizzante con formazione esclusivamente aziendale e la necessità di cancellare dall'art. 49, comma 5-ter, quelle espressioni e quelle parole che escludono la competenza delle Regioni o affidano integralmente alla contrattazione collettiva l'individuazione dei profili formativi, la disciplina della fattispecie, nonché la definizione del concetto di formazione aziendale.

Conclude la Corte che anche in caso di formazione esclusivamente aziendale deve essere riconosciuto alle Regioni un ruolo rilevante, di stimolo e di controllo dell'attività formativa.

5. La Corte riscrive il testo dell'art. 49, comma 5-ter, d.lgs. n. 276/2003 nel modo che segue: «In caso di formazione esclusivamente aziendale non opera quanto previsto dal comma 5. In questa ipotesi i profili formativi dell'apprendistato professionalizzante sono rimessi integralmente ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresenta-

tive sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali. I contratti collettivi e gli enti bilaterali definiscono la nozione di formazione aziendale e determinano, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo».

Di immediata evidenza è l'osservazione che persiste la possibilità di assumere apprendisti con un piano formativo che preveda il ricorso alla formazione esclusivamente aziendale e, ulteriormente, che in simili ipotesi sono i contratti collettivi a definire, per ciascun profilo formativo, la durata e le modalità di erogazione della formazione, le modalità di riconoscimento della qualifica professionale ai fini contrattuali e la registrazione nel libretto formativo, in conformità, tuttavia, con il quadro legislativo nazionale e regionale di riferimento.

Ciò che invece pare essere venuto meno definitivamente è il "doppio canale". Non può quindi legittimamente accadere che siano le parti sociali a disciplinare integralmente la fattispecie, senza alcun riferimento alle leggi regionali in materia e ai principi generali dettati dall'art. 49, comma 5, d.lgs. n. 276/2003.

Una prima conseguenza, di grande rilevanza e interesse, riguarda la definizione dei profili formativi, che la parte della norma censurata attribuiva esclusivamente alla contrattazione collettiva. Alla luce della sentenza, anche in caso di formazione esclusivamente aziendale la competenza a definire e disciplinare i profili formativi spetta – ai sensi dell'art. 49, comma 5 – alle Regioni, d'intesa con le associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative sul piano regionale. Ciò significa che se la singola Regione, in accordo con le parti sociali, ha compiutamente definito e disciplinato i profili formativi, i contratti collettivi sono tenuti ad applicarli e utilizzarli come riferimento.

Nelle Regioni in cui invece manca del tutto una legge regionale di attuazione, o esiste, ma incompleta e frammentaria, pare di potersi legittimamente invocare l'applicazione del comma 5-*bis* dell'art. 49, non intaccato dalla pronuncia della Corte, in base al quale fino all'approvazione della legge regionale di cui al comma 5, la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali, senza limitazione alcuna. In simili ipotesi la Regione conserva il potere di verificare la conformità dei profili rispetto agli standard minimi di formazione e la legittimazione ad emanare la suddetta legge regionale che andrebbe a sostituirsi alla disciplina contrattuale.

Simili considerazioni si possono svolgere in merito alla definizione della nozione di formazione aziendale, che può essere formulata dai contratti collettivi, in coerenza tuttavia con gli indirizzi regionali.

Un ulteriore profilo attiene al monte ore annuo di formazione e alla presenza di un tutor aziendale.

La norma, così come novellata, richiama la necessaria applicazione dei principi e dei criteri direttivi di cui al comma 5 dell'art. 49, per cui, anche in caso di formazione esclusivamente aziendale *ex* comma 5-*ter*, le parti sociali sem-

brano tenute a rispettare il limite minimo di 120 ore di formazione annua e ad individuare per ogni apprendista un tutor aziendale.

Altro profilo ancora è quello che attiene alla verifica e al controllo della formazione e all'acquisizione della qualifica professionale. Le Regioni conservano un generale potere di monitoraggio della formazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 117 Cost.

Pare invece discutibile la conclusione che la Corte raggiunge in tema di acquisizione della qualifica professionale. Il giudice delle leggi, laddove afferma che il meccanismo di riconoscimento della qualifica professionale è soggetto alla competenza delle regioni perché l'apprendista matura dei crediti formativi utilizzabili nel sistema dell'istruzione, sembra infatti confondere il concetto di qualificazione professionale ai fini contrattuali con quello di qualifica professionale o, in altri termini, quello di mestiere con quello di titolo. Tramite un percorso in apprendistato professionalizzante il giovane acquisisce non un titolo che costituisce credito formativo, ma una qualificazione professionale che nulla ha a che fare con il sistema di istruzione, ma rileva ai fini dell'inquadramento contrattuale. Conseguentemente, per la sola ipotesi di apprendistato professionalizzante, la pertinenza alla materia «ordinamento civile» e dunque la competenza legislativa dello Stato.

Certo è che, al di là di queste considerazioni, la sentenza in commento complica anziché chiarire il nodo relativo ai diversi profili e livelli di competenza, con il forte rischio di disincentivare ulteriormente l'applicazione dell'istituto.

Enrica Carminati

Scuola internazionale di Dottorato

in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro

Adapt – Università degli Studi di Bergamo

2. Infortuni e malattie professionali

2.1. Cass. 15 ottobre 2009, n. 21897 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 31).

Infortuni e malattie professionali - Morte del lavoratore - Rendita Inail ai superstiti - Danni ulteriori - Risarcibilità - Motivi.

L'erogazione della rendita Inail alla vedova del lavoratore infortunato non esclude la risarcibilità del danno patrimoniale da lucro cessante, non potendosi applicare il principio della compensatio lucri cum damno, in considerazione del diverso titolo giustificativo delle erogazioni in questione.

Osservazioni sul risarcimento del danno ai superstiti in caso di morte del lavoratore per cause di servizio

Sommario: **1.** Le prestazioni previdenziali. – **2.** Il risarcimento del danno differenziale e complementare. – **3.** Il danno tanatologico.

1. L'art. 85 del d.P.R. n. 1124/1965 riconosce il diritto ad una rendita ai familiari superstiti di un lavoratore deceduto per cause di servizio.

L'art. 1, comma 1187, della l. n. 296/2006 ha istituito altresì il Fondo di sostegno per le famiglie delle vittime di infortuni sul lavoro ed il successivo d.m. 19 novembre 2008 ha previsto, a carico di detto Fondo, una prestazione economica consistente nella corresponsione di una somma *una tantum* ed un'anticipazione della predetta rendita Inail.

I beneficiari della rendita Inail sono il coniuge fino alla morte o a nuovo matrimonio ed i figli legittimi, naturali ed adottivi fino al raggiungimento del diciottesimo anno d'età.

Se i figli sono studenti e, privi di reddito, vivono a carico del lavoratore infortunato, la rendita spetta fino ai 21 anni (al massimo fino a 26 anni, se universitari).

In mancanza di coniuge e figli, la prestazione viene riconosciuta agli ascendenti ed ai genitori adottivi nonché ai fratelli e sorelle conviventi, purché già a carico del lavoratore defunto.

Fra i beneficiari di tali prestazioni previdenziali non vi sono invece i conviventi *more uxorio* e tale esclusione, pur fra le perplessità di parte della dottrina (A. FONTANA, *La convivente del lavoratore infortunato davanti alla Corte di Giustizia*, in *MGL*, 2010, 187), non è stata giudicata in contrasto né con il diritto comunitario (C. Giust. 17 marzo 2009, C-217/08, in *MGL*, 2010, 185) né con l'ordinamento nazionale (C. Cost. 27 marzo 2009, n. 86, in *GC*, 2009, I, 1487 ss., con nota dissenziente di R. MARINI).

Può darsi ormai pacificamente per acquisito che le prestazioni in questione spettano ai superstiti *iure proprio* e non quale proiezione patrimoniale del defunto, essendo irrilevante la qualità di erede.

Va osservato, tuttavia, che ovviamente l'esistenza di un nesso causale fra decesso ed evento lesivo va accertato in capo all'infortunato e l'eventuale formazione di un giudicato esterno negativo su tale punto in una controversia iniziata dall'infortunato preclude ai superstiti di richiedere il riesame della medesima questione in un altro processo (Cass. 19 agosto 2009, n. 18381, in *LG*, 2009, 1278).

La rendita prevista dall'art. 85 del d.P.R. n. 1124/1965 mira ad assicurare ai familiari conviventi una continuità di reddito che possa consentire agli stessi un'esistenza libera e dignitosa nella prospettiva degli artt. 36 e 38 Cost.

Si tratta quindi di un'erogazione previdenziale che, senza necessità di prova specifica ed attraverso una quantificazione forfettaria, ristora il danno patrimoniale subito dai congiunti che non possono più contare sull'apporto economico del lavoratore deceduto in adempimento degli obblighi di contribuzione previsti dall'art. 143, comma 3, c.c.

Il d.lgs. n. 38/2000, che ha esteso al danno biologico l'indennizzo Inail, non ha previsto invece a favore dei superstiti alcun risarcimento per il danno alla salute subito *iure proprio* per la perdita del loro familiare, lasciando immutata la formulazione dell'art. 85.

2. Si pone quindi il problema circa la possibilità o meno dei familiari superstiti di richiedere direttamente al datore di lavoro, in aggiunta alla rendita Inail, il risarcimento integrale del danno patrimoniale e non patrimoniale subito.

Come è noto, il sistema indennitario antinfortunistico si articola intorno alla regola posta dall'art. 10 del d.P.R. n. 1124/1965, secondo cui il datore di lavoro è civilmente responsabile del danno patito dal proprio dipendente a seguito di un infortunio sul lavoro solo quando il fatto dal quale discende integri gli estremi di un reato perseguibile d'ufficio, imputabile al datore di lavoro oppure ad un suo preposto.

In caso di infortunio derivante da reato potrà essere richiesto dunque sia il c.d. danno differenziale, intendendosi con tale espressione il risarcimento liquidato secondo le ordinarie regole civilistiche per le stesse causali coperte dall'Inail, sia il c.d. danno complementare, intendendosi invece con tale espressione il danno non coperto dall'Inail (per un'efficace sintesi delle relazioni tra risarcimento civilistico e prestazione previdenziale: A. VALLEBONA, *Prestazione previdenziale e risarcimento dei danni per infortunio sul lavoro*, in *MGL*, 2010, 268).

I familiari superstiti di un lavoratore deceduto per una condotta datoriale costituente reato, anche solo colposo, potranno dunque agire nei confronti del datore di lavoro innanzitutto per il danno differenziale patrimoniale, cioè per la differenza fra il reddito prodotto dal lavoratore e perso dalla famiglia e la rendita Inail.

Mi pare, in questo dissentendo dalla sentenza in commento, che non si possa che ragionare in termini di danno differenziale, poiché i superstiti che lamentino un danno patrimoniale *iure proprio* nel determinarne e comprovarne l'entità non potranno non considerare il beneficio economico costituito dalla rendita erogata in conseguenza dell'evento lesivo subito dal loro congiunto e dei riflessi patrimoniali che detto evento ha sul loro *status* economico (ritengono risarcibile il danno differenziale con riferimento al danno patrimoniale dei superstiti: G. MARANDO, *Responsabilità, danno e rivalsa per gli infortuni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 504 e G. PROSPERETTI, *Il risarcimento per infortunio mortale*, in www.studioprospereetti.it).

D'altro canto ritenere, come fa la sentenza in commento, che la rendita Inail ed il risarcimento del danno patrimoniale parentale da lucro cessante abbiano diverso titolo giustificativo, e che pertanto l'erogazione della prima sia indifferente per la determinazione del *quantum* risarcitorio liquidabile, significa non avvedersi che il danno da lucro cessante (cui fa fronte il risarcimento del danno) e lo stato di bisogno (cui fa fronte la rendita Inail) sono, come è stato efficacemente affermato, «due facce di una stessa medaglia» (così: A. FONTANA, *Rendita ai superstiti del lavoratore morto per infortunio e risarcimento del danno da uccisione di un congiunto*, in *MGL*, 2010, 283) tra loro logicamente interdipendenti.

I congiunti potranno poi agire *iure proprio* per il danno non patrimoniale, non coperto dall'Inail.

Per questa categoria unitaria di danno (il riferimento è ovviamente a: Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *q. Rivista*, 2009, 1060) la liquidazione andrà operata considerando sia la componente strettamente “biologica”, quando dalla perdita del familiare sia derivato al congiunto superstite una lesione della propria salute (per esempio, una patologia depressiva), sia quella conseguente alla lesione di altri beni costituzionalmente protetti. Fra questi vi sono senz'altro i valori della integrità e solidarietà familiare che trovano riconoscimento e tutela negli artt. 2, 29, 30 e 31 Cost.

La perdita di un congiunto priva infatti il coniuge, i figli e gli altri familiari di quella comunione di affetti e di relazioni su cui si fonda l'istituzione familiare.

La giurisprudenza è giunta al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale anche a favore dei figli non conviventi (Cass. 27 giugno 2007, n. 14845), ove però si dia rigorosa prova dell'esistenza di una effettiva comunione di affetti e di solidarietà che si sostanzia in quotidiana frequentazione.

Escluderei invece il coniuge separato (anche di fatto) o i genitori non conviventi, non perché non possano sussistere vincoli spirituali significativi, ma perché la separazione è logicamente incompatibile con il perdurare del vincolo *lato sensu* “associativo” che connota la definizione di famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» di cui all'art. 29 Cost.

Ugualmente, pur essendo consapevole di esprimere una posizione non *à la page*, escluderei allo stato attuale del testo costituzionale la risarcibilità del danno parentale ai conviventi di fatto, in assenza di un fondamento costituzionale della loro inclusione.

3. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale in caso di morte dell'infortunato, che sia contestuale all'evento lesivo, non è invece configurabile un diritto al risarcimento da perdita della vita trasmissibile *iure hereditatis* (c.d. danno tanatologico) (Cass. 27 maggio 2009, n. 12326, che ammette però il risarcimento del danno morale quando l'infortunato sia rimasto lucido nella fase che precede il decesso ed abbia avuto il tempo di rendersi conto dello spegnersi della propria vita).

L'immediatezza del decesso esclude in capo al defunto, che perde istantaneamente con la morte la capacità giuridica, l'acquisizione di un diritto trasmissibile agli eredi.

Tale tesi ha visto l'opposizione di parte della dottrina e della giurisprudenza perché sconta l'apparente incongruenza della situazione secondo cui gli eredi di un infortunato deceduto dopo un apprezzabile periodo di inabilità avrebbero diritto *iure hereditatis* al risarcimento del danno biologico, mentre agli eredi di un infortunato morto istantaneamente tale diritto viene negato.

Allo stato attuale della legislazione però la tesi dell'inconfigurabilità di un risarcimento per un danno tanatologico trasmissibile agli eredi mi pare insuperabile.

Nel sistema civilistico italiano, infatti, il danno consiste nella produzione di un effetto lesivo (danno-conseguenza) né sono configurabili, diversamente dagli ordinamenti anglosassoni, i c.d. danni punitivi, intesi come pene private con valore sanzionatorio (in proposito è stato condivisibilmente affermato che «l'illecito fondativo di una responsabilità risarcitoria è quello – e solo quello – causativo di un danno»: A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *RIDL*, 2003, I, 289).

Sono state avanzate in dottrina proposte *de iure condendo*, come quella di un intervento legislativo che attribuisca al bene della vita, tenuto distinto da quello dell'integrità fisica, un valore economico convenzionale oppure che ampli il contenuto della nozione di danno non patrimoniale alla salute ricomprendendovi lo stesso diritto alla vita (su tali ipotesi: G. PROSPERETTI, *Il risarcimento per infortunio mortale*, cit.).

Restano però soluzioni che non superano l'eccezione logica secondo cui, se un diritto di credito sorge contestualmente alla perdita della capacità giuridica del titolare, non può entrare nel suo patrimonio ed essere trasmesso agli eredi.

Stefano Bartalotta
Avvocato del Foro di Milano

3. Lavoro a termine

3.1. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 6).

Lavoro a termine - Riforma del lavoro a termine - Condizioni di ricorso - Natura - Onere di specificazione - Contenuto e ratio.

Nel quadro normativo introdotto dal d.lgs. n. 368/2001, caratterizzato dall'abbandono del sistema rigido previsto dalla l. n. 230/1962, l'onere di specificazione della causale nell'atto scritto costituisce una perimetrazione della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di far ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato per soddisfare una vasta gamma di esigenze aziendali (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), a prescindere da fattispecie predeterminate. L'onere di specificazione ha lo scopo di evitare l'uso indiscriminato dell'istituto, imponendo la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione adottata già nel momento della stipula del contratto.

3.2. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 6).

Lavoro a termine - Condizioni di ricorso - Ragioni sostitutive - Indicazione numerica - Limiti.

L'apposizione del termine per "ragioni sostitutive" è legittima se l'enunciazione dell'esigenza di sostituire lavoratori assenti – da sola insufficiente ad assolvere l'onere di specificazione delle ragioni stesse – risulta integrata dall'indicazione di elementi ulteriori (quali, l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro) che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente, ferma restando, in ogni caso, la verificabilità della sussistenza effettiva del prospettato presupposto di legittimità.

(3.1. – 3.2.) La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro

Sommario: **1.** L'intervento della Cassazione sulle ragioni di apposizione del termine: una lunga attesa e l'incidenza sulla futura giurisprudenza. – **2.** La centralità della *specificazione* delle ragioni nel quadro normativo riformato dall'art. 1, d.lgs. n. 368/2001. – **3.** La necessaria *elasticità* del criterio di specificazione delle ragioni

sostitutive in relazione al contesto concreto di riferimento. – 4. Il rigore non formalistico nell'assolvimento dell'onere di specificazione: la specificazione *per relationem*.

1. Dopo una lunga attesa, finalmente la Cassazione si è pronunciata sulle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro. Con la sentenza n. 1576 del 26 gennaio 2010 (in epigrafe) per la prima volta, a quasi dieci anni dalla sua entrata in vigore, la Suprema Corte affronta *apertis verbis* il principale nodo interpretativo del d.lgs. n. 368/2001, cioè quello dei limiti posti all'autonomia privata dall'art. 1, commi 1 e 2, con una pronuncia che, pur riguardando specificamente le ragioni sostitutive, fornisce un'ampia e ragionata lettura del significato dell'art. 1 nel quadro normativo riformato dal d.lgs. n. 368/2001 e, perciò, destinata a lasciare il segno sulla futura giurisprudenza in materia.

Si tratta di una sentenza che mette un punto fermo nell'interpretazione della norma chiave del d.lgs. n. 368/2001, fonte di grandi incertezze interpretative sia in dottrina che in giurisprudenza e foriera di un contenzioso di vastissime proporzioni. Nelle precedenti occasioni in cui la Cassazione si era pronunciata sul decreto legislativo del 2001 lo aveva fatto tramite *obiter dicta* in sentenze relative alle norme previgenti (cfr. Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *FI*, 2002, I, 1956 e Cass. 26 luglio 2004, n. 14011, in *NGL*, 2005, 91, ove si riconosce all'assunzione a tempo indeterminato carattere di normalità) oppure affrontando aspetti diversi, ancorché essenziali (quello degli effetti della nullità del termine: cfr. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *MGL*, 2008, 638) senza però fornire elementi ermeneutici decisivi ai fini dell'interpretazione dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001.

L'intervento della Cassazione sulle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro, peraltro, era atteso con una certa trepidazione dopo la recente sentenza della C. Cost. 14 luglio 2009, n. 214 (in *q. Rivista*, 2009, 739, con nota di A. BOLLANI, *La disciplina del lavoro a termine di fronte alla Corte Costituzionale*) che, pur non essendo vincolante per la Suprema Corte, trattandosi di sentenza interpretativa di rigetto, aveva offerto una lettura particolarmente rigorosa dei requisiti di specificità necessari a considerare costituzionalmente legittima l'assunzione a termine sostitutiva e, quindi, rappresentava per la Cassazione un autorevole antecedente, non vincolante ma certamente persuasivo, con il quale misurarsi; tanto più che la giurisprudenza di merito successiva alla sentenza n. 214/2009 ha continuato a dividersi sulla questione della necessità della puntuale indicazione del nominativo del lavoratore sostituito.

Con due sentenze (quasi) gemelle del 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577 e con la successiva 1° febbraio 2010, n. 2279, la Cassazione finalmente prende posizione e, rivendicando a sé la funzione interpretativa della legge che istituzionalmente le compete, riesce nella non semplice impresa di fornire un'interpretazione «pienamente coerente», come tiene essa stessa a precisare, con quella offerta dalla Consulta, ma al contempo molto più *avanzata*, per ap-

prodare a soluzioni ben distanti da quelle che una prima lettura di C. Cost. n. 214/2009 lasciava presagire.

La sentenza n. 1576/2010 segna la nascita di un orientamento della giurisprudenza di legittimità, consolidatosi con le due successive pronunce n. 1577/2010, cit., e n. 2279/2010, cit., in ordine alle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro, perciò destinato ad incidere profondamente sulla giurisprudenza futura, atteso il valore per così dire di *precedente* che ormai deve essere riconosciuto ai pronunciamenti della Cassazione ai sensi dell'art. 360-*bis* c.p.c.

2. L'importanza della sentenza n. 1576/2010 è, innanzitutto, quella di aver affrontato esplicitamente la questione dei presupposti di apposizione del termine al contratto di lavoro e di aver spostato il fulcro del dibattito dal piano della *natura* delle ragioni a quello della *specificità* delle stesse.

A tale riguardo si può registrare una comunanza di posizioni *di partenza* nell'argomentazione della Cassazione e della Corte costituzionale sul modo, per nulla scontato, di intendere i presupposti di legittimità del termine. Una questione fondamentale, questa, rispetto alla quale le Corti superiori tracciano un solco destinato ad indirizzare saldamente l'interpretazione futura per ciò che riguarda sia le ragioni sostitutive sia quelle organizzative, produttive e tecniche.

Ed infatti alla base del ragionamento delle due Corti v'è la convinzione che la legittimità del termine non si gioca sul piano della natura intrinseca della ragione addotta in contratto – cui le Corti non fanno cenno e sulla quale, invece, si era lungamente catalizzato gran parte del dibattito scientifico e giurisprudenziale – ma sul piano, ben diverso, della *specificazione* contrattuale della stessa.

Già la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009, cit., aveva identificato la finalità propria dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 nell'assicurare «la trasparenza e la veridicità della causa di apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto» e, per questo, aveva attribuito alla *specificazione* delle ragioni valore dirimente nello scrutinio di costituzionalità della norma, poiché attraverso la specificazione della ragione si garantisce un livello di tutela adeguato e non inferiore a quello assicurato dalla l. n. 230/1962, senza incorrere nella violazione della c.d. clausola di non regresso contenuta nella direttiva comunitaria.

La Cassazione, con la sentenza n. 1576/2010, muove ora dal medesimo presupposto: è la specificazione della ragione la chiave di volta del nuovo assieme normativo, atteso che permette di identificare il perimetro entro il quale può esplicarsi la facoltà datoriale di apposizione del termine al contratto di lavoro. Ciò che legittima il termine non è tanto la natura ontologica della “ragione” addotta, ovvero le intrinseche caratteristiche della stessa (ad esempio la temporaneità), bensì l'adeguata specificazione scritta delle ragioni di assunzione che corrisponde, nel nuovo quadro normativo incentrato sulla norma aperta a contenuto elastico, ad un criterio fondamentale di razionalizzazione

perché permette la «perimetrazione della facoltà riconosciuta al datore di lavoro di far ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato per soddisfare una vasta gamma di esigenze aziendali (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o aziendale) a prescindere da fattispecie predeterminate» (così, testualmente Cass. n. 1576/2010 e Cass. n. 1577/2010, cit.).

Si tratta di un primo significativo contributo ermeneutico fornito dalla giurisprudenza di legittimità sicuramente condivisibile, perché riconosce alla specificazione della ragione funzione di *contrappeso* all'ampio margine lasciato dal d.lgs. n. 368/2001 all'autonomia privata individuale; essa è finalizzata a creare un collegamento predeterminato ed inscindibile tra il termine e la ragione che lo legittima, con l'effetto di oggettivare nel contratto di lavoro le attività per lo svolgimento delle quali l'assunzione è effettuata, salva comunque la verifica successiva dell'effettiva sussistenza della ragione dedotta in contratto di cui è il datore di lavoro a dover dare prova in giudizio.

Secondo la Cassazione è appunto l'onere di specificazione che evita l'abuso («l'uso indiscriminato dell'istituto») permettendo la riconoscibilità e verificabilità della motivazione addotta già nel momento di stipulazione del contratto dato che «proprio il venir meno del sistema delle fattispecie legittimanti impone che il concetto di specificità sia collegato a situazioni aziendali non più standardizzate ma obiettive». Ne risulta confermato che le più svariate esigenze aziendali, purché oggettive, consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro, ma impongono l'onere di una congrua ed adeguata specificazione, che ha lo scopo, già evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 214/2009, cit., di garantire la trasparenza, la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto.

L'aver puntato il fuoco sulla specificazione della ragione anziché sulla tipologia o natura della ragione costituisce un importante arresto giurisprudenziale a conferma dell'orientamento dottrinale che legge, appunto, nell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, una regola di giustificazione oggettiva del termine, dove quest'ultimo si lega al ragionevole interesse organizzativo, di esclusiva pertinenza datoriale, dichiarato nel contratto (G. SUPPIEJ, *Flessibilità nel rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, in *ADL*, 2002, 4; A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 25 ss.; A. VALLEBONA, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 62 ss.; sia consentito il rinvio a S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 92 ss. anche per la ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia) con la conseguente stretta finalizzazione dei poteri del datore di lavoro alla realizzazione dell'interesse che con l'assunzione a termine si intende soddisfare.

A tale orientamento dottrinale, come è noto, se ne contrappone un altro che riconosce alle caratteristiche intrinseche delle ragioni o – che è lo stesso –

dell'interesse organizzativo del datore di lavoro l'attitudine a giustificare, per la loro natura ontologica, il termine contrattuale. Compito del giudice dovrebbe essere, di conseguenza, il controllo sulla natura della ragione indicata in contratto per verificare se essa abbia quelle caratteristiche che la rendono di per sé idonea a giustificare il termine, legittimando le parti all'inserimento della relativa clausola nel contratto.

Nell'ambito di questo modo di intendere il limite che le "ragioni" pongono all'autonomia privata, poi, si contendono il campo una pluralità di opinioni in merito alle caratteristiche che dovrebbero appunto connotarle, per legittimare l'apposizione del termine. Sussiste, comunque, una certa convergenza di vedute sul fatto che tali ragioni debbano essere temporanee, anche se poi il significato da attribuire alla temporaneità è variamente inteso. Si spazia, solo per citarne alcune, dalle posizioni più intransigenti, secondo cui la temporaneità sarebbe da apprezzare sul piano oggettivo come interesse organizzativo che, nel contesto sociale di riferimento, sia normalmente considerato di durata definita (M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005, 148); a posizioni più moderate che ammettono che la temporaneità è concetto mutevole in relazione ai più diversi assetti produttivi ed organizzativi delle imprese anche se l'esigenza deve essere pur sempre intrinsecamente transitoria (V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 378). Altri concepiscono la temporaneità come difetto di stabilità *ex ante* delle esigenze aziendali, nel senso che le esigenze potranno anche essere di durata non determinabile *ab origine* purché non sia evidente al momento della stipulazione del contratto la stabilità del posto di lavoro (F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (D.lgs. delegato 6 settembre 2001, n. 368)*, in *ADL*, 2002, 155 ss.); secondo altri ancora le ragioni che legittimano il termine sono quelle ragionevolmente destinate a venire meno, quasi a configurare in anticipo un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (C. CESTER, *La giustificazione del lavoro a termine*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Giustificazione del lavoro a termine, conseguenze della nullità del termine*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, 11).

Da questo ben noto ed articolato dibattito dottrinale la Cassazione prende le distanze concentrando l'attenzione, non tanto sulla natura in sé della ragione, ma su come questa è obbiettivata nel contratto: è l'adeguata specificazione che soddisfa il limite richiesto dalla norma nell'attuale quadro normativo.

Si potrebbe rilevare che la Cassazione non ha in realtà ancora affrontato il tema della temporaneità poiché era la genericità della ragione e non il difetto di temporaneità ad essere stata dedotta in giudizio. Un simile rilievo, però, non sembra tenere in adeguato conto che l'interpretazione offerta dalla sentenza n. 1576/2010, come pure dalla n. 1577/2010, cit., e n. 2279/2010, cit., investe senza reticenze l'art. 1 nel suo complesso e, più in generale, il significato delle ragioni di assunzioni nel vigente assetto normativo del lavoro a termine, ed il fatto di aver mantenuto sullo sfondo del ragionamento il tema della tempora-

neità, di cui la Corte era ben consapevole, equivale ad una precisa presa di posizione che non può essere sottovalutata.

Per l'ampio respiro dell'*iter* argomentativo, poi, l'impatto della sentenza della Cassazione non è certo limitato all'interpretazione delle ragioni sostitutive, ma si estende anche a quelle tecniche, produttive ed organizzative, poiché la motivazione fa leva sul quadro normativo riformato dal d.lgs. n. 368/2001 ed, in particolare, sul nuovo impianto dell'art. 1 rispetto al sistema previgente, incentrato non più sulla standardizzazione delle ipotesi ammesse, ma sulla norma a contenuto elastico compatibile con una vasta gamma di esigenze aziendali. Lo conferma il fatto che nella sentenza n. 2279/2010, cit., la Cassazione ripropone fedelmente la motivazione di Cass. n. 1576/2010 applicandola, non senza ulteriori sviluppi, al diverso caso delle ragioni tecniche, produttive ed organizzative.

3. Se all'onere di specificazione della ragione è riconosciuta centrale importanza sia dalla Cassazione sia dalla Corte costituzionale al fine di assicurare la "trasparenza", la "veridicità" e "l'immodificabilità" della stessa nel corso del rapporto, sulle modalità concrete di adempimento di tale onere nel caso di ragioni sostitutive si registra una indubbia diversità di vedute tra le due Corti.

Mentre la Consulta ritiene indispensabile l'indicazione scritta del nome del sostituito e della causa di sostituzione, la Cassazione, nelle sentenze n. 1576/2010 e n. 1577/2010, cit., afferma che il concetto di specificità «risente di un certo grado di elasticità» e deve essere apprezzato dal giudice «secondo criteri di congruità e di ragionevolezza», ciò in quanto l'illimitata casistica delle realtà aziendali consente di ritenere soddisfatto il requisito di specificità in modo diverso a seconda dello specifico contesto aziendale. Non è quindi sempre possibile indicare il nominativo del lavoratore sostituito (come aveva affermato in modo drastico, senza lasciare apparenti alternative, la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009, cit.), perché in realtà produttive particolarmente complesse l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori «deve passare necessariamente attraverso [...] l'indicazione di criteri che, prescindendo dall'individuazione delle persone, siano tali da non vanificare il criterio selettivo che richiede la norma».

Con questa argomentazione, che fa leva sul necessario *relativismo* del criterio di specificazione, la Suprema Corte dà il via libera alla possibilità di assumere a termine per ragioni di sostituzione di personale assente individuato mediante criteri identificativi ulteriori e diversi dall'indicazione del nominativo del sostituito, quali: l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto; criteri, questi, che nel loro complesso concorrono a soddisfare comunque il requisito della specificità. La fattispecie concretamente esaminata dalla Corte è quella, piuttosto diffusa nelle realtà aziendali medio-grandi, della assunzione a termine per sostituzione di contingenti di personale addetto a determinate mansioni statisticamente assente in un predeterminato arco temporale per svariati motivi (nel caso di specie il contratto era

stato stipulato per «ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di provvedere alla sostituzione di personale inquadrato nell'area operativa e addetto al servizio di recapito presso la regione Lombardia con diritto alla conservazione del posto»).

Ma la pronuncia della Corte appare rilevante non soltanto perché esplicitamente ammette la ragione di assunzione a tempo determinato consistente nella sostituzione di contingenti di personale assente per una variabilità di causali quando siano congruamente circoscritte le coordinate spaziali, temporali, lavorative, causali di tali sostituzioni, ma anche perché qualifica siffatta ragione di assunzione come sostitutiva, anziché come ragione organizzativa. Un'opzione interpretativa, quest'ultima, che sarebbe stata pure percorribile (tant'è che è stata seguita da una parte della giurisprudenza di merito), ma viene scartata dalla Suprema Corte, forse anche per le conseguenze non certo irrilevanti che sarebbero derivate da tale diversa qualificazione, dal momento che l'esenzione legale dai limiti quantitativi fissati dai contratti collettivi opera per le assunzioni effettuate per «ragioni sostitutive» e non anche per ragioni organizzative (art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001).

Poiché la soluzione cui perviene la Cassazione in merito ai criteri di specificazione della ragione sostitutiva è ben diversa da quella indicata dalla Corte costituzionale, è inevitabile che, a seguito del consolidarsi del diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità, la questione debba essere nuovamente portata all'attenzione della Consulta, benché una coerenza con quest'ultima si possa comunque constatare, come già detto, sul piano della piena condivisione dei presupposti concettuali del ragionamento.

Peraltro, la giurisprudenza di legittimità e quella della Corte di Giustizia hanno nel frattempo fornito nuovi elementi di riflessione riguardo alla compatibilità di criteri elastici di specificazione della ragione sostitutiva con la c.d. clausola di non regresso della direttiva 1999/70/CE; elementi che potrebbero contribuire a stemperare quella preoccupazione di evitare arretramenti di tutela rispetto alla normativa italiana previgente che sembra aver guidato la Consulta nella decisione n. 214/2009, cit.

Da un lato la Corte di Giustizia con sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a 380/07, *Angelidaki* (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 17, e in *q. Rivista*, 2009, 831, con commento di M.P. MONACO, *La conversione del lavoro a termine nel pubblico impiego fra vincoli comunitari contro gli abusi e procedure concorsuali di collocamento*) ha chiarito che la clausola di non regresso vieta soltanto una *reformatio in peius* di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato (sentenza *Angelidaki*, punti 120 e 140) e che le modifiche introdotte da una normativa nazionale non costituiscono una *reformatio in peius* del livello generale di tutela dei lavoratori qualora possano essere compensate dall'adozione di misure preventive dell'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi (sentenza *Angelidaki*, punto 146). Pertanto la valutazione del livello di tutela attualmente riconosciuto dal nostro ordina-

mento, da raffrontare con quello precedentemente assicurato dalla l. n. 230/1962, andrebbe effettuata, non isolando singole disposizioni, ma guardando alla complessiva normativa di tutela del lavoro a termine, comprensiva anche delle misure che impediscono l'abuso e la reiterazione dei contratti a termine oltre la durata massima complessiva dei 36 mesi.

Anche limitandosi a considerare il singolo contratto a termine stipulato per ragioni sostitutive, prescindendo dalla considerazione dell'insieme delle norme nazionali di tutela del lavoro a termine e di prevenzione dell'abuso, la Cassazione, proprio sulla scorta della giurisprudenza comunitaria appena richiamata, individua appunto nella specificità, intesa nel senso sopra illustrato, uno strumento adeguato di controllo della effettività delle ragioni giustificatrici, sufficiente a garantire un livello di tutela non inferiore a quello assicurato dalla disciplina nazionale previgente, nel pieno rispetto della clausola di non regresso (sul punto si veda in particolare l'importante contributo interpretativo di Cass. n. 2279/2010, cit.).

Non si può escludere, infatti, che la specificazione elastica in funzione del concreto contesto di riferimento possa comunque garantire con le opportune cautele – in modo altrettanto intenso dell'indicazione nominativa – l'essenziale esigenza di trasparenza, effettività ed immodificabilità atta a preservare la norma interna dalla violazione della c.d. clausola di non regresso della direttiva comunitaria.

Il relativismo del criterio di specificazione affermato dalla Suprema Corte, oltre ad essere rispettoso dei vincoli imposti dalla direttiva, appare del resto coerente con il dato letterale dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 ove non si richiede, a differenza della l. n. 230/1962, l'indicazione del nome del sostituto, ma pure con il dato sistematico, atteso che il carattere generale ed aperto del precetto dell'art. 1 ne rimette necessariamente la specificazione all'autonomia individuale in relazione ad un contesto aziendale particolare e concreto.

4. A conclusione delle annotazioni svolte, vale la pena segnalare come le tre sentenze n. 1576, n. 1577 e n. 2279 del 2010, cit., nel loro insieme concorrono indubbiamente ad evidenziare un approccio della giurisprudenza di legittimità rigoroso, ma non formalistico, all'onere di specificazione della ragione di opposizione del termine al contratto di lavoro. Ciò non soltanto per quanto si è già detto in ordine alla concezione *elastica* della specificazione in concreto, ma anche perché emerge un'apertura della Cassazione verso un apprezzamento di carattere sostanziale dell'assolvimento dell'onere di specificazione.

Ciò è ben evidente nella sentenza n. 2279/2010, cit., dove la Cassazione, dopo aver sottolineato che l'indicazione della causale deve essere sufficientemente dettagliata nelle sue componenti identificative essenziali, arriva a dire che la specificazione della ragione possa risultare anche *indirettamente* tramite rinvio recettizio ad altre fonti (qual è, ad esempio, l'accordo collettivo) cui le parti abbiano libero accesso. In particolare, quando il fatto organizzativo è complesso ed articolato, la sua specificazione può avvenire legittimamente in

altri documenti ad esso specificamente dedicati, cui il contratto individuale può limitarsi a rinviare.

Silvia Ciucciovino

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi dell’Aquila

4. Lavoro giornalistico

4.1. Trib. Vigevano 23 febbraio 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 18).

Lavoro giornalistico - Lavoro giornalistico subordinato - Inquadramento professionale - “Collaboratore fisso” - Requisiti - Contestualità necessaria - Sussistenza.

La qualifica di “collaboratore fisso” presuppone che sia dimostrata la sussistenza, ai sensi dell’art. 2 del contratto collettivo di categoria, dei requisiti del vincolo di dipendenza, della continuità della prestazione e della responsabilità di un servizio, requisiti che devono sussistere tutti insieme.

Il rapporto di lavoro giornalistico: in particolare, la figura del “collaboratore fisso”

La sentenza in epigrafe fornisce l’occasione per affrontare sinteticamente il tema della qualificazione del rapporto di lavoro giornalistico subordinato, in generale, e di “collaboratore fisso”, in particolare.

Nell’operazione ermeneutica di accertamento della natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro giornalistico, la giurisprudenza si è discostata dall’orientamento generale – che, è noto, indica nell’eterodirezione (intesa come assoggettamento del lavoratore ai poteri organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro) il carattere essenziale della subordinazione – in ragione della peculiare tipologia del rapporto, caratterizzato dalla natura prettamente intellettuale e spiccatamente creativa della prestazione. Pertanto, proprio in considerazione della particolarità delle specifiche mansioni svolte – che lasciano inevitabilmente un certo margine di autonomia al lavoratore – e del carattere collettivo dell’opera redazionale in cui s’inseriscono, la subordinazione *ex art. 2094 c.c.* risulta attenuata (cfr. Cass. 9 settembre 2008, n. 22882, in *D&G*, 2008); di qui la necessità di far ricorso ad indici rivelatori che distinguano il rapporto di lavoro giornalistico subordinato da quello autonomo, tenuto conto che in tale rapporto di lavoro la subordinazione si concretizza più che altro in una “collaborazione” (si veda Cass. 16 maggio 2001, n. 6727, in *MGC*, 2001, 983).

Nel cercare di delimitare i confini tra autonomia e subordinazione, la Suprema Corte ha dunque assunto una posizione differente rispetto all’orientamento

generale in tema di “subordinazione” ed alla relativa gerarchia di criteri, privilegiando indici più elastici, in linea con le peculiarità dell’attività giornalistica.

S’è così precisato – come ricordato anche nella sentenza in commento – che la subordinazione non è esclusa dal fatto che il prestatore goda di una certa libertà di movimento e non sia obbligato al rispetto di un orario predeterminato, ovvero che egli non sia impegnato in un’attività quotidiana bensì solo per un numero esiguo di ore (Cass. n. 6727/2001, cit.); o che, ancora, l’esecuzione della prestazione lavorativa sia effettuata a domicilio (Cass. 5 dicembre 1988, n. 6598, in *MGC*, 1988, 12), non essendo neanche incompatibile con il suddetto vincolo la commisurazione della retribuzione a singole prestazioni (così, tra le altre, si veda Cass. 12 febbraio 2008, n. 3320, in *MGC*, 2008, 211). Ciò che effettivamente rileva ai fini qualificatori sono invece lo svolgimento di un’attività non occasionale, nonché la continuità e la responsabilità di un servizio: indici, questi, che ricorrono allorché il giornalista abbia lo specifico incarico di trattare in via continuativa un argomento o un settore di informazione, attraverso la sistematica compilazione o di articoli su determinati argomenti o di rubriche (così, Cass. 2 aprile 2009, n. 8068, in *GD*, 2009, 20, 88).

Comprovano, per contro, la mancanza della subordinazione altri indici, quali la pattuizione di prestazioni singole e retribuite in base a distinti contratti che si succedono nel tempo, ovvero la pubblicazione ed il compenso degli scritti solo previo “gradimento” ed a totale discrezione del direttore del giornale (così, in termini, Cass. n. 3320/2008, cit.; conforme, tra le altre, la recente Cass. 2 aprile 2009, n. 8068, in *MGC*, 2009, 574; Cass. 6 marzo 2006, n. 4770, in *MGC*, 2006, 3).

Dunque, si può concludere che, tenuto conto del carattere creativo del lavoro giornalistico, il vincolo di subordinazione sia stato individuato dalla giurisprudenza soprattutto nella permanente disponibilità del lavoratore ad eseguire le istruzioni del datore di lavoro, disponibilità che può, anzi deve, interessare anche intervalli non lavorativi. Non a caso si fa riferimento altresì all’inserimento continuativo dello stesso nell’organizzazione dell’impresa, contraddistinguendosi il «vincolo di dipendenza» del giornalista (di cui all’art. 1 del contratto collettivo) «dal fatto che l’obbligo di porre a disposizione la propria opera non viene meno fra una prestazione e l’altra» (come ribadito anche recentemente in Cass. 11 settembre 2009, n. 19681, in *GD*, 2009, 40, 74).

Condivide tale impostazione anche la giurisprudenza di merito, che anzi ancor più della giurisprudenza di legittimità, pone l’accento sulla dimostrazione, da parte del giornalista, del suo stabile «stare a disposizione» dell’editore, anche nell’intervallo tra una prestazione e l’altra, per evaderne richieste variabili e non sempre predeterminate e predeterminabili, eseguendone direttive ed istruzioni (tra le altre, si ricordano Trib. Roma 30 marzo 2009, in *D&G*, 2009; Trib. Milano 14 marzo 2007, inedita a quanto consta; Trib. Milano 24 novembre 2006, in *OGL*, 2007, 77). Mentre altri elementi quali, ad esempio, la di-

sponibilità di una propria postazione di lavoro nella sede del giornale o di un *badge staff* o delle chiavi di accesso agli uffici, la fruizione gratuita della mensa, ovvero la modalità di retribuzione a scadenza fissa non costituiscono per i Giudici di merito elementi incompatibili con la qualificazione del rapporto in termini di collaborazione autonoma (cfr. Trib. Milano 22 maggio 2008, inedita a quanto consta).

Anche la dottrina individua il vincolo di subordinazione nella “disponibilità” del giornalista e nel suo inserimento funzionale nell’organizzazione editoriale (cfr., tra gli altri, O. MAZZOTTA, *Attività giornalistica e subordinazione*, in *FI*, 1982, I, 1015 ss.; M. BORZAGA, *Subordinazione e rapporto di lavoro giornalistico*, in *RIDL*, 2000, II, 290 ss.).

Nell’operazione di “adattamento” della nozione di subordinazione fornita dall’art. 2094 c.c. alle peculiarità del lavoro giornalistico, la giurisprudenza – con specifico riferimento alla figura del c.d. “collaboratore fisso”, oggetto del giudizio da parte del Tribunale vigevanese – si è servita soprattutto delle indicazioni desumibili, in generale, dal contratto collettivo nazionale e, in particolare, dalla definizione di “collaboratore fisso” contenuta nell’art. 2 di detto contratto che, come noto – a partire da quello sottoscritto nel 1959 – è stato reso efficace *erga omnes* con il d.P.R. n. 153/1961. Tale norma individua gli elementi tipizzanti la figura del “collaboratore fisso” nella «continuità della prestazione», nel «vincolo di dipendenza» e nella «responsabilità di un servizio», fornendo altresì una definizione di tali requisiti.

Quanto al «vincolo di dipendenza», secondo quanto chiarito in giurisprudenza, è necessaria la persistenza dell’impegno del collaboratore tra una prestazione e l’altra: egli dovrà quindi dimostrare di essere rimasto stabilmente a disposizione dell’editore anche nell’intervallo tra una prestazione e l’altra, al fine di poter evadere richieste variabili e non sempre predeterminate o predefinite (così, in termini, Cass. 29 luglio 2004, n. 14427, in *OGI*, 2004, 557). Detto «vincolo di dipendenza» può esprimersi anche attraverso altri indici concorrenti, benché non determinanti, quali la quotidiana presenza in azienda, l’utilizzazione delle attrezzature aziendali, la soggezione alle continue direttive del caporedattore o del capo servizio, oltre alla soggezione del lavoratore al potere disciplinare del datore di lavoro (*ex plurimis*, Cass. 25 giugno 2009, n. 14913, in *MGC*, 2009, 981; Cass. 29 dicembre 2006, n. 27608).

Circa la «continuità della prestazione» s’è già accennato, in termini più generali, come la giurisprudenza abbia escluso la sussistenza di un vincolo di natura subordinata quando siano convenute singole, ancorché continuative, prestazioni a fronte di una successione di incarichi professionali e la remunerazione sia commisurata alla prestazione singolarmente convenuta. Dunque, per il riconoscimento della natura subordinata del rapporto non è sufficiente la produzione di numerosi articoli da parte del giornalista e neppure la tenuta di rubriche ove manchi la c.d. attività di “cucina giornalistica” o “cucina redazionale”, vale a dire di collaborazione con il corpo redazionale, in un rapporto di interazione, di appoggio e di reciproco condizionamento, al fine della forma-

zione del giornale in cui gli articoli sono pubblicati (cfr. Trib. Bari 6 aprile 2009, in *www.giurisprudenzabarese.it*; App. Milano 23 maggio 2002, in *LG*, 2002, 1211).

Con riferimento, infine, alla «responsabilità del servizio», l'art. 2 del contratto collettivo richiede la redazione «normalmente e con carattere di continuità» di articoli su argomenti specifici ovvero la cura di particolari rubriche. A tal proposito, s'è detto, la Suprema Corte ha chiarito che tale requisito deve essere inteso come l'impegno del giornalista di occuparsi con continuità di uno specifico settore o argomento d'informazione: la testata deve cioè poter fare costante affidamento su quel giornalista per la copertura di un determinato settore, contando, per il perseguimento degli obiettivi editoriali, sulla sua permanente disponibilità (cfr. Cass. 9 marzo 2004, n. 4797; Cass. 20 gennaio 2001, n. 833).

Nella sentenza in commento il Tribunale di Vigevano ha applicato alla fattispecie sottoposta al suo giudizio esattamente i canoni ermeneutici ora ricordati, concludendo per l'insussistenza d'un rapporto di lavoro subordinato *ex art. 2 Ccnl*. Più specificamente il Giudice – dopo una accurata ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali – ha escluso per il mancato assolvimento, da parte del ricorrente, dell'onere probatorio a suo carico: egli, infatti, non ha dimostrato l'esistenza di un impegno costante a redigere articoli su specifici argomenti e secondo stringenti direttive da parte dell'editore, soddisfacendo le esigenze informative del giornale in un determinato settore o rubrica.

Bibiana Granata

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali

5. Licenziamento collettivo

5.1. Cass. 5 febbraio 2010, n. 2676 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 18).

Licenziamento collettivo - Impugnazione tardiva - Conseguenze - Decadenza - Accertamento della illegittimità del licenziamento - Esclusione - Azione risarcitoria di diritto comune - Inammissibilità.

La mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato impedisce l'accertamento giudiziale della legittimità del recesso e la tutela risarcitoria di diritto comune.

Della decadenza dall'impugnazione del licenziamento

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** Le prime pronunce di legittimità. – **2.1.** Alternatività, continenza e concorrenza della disciplina di diritto speciale: critica. – **2.2.**

L'azione risarcitoria di diritto comune: presupposti. – **2.3.** *Segue:* Limiti: prevedibilità e immediatezza del danno.

1. Con la sentenza riportata in epigrafe, la Corte di Cassazione viene chiamata a pronunciarsi sulla esperibilità in via sussidiaria dell'azione risarcitoria di diritto comune in caso di decadenza dall'impugnazione del licenziamento per scadenza del termine di sessanta giorni stabilito dall'art. 6 della l. n. 604/1966. In conformità ad un consolidato orientamento (Cass. 5 febbraio 1985, n. 817; Cass. 24 giugno 1987, n. 5532; Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, in *RIDL*, 2000, II, 177; Cass. 23 dicembre 2000, n. 16163, in *GC*, 2001, I, 1588; Cass. 21 agosto 2006, n. 18216, in *MGL*, 2007, 270; Cass. 12 ottobre 2006, n. 21833, in *MGL*, 2007, 270; Cass. 10 gennaio 2007, n. 245, in *MGL*, 2007, 270; Cass. 9 marzo 2007, n. 5545, in *LG*, 2007, 11, 1143; Cass. 14 maggio 2007, n. 11035, in *LG*, 2007, 9, 879; Cass. 5 marzo 2008, n. 5927, in *ADL*, 2008, 1472; Cass. 4 maggio 2009, n. 10235; Cass. 11 giugno 2009, n. 13580, in *GD*, 2009, 30, 91), la Suprema Corte dichiara che, a seguito della decadenza dall'impugnazione, l'azione risarcitoria di diritto comune resta esperibile, ma solo «in via residuale» per far valere profili di illegittimità del licenziamento diversi da quelli previsti dalla normativa speciale sui licenziamenti.

2. Devono ritenersi in verità fraintese le prime pronunce dei giudici di legittimità (Cass. n. 817/1985, cit.; Cass. n. 5532/1987, cit.; Cass. n. 1757/1999, cit.) secondo cui la decadenza dall'impugnazione non avrebbe pregiudicato l'esercizio della «ordinaria azione risarcitoria in base ai principi generali che la disciplinano».

In ragione di tale assunto, i giudici di legittimità (Cass. n. 16163/2000, cit.) sono giunti ad affermare l'alternatività del regime di tutela applicabile al caso concreto – speciale (reale *ex art.* 18, o indennitario *ex art.* 8, l. n. 604/1966) oppure ordinario (*ex artt.* 1218 e 1453 c.c.) – a scelta «delle stesse parti o anche del giudice»; e, prima ancora, i giudici di merito (App. Venezia n. 159/2003, richiamata da Cass. n. 18216/2006, cit.) hanno concluso per l'esistenza nell'ordinamento di una «minore tutela risarcitoria prevista dalle norme ordinarie» implicitamente ricompresa nella «richiesta di protezione massima» prevista dalla tutela reale di diritto speciale, da ritenersi «rientrare pienamente nella pretesa originariamente fatta valere».

Le stesse pronunce sono state poi lette come una conferma della praticabilità della strada del risarcimento di diritto comune, una volta spirati i termini per l'impugnazione del licenziamento secondo il regime di tutela speciale (cfr. ad esempio Cass. n. 21833/2006, cit., secondo cui «la mancata impugnazione nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro, bensì preclude al lavoratore soltanto la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento ai sensi dell'art. 18 l. n. 300/1970: ne consegue che, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, qualora si sia verificata la decadenza dall'impugnazione, il lavoratore è legittimato ad esperire l'ordinaria azione risarcitoria in base ai principi generali che la disciplinano, sempre che ne ricorrano i relativi presupposti»).

2.1. Che tali asserzioni non abbiano fondamento alcuno è stato presto chiarito dalla dottrina così come dalla giurisprudenza.

I connotati di specialità, ma soprattutto di imperatività, della disciplina lavoristica (sulla norma inderogabile, cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, Cedam, Padova, 2006, 19 ss.) escludono in radice la possibilità per le parti – profilata al contrario da Cass. n. 16163/2000, cit. – di scegliere il regime giuridico da applicarsi di volta in volta al caso sottoposto a giudizio; nonché l'esistenza di una sorta di sistema di tutele a cerchi concentrici – ravvisato dalla Corte di Appello di Venezia – in cui la disciplina speciale conterrebbe al suo interno la tutela di diritto comune.

Il legislatore, fissando il regime di diritto speciale, ha inteso sostituire i rimedi di diritto comune escludendo qualsiasi «autonomia per i privati» (M. MISCIONE, *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione di diritto comune*, in *LG*, 2000, 7, 605). E ciò vale anche per il caso in cui vi sia stata tempestiva impugnazione del licenziamento: resta in tal senso priva di qualsivoglia fondamento e giustificazione l'asserzione contenuta in alcune sparute pronunce (si veda, ad esempio, Cass. n. 11035/2007, cit.), secondo cui «nell'area dei licenziamenti disciplinati dalla normativa speciale, l'azione risarcitoria di diritto comune può essere esercitata, in via alternativa, soltanto previa tempestiva impugnazione del licenziamento».

Sia la dottrina (cfr. sul punto P. TOSI, *L'art. 18 St. Lav. nel processo*, in *ADL*, 2008, 1347) che i giudici di legittimità (in Cass. n. 18216/2006, cit.) sono poi intervenuti a precisare, in un processo di «attenta riconsiderazione» – queste le parole della Corte –, il contenuto delle pronunce medesime in merito al rapporto tra disciplina speciale e disciplina di diritto comune in caso di decadenza dall'impugnazione del licenziamento.

Il regime speciale, si è detto, è sostitutivo di ogni conseguenza di diritto comune connessa al licenziamento illegittimo, ed «il risarcimento derivante dall'illegittimità del licenziamento è tipizzato dalla legge quanto al parametro di quantificazione» (P. TOSI, *op. cit.*, 1348).

In altre parole, il legislatore ha realizzato una integrazione legale della disciplina del rapporto di lavoro nella fase “critica” del licenziamento sia sul piano della responsabilità contrattuale, sia sul piano della responsabilità extracontrattuale (A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 448). Egli ha optato per la soluzione di valutare il danno, o nella misura dell'indennità di preavviso, o in quella della indennità di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, ovvero nella misura ancora delle retribuzioni dovute dal giorno del licenziamento al giorno della reintegrazione. Liquidazioni forfettarie, queste, in cui deve ritenersi ricompreso tutto il danno immediato e diretto conseguente al licenziamento illegittimo. Non solo. Il licenziamento nel diritto del lavoro, rispetto al recesso del diritto civile (A. PROTO PISANI, *I profili processuali della nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in M. DE CRISTOFARO (a cura di), *I licenziamenti individuali e la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Cedam, Padova, 1991, 31), conosce precise disposizioni

quanto a condizioni, limiti di esercizio ed anche per ciò che riguarda la sua impugnazione. Nel quadro dello speciale regime e nelle relative aree – precisa Cass. n. 18216/2006, cit. – il legislatore ha previsto un termine breve di decadenza per l'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore «a garanzia della certezza della situazione di fatto determinata dal recesso datoriale, ritenendo tale certezza valore preminente rispetto a quello della legittimità del licenziamento».

Ne consegue che al lavoratore che non abbia impugnato nel termine di decadenza il licenziamento viene non solo precluso il diritto di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del recesso e di conseguire il risarcimento del danno nella misura prevista dalle leggi speciali di cui si è detto, ma anche la possibilità di ricollegare al medesimo recesso conseguenze risarcitorie di diritto comune.

Se infatti il giudice, a seguito della decadenza, «non può conoscere della eventuale illegittimità del licenziamento, appare evidente che neppure può conoscere tale illegittimità al fine di integrare, di per sé, la illiceità del comportamento del datore di lavoro» (Cass. n. 10235/2009, cit.). Poiché l'inadempimento (cioè il recesso illegittimo) costituisce presupposto del risarcimento dovuto dal contraente inadempiente a norma dell'art. 1218 c.c., la impossibilità di tale accertamento esclude la possibilità di riconnettere al preteso inadempimento del datore di lavoro l'obbligazione risarcitoria di diritto comune a favore del lavoratore.

Ammettendo l'azione risarcitoria di diritto comune, pur a seguito della decadenza dall'impugnazione del licenziamento, non solo si aggirerebbero i limiti posti dalla disposizione stessa sulla decadenza, ma si realizzerebbe il paradosso di garantire al lavoratore decaduto dall'impugnazione del licenziamento, soprattutto nell'ambito della tutela obbligatoria, il diritto ad un risarcimento addirittura maggiore di quello spettante in caso di impugnazione tempestiva, poiché l'azione fondata sull'art. 1218 c.c. comporta, a carico del datore di lavoro, l'accertamento «dell'obbligo di risarcire le retribuzioni non corrisposte al lavoratore dal momento del licenziamento alla sentenza, oltre [...] all'eventuale maggior danno» (A. PIZZO FERRATO, nota a Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, in *LG*, 1999, 9, 825), con conseguente diritto del prestatore di lavoro illegittimamente licenziato ad un risarcimento non limitato ad un massimo di sei mensilità, ma in pratica identico a quello dell'art. 18 Stat. lav.

Si coglie così la portata della disciplina speciale rispetto a quella ordinaria: nel codice civile l'inadempimento di una parte del contratto a prestazioni corrispettive legittima l'altra a richiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno; nel diritto del lavoro l'inadempimento può assumere la particolare forma del licenziamento, illegittimo quando acasale, cui seguono le azioni previste dalla disciplina speciale, che conoscono, è vero, un ristoro del danno patrimoniale, ma predeterminato dal legislatore e soggetto ad un termine di decadenza.

2.2. Se la semplice illegittimità del licenziamento non può costituire il fatto ingiusto della pretesa risarcitoria, occorre, per poter esperire l'azione *ex art.* 2043 c.c., che il lavoratore alleggi e provi un ulteriore comportamento illecito del datore in base ai principi generali (in tal senso, cfr. Cass. n. 5545/2007, cit.).

L'azione risarcitoria di diritto comune resta dunque pur sempre esperibile, ma non sul presupposto dell'illegittimità del licenziamento bensì, in via residuale, per far valere altri profili di illegittimità del recesso «in base ai principi generali che la disciplinano».

Questo è il senso che più correttamente deve essere attribuito alle conclusioni contenute nelle prime pronunce della Cassazione sulla decadenza dall'impugnazione e che ci consente di ravvisare l'esistenza di un orientamento sul punto uniforme.

In ragione dell'operare di una disciplina speciale, tendenzialmente onnicomprensiva, sul danno da licenziamento si deve premettere una interpretazione restrittiva del fatto ingiusto da cui può originare l'azione risarcitoria di diritto comune, di cui si esalta l'autonomia rispetto all'atto di recesso.

Il presupposto dell'azione ordinaria nei fatti resta il comportamento del datore di lavoro, purtuttavia esso viene letto in riferimento alle modalità con cui viene irrogato: forma, diffusione e modo del provvedimento.

Per concludere, l'azione risarcitoria di diritto comune è riferibile non alle conseguenze connesse all'estinzione del rapporto, ma ad una condotta del datore che è ulteriore e distinta dall'atto di recesso.

Il *discrimen* tra le due azioni risarcitorie, di diritto comune e speciale, sta, in altre parole ancora, nel bene giuridico tutelato: il mantenimento del posto di lavoro per quanto concerne le disposizioni speciali; il decoro, l'onore e la dignità della persona del lavoratore per quanto concerne invece le disposizioni di diritto comune (in tale prospettiva si arriva anche a negare quella identità della *causa petendi* che Cass. n. 16163/2000, cit., dichiara sussistere laddove venga chiesto un risarcimento del danno da licenziamento illegittimo sulla base dell'art. 18 Stat. lav. ed in sede di appello sulla base del diritto comune di cui agli artt. 1218 e 1453 c.c.).

Ne consegue che è l'autonoma rilevanza del fatto illecito, distinto dal recesso, che espone il datore di lavoro all'ordinaria azione di natura risarcitoria, che, per i caratteri di indipendenza, è pienamente cumulabile con i regimi di tutela speciali e di tutela obbligatoria e reali previsti per un recesso ingiustificato.

2.3. Secondo parte della giurisprudenza, il «fatto ingiusto» cui possono riconnettersi conseguenze risarcitorie di diritto comune può, «a titolo di esempio» essere rappresentato dal «licenziamento ingiurioso, il licenziamento come atto finale di mobbing, il licenziamento pubblicizzato al di fuori dell'azienda con la finalità di nuocere alla figura professionale del lavoratore» (Cass. n. 21833/2006, cit.).

Sarebbe risarcibile allora il danno da ingiuria, da diffamazione, ma anche da lesione all'integrità psico-fisica che si accompagna al danno da licenziamento come fattore lesivo ulteriore, da esso distinto.

Si tratta di condotte, queste, oggetto di un autonomo giudizio di liceità, perché potenzialmente lesive di un bene giuridico diverso dal posto di lavoro ed identificato nel decoro, nell'onore e nella dignità del lavoratore, ovvero nella salute fisica o psichica del lavoratore (cfr. Cass. n. 18216/2006, cit.; Cass. n. 21833/2006, cit.; Cass. n. 245/2007, cit.).

Certo è che la possibilità di chiedere il risarcimento di un fatto ingiusto ulteriore, nelle sue molteplici articolazioni, può arrivare a scardinare le certezze che derivano dalla necessità di impugnare il licenziamento in un termine breve.

La mancata impugnazione del licenziamento non potrebbe più essere considerata un fatto che attribuisce certezza alla situazione giuridica conseguente al recesso. E l'azione risarcitoria di diritto comune potrebbe addirittura avere effetti sanzionatori superiori rispetto al sistema previsto dalla disciplina speciale, vista la difficoltà ad oggi di fare previsioni attendibili sulla quantificazione dei danni, in ragione della tendenza e della tentazione alla proliferazione di voci che affiorano nello scenario processuale. A tale orientamento giurisprudenziale se ne contrappone dunque un altro che invita ad una sorta di *self restraint*, nella prospettiva anche di limitare i c.d. "danni da rimbalzo".

Quest'ultimo orientamento (cfr., in particolare, Cass. n. 5927/2008, cit.) distingue le conseguenze del recesso in fisiologiche e non fisiologiche. Rientrando il licenziamento nella "fisiologia" delle relazioni che si svolgono nell'ambito dell'impresa, «anche ove sia illegittimo, l'atto è nel bilancio delle eventualità, quale spazio in cui il rapporto di lavoro può a volte svilupparsi [...]. Fisiologica resta la relativa conseguenza (costituita dalla mancanza della retribuzione). Da questa natura fisiologica, la naturale prevedibilità del licenziamento e della conseguenza (insita nello stesso atto: la mancanza del lavoro e della retribuzione)».

Accanto alla mancanza del lavoro e della retribuzione – conseguenze fisiologiche del licenziamento che trovano risarcimento nelle somme forfettariamente stabilite dalla disciplina speciale – questo orientamento ravvisa l'esistenza di conseguenze non fisiologiche, non immediate, non dirette e non prevedibili del recesso che, in quanto tali, non potrebbero dirsi risarcibili secondo l'ordinaria azione di diritto comune.

Il danno alla salute e il danno biologico, ad esempio, vengono considerati conseguenza della mancanza di lavoro e di retribuzione. Essendo quindi "conseguenza di una conseguenza", quest'ultima, per definizione, dovrebbe considerarsi un "danno non risarcibile".

«Diversamente – sempre secondo la stessa Corte – è a dirsi ove l'atto datoriale abbia un proprio intrinseco carattere di illegittimità, estraneo alla assenza della relativa ragione fondante (giusta causa o giustificato motivo, violazione di norme)». In questa ipotesi, l'eventuale danno, non fisiologico anch'esso,

diventa conseguenza non della perdita della retribuzione e del posto di lavoro, bensì dello stesso comportamento con cui è stato attuato, e che costituisce la causa del danno. In quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento, questo danno dovrebbe dirsi (*ex art. 1223 c.c.*) “risarcibile”.

In quest’ultima ipotesi, il danno direttamente e immediatamente connesso al comportamento assume, per la sua stessa causa – ingiuria o persecuzione o vessazione –, anche il carattere della prevedibilità.

L’azione risarcitoria di diritto comune può essere esercitata in via residuale, concludendo, per far valere profili di illegittimità del licenziamento che siano diversi da quelli previsti dalla normativa speciale sui licenziamenti, individuali o collettivi, conseguenza immediata e diretta dell’illegittimo comportamento datoriale con cui il licenziamento è stato adottato, facendo valere l’atto di recesso come atto idoneo a determinare un danno risarcibile in base ai principi generali della responsabilità contrattuale (*ex art. 1218 c.c.*) o extracontrattuale (*ex art. 2043 c.c.*). Se la specifica lesione costituisce una conseguenza non immediata, non diretta e non prevedibile del licenziamento, il danno non potrà, invece, secondo gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, essere risarcibile.

Fabrizia Santini

Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi del Piemonte Orientale

6. Licenziamento individuale

6.1. Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 18).

Licenziamento - Superamento del periodo di comporto - Impugnazione - Termine di decadenza - Esclusione.

Al licenziamento per superamento del periodo di comporto, regolato dall’art. 2110, comma 2, c.c., non si applica il termine di decadenza per l’impugnazione ex art. 6, l. n. 604/1966.

Il termine di decadenza per l’impugnazione del licenziamento non si applica in caso di superamento del periodo di comporto. La Cassazione non anticipa il legislatore

Sommario: **1.** Il principio di diritto affermato da Cass. n. 1861/2010 e i precedenti giurisprudenziali. – **2.** L’applicazione delle altre regole *ex l. n. 604/1966* al recesso *ex art. 2110, comma 2, c.c.* – **3.** Periodo di comporto, vizi del licenziamento e conseguenze sanzionatorie. – **4.** Costruzioni dottrinali e giurisprudenziali in materia di recesso per superamento del periodo di comporto: qualche riflessione in

chiave comparata. – 5. I termini per l'impugnazione del licenziamento nel c.d. "collegato lavoro".

1. La sentenza qui annotata si pronuncia, risolvendola in senso negativo, sulla questione se il termine di decadenza di sessanta giorni, previsto per l'impugnazione dei licenziamenti *ex art. 6, l. n. 604/1966*, si applichi nel caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto di cui all'art. 2110, comma 2, c.c. È possibile rinvenire un solo precedente, piuttosto risalente e di segno esattamente contrario: Cass. 2 luglio 1988, n. 4394, in *NGL*, 1988, 524, la cui motivazione si impernia sulla ricostruzione del vizio del licenziamento illegittimamente irrogato per superamento del periodo di comporto come inefficacia invece che come nullità. In dottrina, per le opinioni favorevoli all'applicazione dell'art. 6, l. n. 604/1966, si veda R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1992, 373; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 2002, 171.

La motivazione di Cass. n. 1861/2010 è breve e lineare, e prescinde dalla qualificazione della patologia da cui sarebbe affetto il licenziamento illegittimamente intimato per superamento del periodo di comporto, questione sulla quale la sentenza non prende apertamente posizione. Secondo la Cassazione l'art. 2110, comma 2, c.c. contempla una fattispecie peculiare di recesso (si esprime in termini di disciplina speciale la giurisprudenza pressoché unanime: cfr. per tutte Cass., sez. un., 29 marzo 1980, n. 2072, in *FI*, 1980, I, 936, e, da ultimo, Cass. 10 ottobre 2005, n. 19676, s.m.), alla quale non è applicabile la disciplina decadenziale dettata dall'art. 6, l. n. 604/1966: infatti, le disposizioni in materia di decadenza sono di carattere eccezionale, e come tali non suscettibili di applicazione analogica, stante il divieto *ex art. 14, disp. prel., c.c.* All'impugnazione del licenziamento per scadenza del periodo di comporto si applicheranno, dunque, soltanto gli ordinari termini di prescrizione.

2. La giurisprudenza costante non riscontra alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 2, l. n. 604/1966 sulla forma e la motivazione del licenziamento alla fattispecie contemplata dall'art. 2110, comma 2, c.c. Le numerose decisioni pronunciate sul punto sottolineano che la l. n. 604/1966 è applicabile anche al licenziamento per scadenza del periodo di comporto, salvo le disposizioni chiaramente incompatibili, come quelle relative ai presupposti *ex art. 3*. Si veda in questo senso App. Milano 21 giugno 2005, in *LG*, 2006, 196; Cass. 26 maggio 2005, n. 11092, s.m.; Trib. Roma, 13 maggio 2005, in *LG*, 2006, 506; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18199, in *D&L*, 2003, 151, con nota di S. MUGLIA; Cass. 13 dicembre 1999, n. 13992, in *RIDL*, 2000, II, 688, con nota di M. CATTANI; Cass. 24 gennaio 1997, n. 716, in *RIDL*, 1998, II, 129, con nota di L. MARRA; Cass. 2 dicembre 1988, n. 6546, s.m. E, così, si ritiene che il datore di lavoro debba comunicare per iscritto il recesso e, se richiesto, fornire, sempre per iscritto, il conteggio dei giorni di malattia che evidenziano il superamento del periodo di comporto: si veda Cass. 10 gennaio 2008, n. 278, in *RGL*, 2008, II, 344, con nota di L. FORTE (seppur implicitamente); App. Mi-

lano, 29 giugno 2006, in *LG*, 2007, 421, e Cass. n. 11092/2005, cit., secondo le quali è sufficiente l'indicazione del numero globale delle assenze nel periodo, senza l'indicazione dei singoli giorni di assenza; App. Milano, 21 giugno 2005, cit., Cass. 3 agosto 2004, n. 14873, in *RIDL*, 2005, II, 399, con nota di F. STOLFA, e Cass. n. 18199/2002, cit., che ritengono, invece, necessaria la precisazione, a richiesta, degli specifici giorni di assenza; Cass. n. 6546/1988, cit.

3. La giurisprudenza e la dottrina sono divise sulla natura del vizio da cui è affetto il licenziamento illegittimamente intimato per superamento del periodo di comporto. Secondo l'opinione prevalente si tratterebbe di nullità, in quanto il recesso contrasterebbe con la disposizione imperativa contenuta nell'art. 2110, comma 2, c.c.: in questo senso si veda in giurisprudenza Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, 61, con nota di S. FIGURATI; Cass. 21 settembre 1991, n. 9869, in *RGL*, 1992, II, 1030, con nota di N. BERGIANTI; Cass. 30 agosto 1991, n. 9243, s.m.; in dottrina si veda M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1979, 376-377; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1991, 213; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 366; M. TATARELLI, *op. cit.*, 192-193. Secondo un'altra opinione si tratterebbe, invece, di inefficacia che paralizzerebbe il recesso soltanto fino all'effettiva scadenza del periodo di comporto: così Cass. 4 luglio 2001, n. 9037, in *NGL*, 2001, 766; Cass. 10 febbraio 1993, n. 1657, in *GC*, 1993, I, 2421, con nota di T. BIANCONCINI; Cass. 26 febbraio 1990, n. 1459, s.m.; Cass. 13 gennaio 1989, n. 133, s.m.; Cass. n. 4394/1988, cit.

È considerato, invece, pacificamente inefficace fino al termine della malattia (o del periodo di comporto) il licenziamento per giustificato motivo intimato durante il decorso del periodo di comporto: cfr. per tutte Cass. 26 luglio 2005, n. 15643, s.m. (resa in un caso di licenziamento collettivo); Cass. 7 gennaio 2005, n. 239, s.m.; Cass. 20 giugno 2003, n. 9896, in *DL*, 2003, II, 299, con nota di M. D'APONTE; Cass. 20 dicembre 1997, n. 12915, in *NGL*, 1998, 46; Cass. 2 luglio 1988, n. 4394, in *NGL*, 1988, 524; Cass. 17 dicembre 1987, n. 9375, s.m.; Cass. 29 giugno 1985, n. 3909, in *RGL*, 1986, II, 382; Cass. 15 maggio 1984, n. 2966, in *MGL*, 1984, 481; in dottrina si vedano per tutti R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 367-368; M. TATARELLI, *op. cit.*, 6-7; nel senso che tale inefficacia non opererebbe nel caso di «integrale e definitiva cessazione dell'impresa» Trib. Torino, 11 agosto 2000, in *RIDL*, 2001, II, 507, con nota di A. PARDINI. Il licenziamento intimato per giusta causa è, invece, immediatamente efficace: così, tra le tante, Cass. 5 novembre 2008, n. 26571, s.m.; Cass. 1° giugno 2005, n. 11674, s.m.; Cass. 28 settembre 2002, n. 14074, in *RIDL*, 2003, II, 394, con nota di F. SANTINI; Cass. 6 agosto 2001, n. 10881, in *NGL*, 2001, 769; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2209, in *NGL*, 1998, 446; Cass. 22 febbraio 1995, n. 2019, in *GI*, 1995, I, 1, 2040; Cass. 17 marzo 1987, n. 2707, in *OGI*, 1987, 483; in dottrina si vedano per tutti R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 370-371; M. TATARELLI, *op. cit.*, 6.

Non sono frequenti le decisioni giurisprudenziali che si occupano delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento *ex art. 2110*, comma 2, c.c. nullo/inefficace: si sottolinea l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav. (cfr. Cass. 9 gennaio 1997, n. 134, s.m.), ma talora precisando che ne devono ricorrere i presupposti di applicazione (Cass. 2 luglio 2009, n. 15501, s.m.). In dottrina, invece, taluno propende per l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav. a prescindere dal regime di tutela (reale od obbligatoria) di cui gode il lavoratore (cfr. in questo senso A. PANDOLFO, *op. cit.*, 214); altri, invece, differenziano la reazione dell'ordinamento a seconda del regime di protezione dal licenziamento (così, sembrerebbe, R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 366-367).

4. In dottrina ha riscosso un discreto successo una ricostruzione completamente diversa del recesso per scadenza del periodo di comporto (per la quale cfr., soprattutto, M. NAPOLI, *op. cit.*, 370 ss., spec. 377 ss.; A. PANDOLFO, *op. cit.*, 298 ss.). Secondo questa opinione, l'art. 2110, comma 2, c.c., che consente all'imprenditore di recedere *ex art. 2118 c.c.* una volta «decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità», conterrebbe un rinvio meramente formale all'art. 2118 c.c. In altri termini, la disposizione andrebbe letta come se contemplasse un riferimento alla disciplina di regolazione del licenziamento vigente *pro tempore* (rinvio formale). Nella versione originaria del codice civile, alla quale appartengono sia l'art. 2110, sia il 2118, il recesso ai sensi di quest'ultima disposizione era la forma di maggior tutela del lavoratore prevista dall'ordinamento, contemplando in suo favore il diritto al preavviso, ma, a partire dal 1966, la legislazione si è arricchita di numerose disposizioni a protezione del lavoratore licenziato. Per conseguenza, una lettura che attribuisca al rinvio valore materiale non si giustificerebbe più secondo un'interpretazione sistematico-evolutiva. I corollari di questa ricostruzione dottrinale appaiono particolarmente tutelanti per il lavoratore e, forse, proprio per questo motivo essa non ha riscosso il favore della giurisprudenza, sebbene vi sia stato, soprattutto negli anni Settanta, un consistente filone di decisioni di merito che ha adottato un'impostazione simile (per una rassegna si veda L. BONARETTI, E. CHERICONI, *Malattia e lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1979, 181-183). Il licenziamento durante il periodo di malattia sarebbe nullo, conformemente alle prospettazioni già menzionate. Una volta esaurito il periodo di comporto, però, il datore di lavoro non potrebbe recedere *tout court*, ma dovrebbe ancora dimostrare la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (A. PANDOLFO, *op. loc. cit.*), o il venir meno del proprio interesse alla prestazione *ex art. 1256*, comma 2, c.c., sempre, comunque, misurato secondo i criteri dell'art. 3, l. n. 604/1966 in materia di giustificato motivo oggettivo (M. NAPOLI, *op. loc. cit.*).

La disciplina del licenziamento per il caso di malattia edificata dalla giurisprudenza sullo scarno tessuto normativo dell'art. 2110, comma 2, c.c. appare offrire al lavoratore una tutela più che adeguata se si volge lo sguardo al piano comparato. La secca alternativa tra giustificato motivo soggettivo e oggettivo presente nel nostro ordinamento ha spinto la giurisprudenza a configurare il

licenziamento per malattia come un recesso speciale, nel quale il contemporaneo dell'interesse del datore di lavoro all'interruzione del rapporto in conseguenza dell'impossibilità della prestazione (per la regola civilistica generale si veda l'art. 1256, comma 2, c.c.) con quello del lavoratore alla permanenza della relazione contrattuale viene fissato in via preventiva nel periodo di compimento. L'ordinamento tedesco conosce, invece, accanto al licenziamento per inadempimento contrattuale e a quello economico, anche quello radicato nella persona del lavoratore, seppur non nel suo comportamento: la *personenbedingte Kündigung* (§ 1 *Kündigungsschutzgesetz*). Nell'ambito di questo tipo di recesso rientrano principalmente proprio i licenziamenti irrogati in conseguenza della malattia del lavoratore. Con riguardo ad essi, la sintesi dei contrapposti interessi non è oggettivata nel decorso di un periodo di tempo prefissato, bensì è valutata dal giudice in modo flessibile caso per caso, ponderando la durata prevedibile dell'episodio morboso (o frequenza dei molteplici episodi morbosi) con il disagio e i costi che l'assenza del lavoratore imporrà al datore, il tutto secondo la prognosi che poteva essere fatta al momento del recesso (cfr. W. BERKOWSKY, *Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung*, Beck, München, 2005, 58 ss.). Inoltre, trattandosi di un tipo di recesso che si colloca sul medesimo piano di quelli per colpa del lavoratore e per motivo economico, risulta soggetto agli ordinari termini di decadenza per l'impugnazione del licenziamento: tre settimane.

Anche alla luce di queste brevi considerazioni comparate, la soluzione offerta dalla sentenza qui annotata non convince appieno. L'art. 2110, comma 2, c.c. supplisce all'assenza, nel nostro ordinamento, di una fattispecie generale di licenziamento radicato nella persona del lavoratore da affiancare al giustificato motivo soggettivo e oggettivo. L'art. 2110, comma 2, c.c. dovrebbe, pertanto, essere considerato come un caso di giustificato motivo oggettivo specificato *ex lege* (si esprime in termini di «giustificato motivo oggettivo legalmente tipizzato» A. VALLEBONA, *Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di compimento*, in *DL*, 1983, I, 17; nel senso che si tratti di una «autonoma ipotesi di giustificazione del recesso» riconducibile al *genus* del giustificato motivo R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 380), come tale soggetto all'integrale applicazione della l. n. 604/1966, compreso l'art. 6 in materia di decadenza dall'impugnazione del licenziamento.

5. La materia trattata nella sentenza che si annota è stata affrontata anche dal collegato alla finanziaria 2008, in corso di ri-deliberazione al Parlamento dopo che il Presidente della Repubblica l'ha rinviato alle Camere segnalando taluni profili di possibile illegittimità costituzionale, peraltro non relativi alle questioni che qui interessano. L'art. 32, comma 1, sostituisce il primo e il secondo comma dell'art. 6, l. n. 604/1966: il lavoratore deve impugnare il licenziamento per atto scritto entro 60 giorni come nella disciplina attualmente vigente, ma tale impugnazione non ha efficacia se, entro il successivo termine di 180 giorni, non viene depositato il ricorso giudiziale o non viene inoltrata al datore di lavoro la richiesta di conciliazione o arbitrato. I nuovi termini di de-

cadenza che ne risultano sono, poi, estesi dall'art. 32, comma 2 «a tutti i casi di invalidità e inefficacia del licenziamento»: per conseguenza, anche al caso del licenziamento per scadenza del periodo di comporto *ex art.* 2110, comma 2, c.c. Il termine decadenziale unificato per l'impugnazione di tutti i tipi di licenziamento (anche di quelli che «presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto» – art. 32, comma 3, lett. *a*), introdotto dal collegato lavoro, costituisce una modifica assai rilevante del diritto del lavoro italiano, che renderà sicuramente più complesso per il lavoratore organizzare la propria difesa. Tuttavia, sul piano comparato esso non appare particolarmente vessatorio: in Germania il termine di impugnazione (giudiziale) per tutti i vizi del licenziamento è di tre settimane (§ 4, *Kündigungsschutzgesetz*), in Svezia di due (un mese se la comunicazione datoriale sia incompleta – § 40, comma 1, *Lag om anställningsskydd*), mentre in Austria è addirittura di una sola settimana (§ 107 *Arbeitsverfassungsgesetz*).

Matteo Corti

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

7. Obblighi del lavoratore

7.1. Trib. Roma 16 dicembre 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 20).

Obbligo di fedeltà - Divulgazione notizie e mezzo stampa e diritto di critica - Limiti - Esercizio rispettoso di tali limiti - Licenziamento - Illegittimità.

È illegittimo il licenziamento di un dipendente (fattispecie relativa ad un rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) che abbia divulgato alla stampa notizie concernenti un incidente ferroviario e criticato pubblicamente i vertici aziendali, qualora tali dichiarazioni risultino conformi ai criteri della c.d. contenenza formale e sostanziale e dell'utilità sociale della comunicazione.

Diritto di critica e garanzie del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: riflessi sul rapporto di lavoro

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La vicenda. – **3.** Diritto di critica, di cronaca e di opinione vs. rapporto di lavoro. – **3.1.** *Segue:* obbligo di fedeltà e dovere di “collaborazione”: ipotesi ricostruttive. – **4.** Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e “garanzie sindacali”. – **5.** Obbligo di aggiornamento delle misure di prevenzione

e confini dell'obbligo di sicurezza. – **5.1.** *Segue:* possibile carattere intimidatorio del licenziamento per giusta causa.

1. La sentenza che si annota ha ad oggetto l'impugnativa, con richiesta di reintegrazione *ex art.* 18, l. n. 300/1970, di un licenziamento per giusta causa, intimato da Trenitalia S.p.A. ad un dipendente con mansioni di "macchinista", il quale, tra l'altro, ricopriva anche la carica di rappresentante dei lavoratori per la sicurezza (d'ora in poi, RLS). Costui, nel rendere delle dichiarazioni alla stampa, concernenti un incidente ferroviario, aveva fornito informazioni giudicate dalla società «false ed atte a creare grave discredito» alla società stessa, specie alla sua dirigenza. Di qui la contestazione di addebito da parte di Trenitalia, con la successiva intimazione del licenziamento in tronco, *ex art.* 2119 c.c.

Al giuslavorista, la sentenza, nella sua complessità e ricchezza di argomenti, pone in particolare tre punti di interesse: a) la coesistenza ed i rapporti intercorrenti tra diritto di critica, di cronaca e di opinione, alla luce della protezione costituzionale ricevuta dalle singole fattispecie e delle condotte esigibili in costanza di un rapporto lavorativo; b) la questione delle guarentigie connesse – o, eventualmente, da connettere – alla figura del RLS, prevista dall'art. 47 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e già rinvenibile, seppure in forma "embrionale", nell'art. 9 Stat. lav.; c) il (conseguente) possibile carattere intimidatorio del licenziamento per giusta causa, per l'indubbia esemplarità della sanzione rispetto a vicende analoghe, in futuro.

2. In giudizio venivano dedotte due dichiarazioni del ricorrente ad un'agenzia di stampa, a proposito del c.d. "spezzamento" in due tronconi di un convoglio Eurostar Alta Velocità, senza passeggeri a bordo, nel corso delle manovre per il raggiungimento della stazione di partenza. In tali dichiarazioni, il macchinista parlava nella sua qualità di RLS. Nella prima – lamentando la mancanza di attenzione dell'azienda alle segnalazioni sue e dei suoi colleghi – ascriveva ad un possibile difetto di manutenzione la causa dell'incidente e auspicava una chiarificazione, sul punto, da parte della dirigenza. Nella seconda, invece, con toni al limite del polemico, rifiutava l'idea che la causa potesse dipendere dal solo errore umano dei macchinisti, coinvolgendo, tra i responsabili, anche i vertici aziendali e spiegando – subito dopo – che l'automazione dei comandi non avrebbe dovuto consentire la produzione di un simile effetto, ancorché generato da un errore del macchinista. E, in effetti, non è casuale che dall'episodio sia scaturito l'obbligo per l'azienda – in base al combinato disposto dell'art. 2087 c.c. e art. 18, comma 1, lett. z, del d.lgs. n. 81/2008 – di aggiornare il sistema di prevenzione alle nuove cognizioni circa le misure per evitare possibili cause di incidenti. Elemento, questo, che non pare contestato in sede processuale.

3. La sentenza offre l'occasione per approfondire il tema del diritto di critica del lavoratore sull'operato dei vertici aziendali e, soprattutto, il limite di questo diritto, che tocca la delicata questione della legittimità del relativo eserci-

zio, attraverso la divulgazione alla stampa di una propria, magari opinabile, versione dei fatti.

Il problema, evidentemente, consiste nello stabilire la compatibilità del diritto costituzionale di manifestare il proprio pensiero con la condotta obbligatoria richiesta al lavoratore dall'art. 2105 c.c., la cui violazione potrebbe essere sanzionata ex art. 2106 c.c., o, addirittura, configurare la rottura del legame fiduciario, con il conseguente licenziamento per giusta causa.

La giurisprudenza si è spesso occupata di questa compatibilità tra così differenti situazioni giuridiche inerenti al prestatore di lavoro, sottolineando, da sempre, il distinto (e superiore) rango del diritto di manifestazione del pensiero, rispetto agli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro: tra cui, l'obbligo di fedeltà del lavoratore, oppure – seguendo una diversa opzione ricostruttiva – quello di subordinazione e di collaborazione. È appena il caso di ricordare, *in primis*, che il diritto di libera manifestazione del pensiero riceve copertura costituzionale dall'art. 21 Cost., oltre ad essere pienamente ascrivibile – come sottolinea anche il giudice *a quo* – al novero dei diritti inviolabili della persona umana (si vedano art. 2 Cost.; art. 19 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; art. 10 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; art. 6 Trattato dell'Unione europea); senza considerare, tra l'altro, la norma di apertura dello Statuto dei lavoratori che, non a caso, è rubricata *Libertà di opinione* (si veda G. GIUGNI, *Art. 1. Libertà di opinione*, in ID. (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979; U. ROMAGNOLI, *Commento sub art. 1*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice Civile. Libro V: del lavoro. Titoli I e II. Supplemento L. 20 maggio 1970 n. 300*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1972).

Dall'insieme di queste norme si evince come l'essere parte di un rapporto di lavoro non possa precludere al lavoratore la libertà di manifestazione del pensiero, anche (o forse soprattutto) in funzione critica. Naturalmente, ciò non toglie che, in una fase già patologica, derivante dal superamento della soglia di legittimità dell'esercizio dei diritti in parola, sarà possibile apprezzare conseguenze rilevanti – oltre che dal punto di vista civilistico e penalistico – anche sul piano del rapporto di lavoro.

Opportunamente, quindi, il giudice sgancia – in via preliminare – la questione attinente al diritto di critica e di cronaca dalle vicende interne al rapporto di lavoro: preoccupandosi, piuttosto, di indagare sul rispetto dei limiti dei diritti in parola, per valutare se e quanto il relativo esercizio incida sul rapporto tra datore di lavoro e lavoratore.

È in questo ordine di idee che viene ripresa una costante giurisprudenza sul punto, secondo cui – ferma restando l'affermazione del diritto di ciascuno a manifestare le proprie opinioni (anche criticando posizioni altrui) e a portarle a conoscenza della collettività – l'ordinamento tutela, con pari vigore, anche le posizioni dei soggetti che, dall'esercizio degli stessi diritti, possano subire qualche nocumento. Allude a ciò l'art. 2 Cost. quando riconosce e garantisce

«i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle organizzazioni sociali, ove si svolge la sua personalità». Di modo che la necessità del «rispetto della dignità delle persone e degli altri consociati in genere» costituisce un nucleo essenziale di tutela, riconosciuto *erga omnes*: dunque, anche a chi è destinatario di affermazioni critiche, soprattutto se manifestate in sede pubblica.

L'elaborazione di criteri atti a garantire il necessario «bilanciamento tra il diritto proprio di comunicare e quello altrui di non subire dalla comunicazione pregiudizio a propri beni fondamentali» è toccata alla giurisprudenza, la quale, secondo un orientamento ormai consolidatosi, ha individuato una serie di parametri – spesso concorrenti – idonei a valutare la correttezza di un'esternazione, tanto più se riferita con toni polemici o particolarmente aggressivi. Si tratta della c.d. “continenza”, nonché, con riferimento al diritto di cronaca, dell'utilità sociale della divulgazione, ovviamente rapportata al livello ed al mezzo di diffusione della stessa.

Di particolare interesse è il primo criterio: risultato di un processo di evoluzione giurisprudenziale abbastanza risalente nel tempo, secondo cui la continenza va declinata nella sua accezione tanto formale, quanto sostanziale. Quest'ultima appare facilmente assimilabile al canone della c.d. “verità obiettiva” (peraltro richiamata, in via autonoma, nella sentenza) e corrisponde all'esigenza che i fatti narrati corrispondano a verità (si vedano, tra le altre, Cass. pen. 23 marzo 2006, n. 13293; Cass. 6 agosto 2007, n. 17172; Cass. pen. 1° luglio 2008, n. 31392; con riferimento specifico al rapporto di lavoro, si esprime in questo senso già Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173, in *FI*, 1986, 1877, con nota di O. MAZZOTTA; si veda anche Cass. 16 maggio 1998, n. 4952, in *RIDL*, 1999, II, 346, con nota di P. TULLINI, nonché in *MGL*, 1998, 663, con nota di L. FAILLA; più recentemente, Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in *MGL*, 2004, 11, 813, con nota di V. NUZZO; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29008, in *RGL*, 2009, 3, 601 ss., con nota di B. CAPONETTI; Cass. 8 luglio 2009, n. 16000; Cass. 17 settembre 2009, n. 20048). Al contrario, la continenza formale ha riguardo alle modalità – o meglio, ai “toni” – con cui il fatto viene divulgato: per poterne affermare il rispetto, è necessario che l'esposizione dei fatti avvenga misuratamente, prestando attenzione anche alla correttezza ed alla civiltà delle espressioni utilizzate (si veda Cass. n. 4952/1998, cit.). Tuttavia, considerata l'“essenza polemica” della critica, la stessa Cassazione ammette che il criterio della continenza formale venga mitigato «dalla necessità [...] di esprimere le proprie opinioni e la propria personale interpretazione dei fatti, anche con espressioni astrattamente offensive e soggettivamente sgradite alla persona cui sono riferite». Dunque, possono ritenersi legittime anche finalità di denuncia sociale o politica, a condizione che – però – non si risolvano in «un'aggressione gratuita e distruttiva dell'immagine altrui» (si veda Cass. n. 28411/2008, citata nella sentenza, benché riferita, nello specifico, ad un'ipotesi di diritto di critica esercitato secondo le modalità della satira; sullo stesso punto, si veda Cass. 24 maggio 2001,

n. 7091, in *MGL*, 2001, 792, con nota di R. GIOVAGNOLI; per una illustrazione dei limiti interni ed esterni del diritto di critica, secondo l'attuale giurisprudenza, si veda G. MARTIRE, *Diritto di critica del lavoratore e obbligo di fedeltà: un equilibrio delicato*, in www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/diritto_critica.html).

3.1. Discorso diverso è quello di un esercizio non corretto del diritto di critica (e/o di cronaca), che può compromettere relazioni fiduciarie: anche perché, in materia di lavoro, la giurisprudenza prevalente suole affermare che, a causa della violazione dell'art. 2105 c.c., può venire a mancare un connotato essenziale del rapporto di lavoro, quale l'elemento fiduciario. Una conclusione che induce a riflettere sulla portata e sulla *ratio* dell'art. 2105 c.c., perché non si può ritenere pacifico che, a seguito di comportamenti del tutto estranei alla posizione obbligatoria tracciata dalla stessa norma, il vincolo fiduciario venga meno automaticamente. In altri termini, c'è da chiedersi se determinate condotte, che non hanno nulla a che vedere con gli obblighi specifici contemplati dall'art. 2105 c.c. – al massimo, evocando la generica rubrica della norma: “obbligo di fedeltà” – possano integrare la fattispecie della giusta causa di licenziamento.

Il dibattito sul punto – instauratosi, soprattutto, tra una autorevole dottrina e la giurisprudenza di legittimità – si può definire ancora aperto. Infatti, secondo alcuni autori, nonostante l'intitolazione della norma, dalla stessa non scaturirebbe un generico obbligo di fedeltà per il lavoratore, bensì – più semplicemente – condotte tipicamente enunciate, consistenti nella “non concorrenza” e nella “riservatezza”, identificata con la non divulgazione o utilizzazione dei c.d. “segreti aziendali” (si veda G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1995, 175; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, II ed., in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 493 ss.). Non mancano peraltro pronunce giurisprudenziali che, all'opposto, hanno affermato con convinzione la legittimità di un licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà, a causa del travalicamento dei limiti del diritto di critica, argomentando mediante il ricorso al vincolo fiduciario tra l'imprenditore e il dipendente, che si assumerebbe come definitivamente compromesso (si veda Cass. n. 4952/1998, cit.; Cass. n. 11220/2004, cit.; Cass. n. 29008/2008, cit.; Cass. n. 20048/2009, cit.).

Sebbene dalla sentenza in esame non emerga se la parte datoriale abbia invocato una simile circostanza, è da sottolineare come il giudice ritenga di non aderire all'ipotesi ricostruttiva maggiormente seguita dalla giurisprudenza: infatti, qualifica come “improprio” il riferimento all'art. 2105 c.c. (sul punto si veda anche O. MAZZOTTA, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in *FI*, 1986, 1877 ss.). Realisticamente, al giudicante appare più coerente la valorizzazione di un'interpretazione retta sì dal principio di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. – come, d'altra parte, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza auspicano in ambo i casi –, ma in relazione all'obbligo generale di “collaborazione” all'impresa, contenuto nell'art. 2094 c.c. (sulla rilevan-

za dell'elemento fiduciario nell'art. 2094 c.c. e negli artt. 2104 e 2105 c.c., si veda L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi: l'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, 837 ss.).

A questo proposito, va sottolineato che, nel caso di specie, sarebbe stato possibile rifarsi al codice etico, di cui Trenitalia si è dotata (disponibile in www.gare.trenitalia.it/cms-file/allegati/gare-trenitalia/CodiceEtico.pdf), che contempla anche l'aspetto delle relazioni con gli organi di stampa: tale riferimento avrebbe permesso di fugare ogni dubbio circa l'attinenza della questione al dovere di collaborare nell'impresa, piuttosto che all'obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Effettivamente, il codice in parola, al paragrafo 4.7, dispone che «la comunicazione con l'esterno attraverso la stampa ed i mass media è intrattenuta dalle funzioni aziendali a ciò formalmente delegate ed in coerenza con le regole di Gruppo»: ciò non significa – però – che non si debba comunque leggere la disposizione alla luce della protezione costituzionale ricevuta dal diritto di cronaca (e, ovviamente, dei relativi limiti). Dunque, non potendosi dubitare dell'interesse della collettività di venire a conoscenza di un incidente ferroviario (si tratta del canone, prima menzionato, dell'“utilità sociale”), lo stesso codice etico non si sarebbe rivelato utile a censurare la legittimità della condotta. Discorso diverso, invece, poteva essere fatto con riferimento al diritto di critica e – come si vedrà – in ordine al contenuto delle dichiarazioni, a volte marcatamente polemico.

In verità, per quanto la tesi per cui l'obbligo di fedeltà prevarrebbe sul diritto di critica – sia chiaro, sempre in combinato disposto con la correttezza e la buona fede – appaia comunque sostenibile, tale prevalenza riguarderebbe soltanto i casi più gravi: quando, cioè, la condotta del lavoratore provoca una rottura insanabile del legame fiduciario. Se però, anziché alla violazione dell'obbligo di fedeltà – che non lascia spazio alla continuazione del rapporto –, tale condotta fosse riconducibile alla violazione del dovere di collaborazione, sempre alla stregua dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei contratti, la situazione si presenterebbe parzialmente diversa, in quanto consentirebbe una graduazione maggiore della gravità dei comportamenti e non comporterebbe come conseguenza necessaria la rottura del vincolo fiduciario, e, dunque, l'estinzione del rapporto di lavoro.

Il problema, allora, non è quello di ammettere o escludere la configurabilità di un licenziamento, bensì quello di proporzionare l'entità della sanzione all'effettiva gravità della condotta. Di modo che, l'eventuale travalicamento dei limiti del diritto di critica del lavoratore sarebbe sanzionabile sul piano disciplinare, ma non necessariamente con l'estinzione del rapporto. Una conclusione che risulta da un percorso argomentativo capace di non travolgere indebitamente l'elemento fiduciario e, dunque, coerente con l'equilibrio strutturale del rapporto di lavoro.

4. L'asse del ragionamento si sposta così alla “graduazione” dei comportamenti del lavoratore potenzialmente lesivi dell'immagine dell'azienda ed alla

“proporzione” della reazione disciplinare di quest’ultima. Nel caso di specie – ma l’esemplarità del criterio è intuibile – in codesta graduazione non va trascurato che il lavoratore licenziato da Trenitalia si trovava nella peculiare posizione di RLS all’interno dell’azienda ed è in tale ruolo che aveva esternato le dichiarazioni oggetto di contestazione. Si tratta, quindi, di un’indagine sulle garanzie che la legge riconosce (*rectius*, dovrebbe riconoscere) a tali figure, in via strumentale ad uno svolgimento “sereno” dei propri compiti: i quali, spesso, possono risultare assai scomodi. Infatti, non c’è dubbio che il RLS, a causa del suo ruolo, sia soggetto ad una “maggiore esposizione” nei confronti del datore di lavoro, soprattutto quando, da parte dell’azienda, non vi sia una “naturale propensione” a prestare la dovuta attenzione ai temi della sicurezza del lavoro. In casi del genere, il RLS, per tutelare la salute dei dipendenti – e, perché no?, la sicurezza degli utenti – può anche vedersi costretto ad agire con modalità diverse da quelle di normale elaborazione ed avanzamento delle proposte.

In ogni caso, a prescindere dalla sensibilità del singolo datore di lavoro rispetto ai problemi della sicurezza, va sottolineato come la posizione del RLS – con riferimento ai temi di propria competenza – sia “istituzionalmente” (e, si potrebbe dire, “conflittualmente”) assimilabile a quella di un rappresentante sindacale. A costui, difatti, spetta sia un compito di vigilanza attiva circa l’effettiva predisposizione di misure idonee alla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, sia la proposta – anche mediante la critica – in ordine alle attività ed alla “politica” aziendale sulla prevenzione (art. 50, comma 1, d.lgs. n. 81/2008). Non a caso, l’esigenza di un “controllore propositivo”, a salvaguardia della salute dei lavoratori, affonda le radici proprio nella l. n. 300/1970, il cui art. 9 dispone: «I lavoratori, mediante loro rappresentanze, hanno diritto a controllare l’applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni [...] e di promuovere la ricerca, l’elaborazione e l’attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la loro salute e la loro integrità fisica». Ora, a prescindere dal dibattito, tuttora aperto, circa l’implicita abrogazione di tale norma ad opera dei provvedimenti legislativi successivi in materia di sicurezza sul lavoro (*in primis*, il d.lgs. n. 626/1994; in relazione al c.d. Testo Unico sulla sicurezza del lavoro, si veda P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2008, n. 73, 133; *contra*, seppure relativamente alla disciplina precedente, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 115-116; M. LAI, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, 207; M.G. GAROFALO, *La legislazione nel 1993-1994*, in *DLRI*, 1995, 110), quello che conta, in questa sede, è affermarne il valore di principio, come dimostra, senz’altro, l’inserimento della norma nel titolo I dello Statuto (non a caso, dedicato alla *Libertà e dignità del lavoratore*); nonché la vigente disciplina, in ossequio alla quale il RLS «non può subire pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della propria attività e nei

suoi confronti si applicano le stesse tutele previste dalla legge per le rappresentanze sindacali» (d.lgs. n. 81/2008, art. 50, comma 2). Senza voler entrare nel merito della questione riguardante siffatta abrogazione, è il caso di sottolineare come il parallelismo tra la posizione del rappresentante sindacale e del RLS costituisce il naturale punto di partenza di un intervento innovatore sull'estensione delle garanzie sindacali ai RLS, recuperando la *ratio* dell'art. 9 Stat. lav.

E del resto, se fosse stato attuato l'art. 50, d.lgs. n. 81/2008, nel caso di cui ci stiamo occupando, la misura estintiva del rapporto – probabilmente – non sarebbe stata adottata. Infatti, come puntualmente sottolineato dalla dottrina, la disposizione riguardante le garanzie da riconoscersi al RLS rimane tuttora sulla carta, non essendo stata emanata alcuna disciplina di collegamento tra il d.lgs. n. 81/2008 e lo Statuto dei lavoratori (eccezion fatta per la materia dei permessi, che sono previsti – però – dalla contrattazione collettiva). D'altronde, non può negarsi che l'art. 50, comma 2, d.lgs. n. 81/2008 rappresenti una mera enunciazione di principio, mancando, nella sua formulazione, ogni espressione da cui si possa desumere un'immediata precettività. Anzi, proprio con riferimento ai motivi di tale indugio nell'attuazione, ne è stata addirittura segnalata la laconicità, a cui devono aggiungersi i problemi derivanti dall'effetto “trasversale” di estensione di alcune norme dello Statuto. Infatti, oltre al caso delle tutele contro il trasferimento del dirigente di RSA (art. 22 Stat. lav.), vi è quello dell'estensione della tutela reale anche alla piccola impresa (così come della tutela speciale prevista per il licenziamento del dirigente di RSA dall'art. 18, comma 7, Stat. lav.), senza dire del problema della legittimazione processuale attiva *ex art. 28*, ovviamente in assenza di un sindacato “esterno” di riferimento (per tutto quanto attiene agli artt. 47-50 del d.lgs. n. 81/2008, si veda P. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano, 2010, II ed., 515 ss.).

Concludendo sul punto, preme sottolineare l'urgente necessità di creare un efficace sistema di garanzie, in grado di proteggere quel soggetto che istituzionalmente è destinato a fare da “contraltare” al datore di lavoro sul tema della sicurezza: ne è dimostrazione lo Statuto dei lavoratori, che, implicitamente, spiega come ciò sia strettamente funzionale alla creazione di un “circolo virtuoso” della prevenzione (obiettivo, viceversa, non perseguibile mediante una politica di sicurezza “a senso unico”).

5. Qualche considerazione ulteriore può farsi con riferimento alla “congruenza” del licenziamento in tronco, *ex art. 2119 c.c.*, rispetto alla situazione concreta: tenendo in conto, cioè, anche gli obblighi che dall'episodio specifico sono scaturiti a carico del datore di lavoro. Il richiamo è al dovere di aggiornamento delle misure di prevenzione, secondo il combinato disposto dell'art. 2087 c.c. con l'art. 18, comma 1, lett. z del d.lgs. n. 81/2008: nel caso di spe-

cie, infatti, l'incidente ha determinato l'obbligo dell'azienda di predisporre un *software* che impedisca, in futuro, eventi analoghi (d'altronde, a norma dello stesso art. 2087 c.c., l'imprenditore deve «adottare [...] le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»).

La dottrina si è occupata a lungo dei c.d. "confini" dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro, considerato il carattere "aperto" della disposizione in esame (e che, non a caso, al di là del gioco di parole, viene definita come la norma "di chiusura" del sistema, si veda G. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, Torino, 1995, 23; L. GALANTINO, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza*, in ID. (a cura di), *La sicurezza del lavoro. Commento ai decreti legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, Giuffrè, Milano, 1996, 2); in questo senso, non si è mancato di sottolineare come il criterio della "massima sicurezza tecnologica" si presti ad essere interpretato in più modi. Posto che la versione più rigorosa – che imporrebbe al datore di lavoro l'obbligo di ricercare costantemente e realizzare le tecnologie di prevenzione più progredite, indipendentemente dalla loro diffusione sul mercato – è apparsa troppo difficilmente realizzabile, il dibattito maggiore ha riguardato la scelta tra la c.d. *best available technology* e la *best practicable technology*. Tuttavia, seppure in passato parte della giurisprudenza – anche costituzionale – e della dottrina abbiano propeso per la seconda (soprattutto a causa delle difficoltà di individuare norme certe cui ancorare sanzioni penali, si veda, per tutte, C. Cost. n. 312/1996, nonché L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, 501 e ss.), la dottrina attualmente dominante opta per una versione "mitigata" della *best available technology*, che consisterebbe, sì, nell'imporre l'applicazione delle misure tecnologicamente disponibili sul mercato, ma senza pretendere sforzi "illuministici" dei datori di lavoro (G. NATULLO, *Principi generali della prevenzione e "confini" dell'obbligo di sicurezza*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, Torino, 2007, 88).

5.1. Da quanto sinora detto, emerge senza difficoltà l'"esuberanza" dello strumento giuridico utilizzato – per l'appunto, il licenziamento in tronco ex art. 2119 c.c. – rispetto ad un congruo bilanciamento tra reciproci poteri e responsabilità: cioè, ponendo in relazione – da un lato – le prerogative del RLS (e, prima ancora, quelle dei singoli lavoratori in merito alla tutela della propria incolumità), con il (possibile) travalicamento dei limiti del diritto di critica nei confronti del datore di lavoro, e – da un altro lato – il potere gerarchico di quest'ultimo con i propri doveri, avendo particolare riguardo all'obbligo di adeguamento del sistema di prevenzione.

Come accennato in precedenza, in relazione al caso in esame, è da ritenersi che sarebbe stata anche ipotizzabile una sanzione sul piano disciplinare – s'intende, conservativa – a causa dell'indubbio contenuto polemico ed allusivo di una delle dichiarazioni. Il giudice, infatti, ne ha potuto dedurre

l'inoffensività solo "appigliandosi" ad una presunzione di non completa padronanza, da parte dell'autore, della nozione giuridica di "responsabilità" (nonché riferendosi alla specificazione intervenuta nella parte finale della dichiarazione): ciò non toglie, però, che un'attribuzione generalizzata delle responsabilità dell'incidente in via esclusiva in capo ai vertici aziendali (salvo, poi, la "correzione del tiro"), per quanto non in grado di giustificare un licenziamento in tronco, avrebbe tranquillamente potuto essere l'oggetto di una sanzione differente e più "mite".

Conclusivamente, in ossequio al bilanciamento tra le posizioni effettuato poc' anzi, non si può nascondere come la scelta aziendale dello strumento più "violento" di sanzione disciplinare appaia quantomeno stridente con la reale dinamica dei fatti e delle responsabilità; dietro il licenziamento in tronco, dunque, pare possa scorgersi una sorta di intento di "esemplarità", quasi a voler rendere chiara la posizione dell'azienda, nei confronti di – eventuali, future – condotte di questo tipo. A tal proposito, la scelta di non servirsi del codice etico come strumento di commisurazione della gravità dell'infrazione sembrerebbe avvalorare l'ipotesi della riconduzione della vicenda nell'ambito dell'art. 2105 c.c., preludio necessario e sufficiente del licenziamento.

Alessandro Di Casola
Dottorando di ricerca in Diritto dell'Economia
Università degli Studi di Napoli Federico II

8. Processo del lavoro

8.1. Cass. 2 luglio 2009, n. 15495 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 31).

Processo del lavoro - Ricorso per cassazione - Nuovo regime introdotto dal d.lgs. n. 40/2006 - Onere di deposito dei contratti collettivi - Mera trascrizione nel ricorso delle disposizioni censurate - Inadempimento - Ragioni.

L'onere di depositare i contratti e gli accordi collettivi su cui il ricorso si fonda – imposto, a pena di improcedibilità, dall'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c., nella nuova formulazione di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – non può dirsi soddisfatto con la trascrizione nel ricorso delle sole disposizioni della cui violazione il ricorrente si duole attraverso le censure alla sentenza impugnata, dovendosi ritenere che la produzione parziale di un documento sia non solamente incompatibile con i principi generali dell'ordinamento e con i criteri di fondo dell'intervento legislativo di cui al citato d.lgs. n. 40/2006, intesi a potenziare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, ma contrasti con i canoni di ermeneutica contrattuale dettati dagli artt. 1362 ss. c.c. e, in ispecie, con la regola prevista dall'art. 1363 c.c., atteso che la mancanza del testo integrale del contratto collettivo non consente di escludere che in altre parti dello stesso vi siano disposizioni indirettamente rilevanti per l'interpretazione esaustiva della questione che interessa.

Omesso deposito integrale dei contratti collettivi ex art. 369, n. 4, c.p.c.: improcedibilità o inammissibilità del ricorso per cassazione?

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** La previsione dell'onere di depositare i contratti o accordi collettivi sui quali si fonda il ricorso, nel quadro delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 40/2006. – **3.** Le modalità e i termini del deposito. – **4.** Le conseguenze del mancato deposito.

1. Con la sentenza in commento la S.C. è ritornata ad affrontare il tema del deposito dei contratti collettivi nel giudizio di legittimità. La pronuncia prende le mosse dal caso di un dipendente della Rete ferroviaria italiana che lamentava il mancato ottenimento di un certo numero di *tickets restaurant* per la consumazione dei pasti, in conformità a quanto previsto dall'art. 27, lett. c del Ccnl. La Corte d'Appello, confermando l'esito del giudizio di primo grado, riconosceva fondato il diritto del dipendente il quale non avrebbe potuto consumare il pasto tra le 12.00 e le 14.00, data la sovrapposizione tra la fascia del pasto e il turno cui il lavoratore era stato assegnato.

Col proporre impugnazione per cassazione, il soccombente datore di lavoro denunciava la violazione degli artt. 1362 ss. c.c. in relazione alla citata clausola contrattuale; quest'ultima risultava trascritta nell'atto introduttivo, ma il ricorrente ometteva di depositare, unitamente al ricorso, il testo integrale del Ccnl. In conseguenza di tale omissione, la Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile, richiamandosi all'onere del deposito sancito dall'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c.

2. A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 40/2006 (con il quale è stato riformato il giudizio di cassazione in attuazione della delega contenuta nella l. n. 80/2005: si veda in generale, tra gli altri, M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *RTDPC*, 2006, 759), il n. 4, comma 2, dell'art. 369 c.p.c. prevede che «insieme col ricorso» (che deve essere depositato a pena di improcedibilità entro il termine di 20 giorni dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto) siano depositati – sempre a pena di improcedibilità – anche «i contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro su cui il ricorso si fonda» (oltre agli atti processuali e ai documenti, cui già faceva riferimento il previgente dettato normativo). Detta disposizione si ricollega strettamente al nuovo n. 6 dell'art. 366 c.p.c., a norma del quale il ricorso deve a sua volta contenere, a pena di inammissibilità, «la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti collettivi sui quali il ricorso si fonda». Si è anzi sottolineato come attraverso questo combinato disposto si persegua un effetto normativo unitario, imponendo «un onere composito, che fa carico al ricorrente di riprodurre nel ricorso la norma contrattuale oggetto dell'interpretazione contestata e di documentare con il prescritto deposito il testo contrattuale, nella sua interezza» (così Cass. 6 luglio 2009, n. 15815).

Chiaramente, tali interventi normativi sono scaturiti dall'esigenza di adeguare la disciplina del contenuto e del deposito del ricorso alla nuova formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., ai sensi della quale l'impugnazione può

essere proposta «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro»; essi vanno quindi riferiti anche alla specifica ipotesi di cui all'art. 420-*bis* c.p.c., ossia di ricorso immediato per cassazione contro la sentenza di primo grado, con la quale il giudice abbia deciso la questione pregiudiziale sulla validità, efficacia, interpretazione di un contratto o accordo collettivo nazionale di lavoro. Quest'ultima norma, nell'ambito di una riforma volta al rafforzamento della funzione nomofilattica, mira a realizzare una forma di nomofilachia «accelerata» (in virtù dell'eliminazione del grado di appello e dell'imposizione del termine breve decorrente dalla comunicazione di cancelleria e non dalla notifica a istanza di parte) in un settore di controversie «seriali», così definite poiché traggono origine da una sorgente comune: l'interpretazione di una clausola del contratto collettivo (A. VALLEBONA, *La nomofilachia accelerata della Cassazione sui contratti collettivi nazionali*, in *MGL*, 2006, 725; A. BOLLANI, *L'interpretazione del contratto collettivo alla luce della disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80/1998*, in *RIDL*, 1999, I, 416).

A ciò si aggiunga che, com'è noto, più in generale la novella del 2006 aveva introdotto, mediante l'inserimento dell'art. 366-*bis* c.p.c., l'obbligo della formulazione del quesito di diritto, con cui doveva concludersi l'illustrazione di ciascun motivo di ricorso (nei casi previsti dai n. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 360 c.p.c.); obbligo poi eliminato dalla più recente riforma di cui alla l. n. 69/2009, con la quale si è invece optato per il nuovo istituto del “filtro” regolato dall'art. 360-*bis* c.p.c. Per un verso, dunque, l'obiettivo perseguito dal d.lgs. 40/2006 è stato quello – come si legge in un passo della relazione illustrativa – di «offrire alla Corte, nonché alla stessa parte resistente, un quadro che sia il più possibile immediato, completo e autosufficiente delle censure sulle quali dovrà pronunciarsi e di agevolarne il lavoro di reperimento degli atti e documenti sui quali esse si fondano» (cfr., da ultimo, Cass. 26 novembre 2009, ordinanza n. 24940). Per altro verso, in particolare attraverso l'“esperimento” dell'art. 366-*bis*, si è delineata chiaramente la volontà del legislatore di restringere l'accesso al sindacato di legittimità (cfr. S. RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 40/2006. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in *CG*, 2007, 280; sul punto anche A. CARRATTA, *Art. 369 c.p.c. – Deposito del ricorso*, in S. CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, Zanichelli, Bologna, 2007, I, 395).

3. Il riferimento che l'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c. opera ai Ccnl si spiega, secondo la prevalente opinione, con l'impossibilità di equiparare, quanto meno sotto il profilo della loro produzione in giudizio, i contratti e gli accordi collettivi nazionali (di diritto comune) alle norme di legge: equiparazione che pure potrebbe profilarsi alla luce del nuovo testo dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. (cfr. A. CARRATTA, *Art. 369 c.p.c. – Deposito del ricorso*, cit., 396; A. CARRATTA, *La riforma del giudizio di cassazione*, in *RTDPC*, 2006, 1125; M. RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 2009, 55). Al riguardo si è rilevato che la mera deducibilità come vizio della sentenza della

violazione di contratti o accordi collettivi esprime solo un particolare regime processuale (G. AMOROSO, *Il contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Giuffrè, Milano, 2007, 540; diversamente F. ROSELLI, *Violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in G. IANNIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2007, 481, secondo cui la possibilità di invocare direttamente nel ricorso per cassazione il Ccnl rimuove il principale impedimento alla qualificazione di quest'ultimo come norma di diritto). In sostanza, le disposizioni collettive devono essere prodotte in giudizio, dal momento che ad esse non è applicabile il principio *jura novit curia*.

Ciò premesso, la sentenza in commento conferma l'indirizzo ormai consolidato secondo cui è necessario il deposito di una copia integrale del contratto, non essendo sufficiente un estratto del contratto medesimo (*ex multis* Cass. 11 marzo 2008, n. 6432, in *FI*, 2008, I, 1871, con nota di C.M. BARONE, e in *MGL*, 2008, 732, con nota di G. GENTILE; Cass. 4 aprile 2008, ordinanza n. 8680, *ibidem*; Cass. 26 febbraio 2008, n. 5050, in *MGL*, 2008, 544; Cass. 17 aprile 2009, n. 9246). Secondo la Corte, non solo l'art. 369, n. 4, c.p.c. non fornisce alcun elemento che possa consentire una produzione parziale, ma la necessità del testo integrale si desume sia dai principi generali dell'ordinamento («che certo non consentono a chi invoca in giudizio un contratto di produrre al giudice solo una parte del documento»), sia soprattutto dai canoni di ermeneutica contrattuali di cui agli artt. 1362 ss. Con riferimento a questi ultimi, assume infatti primaria importanza la regola riposta nell'art. 1363 c.c., secondo cui «le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto». Il ruolo decisivo di questa norma emerge in effetti anche in una precedente pronuncia della S.C., ove l'ammissibilità di un deposito parziale, limitato cioè alle norme che si affermano violate, è stata riconosciuta soltanto nell'ipotesi in cui con il ricorso per cassazione «non sia stata invocata una lettura sistematica dell'atto o di norme-parametro» (così Cass., sez. un., 18 giugno 2008 n. 16540, in tema di conflitto di giurisdizione; cfr. Cass. 5 febbraio 2009, n. 2855; Cass. 24 settembre 2007, n. 19695).

Occorre peraltro rilevare che la più recente giurisprudenza è giunta a dare al problema in discorso una diversa soluzione, a seconda che si tratti di contratto appartenente al settore privato o a quello pubblico. In un primo momento, l'onere di cui all'art. 369, n. 4, c.p.c. era stato esteso a tutti i contratti collettivi, sul presupposto che tale norma, di contenuto processuale e di portata generale, «non formula alcuna distinzione e introduce un onere documentale onnicomprensivo, facendo riferimento, secondo il senso letterale delle parole utilizzate, a una nozione, quale quella di contratto o accordo collettivo, che risulta riferibile a tutti gli atti di autonomia collettiva, a prescindere dal settore – pubblico o privato – di riferimento» (così Cass. 6 luglio 2009, n. 15815). In seguito, Cass., sez. un., 4 novembre 2009, n. 23329, ha invece stabilito che il

mancato deposito del contratto collettivo di diritto pubblico non può causare l'improcedibilità del ricorso per cassazione, anche laddove la decisione della controversia dipenda direttamente dall'esame e dall'interpretazione delle relative clausole: infatti, secondo le Sezioni Unite, la previsione introdotta dal d.lgs. n. 40/2006 va riferita ai soli contratti collettivi di diritto comune, dal momento che, nel caso di contratto di diritto pubblico – in considerazione del suo peculiare procedimento formativo, del suo regime di pubblicità, nonché della sua sottoposizione a controllo contabile – «l'esigenza di certezza e di conoscenza da parte del giudice era già assolta, in maniera autonoma, mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» (cfr. Cass., sez. un., 12 ottobre 2009, ordinanza n. 21558).

Un'altra questione relativa alle modalità del deposito del contratto collettivo concerne la necessità o meno che esso avvenga contestualmente al deposito del ricorso: il tenore letterale della disposizione non può che indurre a una soluzione affermativa, per quanto non dovrebbe escludersi la possibilità di ovviare all'omissione depositando il contratto successivamente, ma pur sempre entro il previsto termine di 20 giorni. In quest'ultimo senso è la soluzione che si è affermata in giurisprudenza con riferimento al deposito di copia autentica della sentenza o del provvedimento impugnato: il deposito è infatti consentito «sia contestualmente a quello del ricorso, sia con le modalità dell'art. 372 c.p.c., purché nel termine di venti giorni previsto dall'art. 369, comma 1, c.p.c., a pena d'improcedibilità» (Cass., sez. un., 16 aprile 2009, ordinanza n. 9005, in *GI*, 2010, 382, con nota di M.C. VANZ). Peraltro, con specifico riferimento al deposito degli atti processuali, la Corte ha rimarcato che questi debbono essere «specificamente e nominativamente depositati unitamente al ricorso e nello stesso termine» (Cass. 12 gennaio 2010, n. 303, in *RFI*, 2010, voce *Cassazione civile*, n. 7, secondo la quale, inoltre, ai fini dell'art. 369, comma 1, c.p.c. non rileva la richiesta di acquisizione del fascicolo d'ufficio dei gradi di merito, né eventualmente il deposito del fascicolo di parte contenente tali atti, allorché tale deposito non intervenga nei tempi e nei modi di cui all'art. 369 c.p.c.).

Va comunque sottolineato che il deposito integrale del Ccnl si rende necessario anche nei casi in cui esso sia già contenuto nel fascicolo d'ufficio del giudizio di merito (in quanto in tale sede depositato dalle parti o richiesto dal giudice ex art. 421, comma 2, c.p.c.), benché in realtà, in questa ipotesi, per ovviare al problema della conoscenza da parte della Corte delle norme collettive, sarebbe sufficiente il disposto dell'art. 369, comma 3, c.p.c.: tale disposizione impone infatti al ricorrente di richiedere alla cancelleria del giudice *a quo* la trasmissione di detto fascicolo, nonché di darne prova depositando la richiesta vistata insieme col ricorso (cfr. sul punto G. GENTILE, *Improcedibilità del ricorso per cassazione a seguito di mancato o incompleto deposito del contratto collettivo*, in *MGL*, 2008, 735). È anche vero, del resto, che poiché i fascicoli dei precedenti gradi di giudizio devono essere depositati spillati o uniti, ma comunque separati dal fascicolo della Cassazione, la Corte potrebbe a

volte esser costretta a una non facile ricerca del testo del contratto (per tale rilievo si veda C.M. BARONE, *Ancora sul nuovo processo di Cassazione*, in *FI*, 2008, I, 1874).

4. Degna d'attenzione è la circostanza che nel caso di specie il mancato deposito del testo integrale del Ccnl abbia indotto la Corte a dichiarare il ricorso inammissibile, mentre l'onere in discorso è imposto espressamente dall'art. 369 c.p.c. «a pena di improcedibilità».

Premesso che la declaratoria di inammissibilità, all'atto pratico, produce la stessa conseguenza della declaratoria di improcedibilità, ossia l'irriproponibilità del ricorso, secondo l'orientamento dominante le due figure di invalidità hanno comunque natura differente (cfr. in generale A. CERINO CANOVA, C. CONSOLO, *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, in *EGT*, Roma, agg. 1993, XVI, 1). Difatti, mentre le ipotesi di inammissibilità si impernano (direttamente o indirettamente) su un vizio dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione, come *species* del *genus* "nullità degli atti", le ipotesi di improcedibilità si riferiscono all'omissione di atti d'impulso necessari successivi alla proposizione dell'impugnazione (si veda artt. 348, 369 e 399 c.p.c.) come *species* del *genus* "inattività" (G. FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi d'impugnazione*, Giuffrè, Milano, 1968, 272; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2007, IV ed., II, 345; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Jovene, Napoli, 1975, 189). La distinzione è invece maggiormente sfumata nella dottrina più risalente, secondo la quale – considerando le due figure nella prospettiva più generale dell'intero processo – inammissibilità e improcedibilità indicano un'imperfezione dell'atto processuale che ne determina l'inefficacia senza che questa si estenda agli atti successivi del procedimento, contrariamente a quanto accadrebbe in presenza di un atto nullo (F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1956, IV ed., 337).

In realtà, piuttosto che derivare da una indistinzione tra le due figure, nella pronuncia in esame la declaratoria di inammissibilità parrebbe giustificarsi proprio in quell'ottica di "onere composito", cui si è fatto riferimento in relazione al combinato disposto degli artt. 366, n. 6, e 369, n. 4, c.p.c. In ragione della strumentalità che il deposito del contratto riveste ai fini della "specificazione" di cui alla prima norma, la sua omissione sembrerebbe cioè essere considerata equivalente a una violazione dei requisiti di contenuto del ricorso. Se così è, per questa via di fatto non ci si allontana dalla versione più rigorosa del c.d. principio di autosufficienza del ricorso, che imporrebbe alla parte di riportare integralmente nell'atto introduttivo il contenuto degli elementi che consentono di valutare l'esistenza e la fondatezza delle censure (si veda ad esempio, con specifico riferimento alle norme dei contratti collettivi, Cass. 22 agosto 2007, n. 17896 e Cass. 4 novembre 2005, n. 21379, che hanno ritenuto irrituale la trascrizione delle disposizioni collettive nella memoria *ex*

art. 378 c.p.c., avendo questa mera funzione illustrativa del ricorso). Riemerge pertanto un'opzione ermeneutica che non solo è priva di una precisa base normativa, ma sembra porsi in contrasto con alcune indicazioni legislative (S. CHIARLONI, *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi in cassazione: l'inammissibilità per violazione del c.d. principio di autosufficienza*, in *www.processocivile.org*, § 5.2.1.); infatti, proprio gli artt. 366, comma 1, n. 6 c.p.c. e 369, comma 2, n. 4, c.p.c. rappresentano il fondamento normativo della versione più indulgente del principio di autosufficienza, consentendo al ricorrente una semplice indicazione del "luogo" ove sono reperibili gli elementi su cui il ricorso si fonda (E. SILVESTRI, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al c.p.c.*, Cedam, Padova, 2009, VI ed., 1246; S. RUSCIANO, *Il contenuto del ricorso per cassazione dopo il d.lgs. 40/2006. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, cit., 288). È chiaro, piuttosto, come l'atteggiamento di eccessivo formalismo spesso assunto dalla Corte sia dettato dall'esigenza di evitare il più possibile la decisione nel merito del ricorso.

Più in generale, a far propendere per la pronuncia di inammissibilità, v'è poi il fatto che in tal caso si prestano ad essere seguite le più spedite forme del procedimento in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 375 c.p.c. (con conseguente pronuncia di ordinanza, anziché di sentenza), superandosi così i dubbi circa la loro applicabilità anche alla decisione di improcedibilità del ricorso. Da un lato, infatti, quest'ultima ipotesi non è espressamente contemplata dall'art. 375 c.p.c.; dall'altro lato, secondo un'opinione, la possibilità di adottare il rito camerale per la declaratoria di improcedibilità sarebbe venuta meno con l'abrogazione dell'art. 138, disp. att., c.p.c., a opera del d.lgs. n. 40/2006 (A. CARRATTA, *Art. 369 c.p.c. – Deposito del ricorso*, cit., 401 ss.; in precedenza, circa la necessità di una lettura congiunta degli artt. 375 e 138, disp. att., c.p.c., si veda Cass. 23 marzo 2005, n. 6220, in *RDP*, 2006, 1101, con nota di C. PERAGO). Peraltro, in favore della decisione in camera di consiglio non solo in caso di inammissibilità, ma anche in quello di improcedibilità, gioca senza dubbio l'assimilabilità, sotto il profilo degli effetti, delle due figure (in questo senso L.F. DI NANNI, *La decisione in camera di consiglio*, in G. IANIRUBERTO, U. MORCAVALLO (a cura di), *op. cit.*, 351).

Matteo Deninotti
Dottore in Giurisprudenza

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato

- *obbligo formativo: ruolo della contrattazione collettiva (1.1.)*
- *obbligo formativo e ammortizzatori sociali in deroga (1.2.)*
- *natura del contratto e implicazioni in tema di recesso (1.3.)*

Infortunati e malattie professionali

- *silicosi (2.1.)*

Istruzione e formazione

- *ruolo delle relazioni industriali e del dialogo sociale (3.1.)*

Privacy

- *sistemi di video sorveglianza (4.1.)*

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- *tutela del lavoro in appalto: ambito di applicazione (5.1.)*

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. Apprendistato

1.1. Accordo interconfederale in materia di apprendistato professionalizzante per le PMI tra Confapi e Cgil, Cisl e Uil, 9 febbraio 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 5).

Novità e criticità dell'accordo sull'apprendistato professionalizzante nelle PMI

Sommario: **1.** La formazione esclusivamente aziendale nel recente accordo per le PMI. – **2.** La devoluzione di compiti agli enti bilaterali: rilievi critici. – **3.** Breve bibliografia ragionata.

1. Lo scorso 9 febbraio la Confapi e la Cgil, Cisl e Uil hanno raggiunto l'accordo per l'attuazione dell'apprendistato professionalizzante nelle piccole e medie imprese (in epigrafe).

Come evidenziato dalle parti nella premessa, l'accordo trova il suo motore propulsivo nella recente modifica normativa sull'apprendistato professionalizzante: l'art. 23 del d.l. n. 112/2008 che, come noto, ha introdotto il nuovo comma *5-ter* all'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003.

Sebbene in ordine cronologico l'ultima modifica normativa in materia di apprendistato riguardi la retribuzione dell'apprendista (vedi l'art. 155, comma 2, della legge finanziaria per il 2010) l'accordo in commento non tocca il profilo retributivo, ma riguarda il non certo secondario aspetto della formazione esclusivamente aziendale, e con esso, quello della valorizzazione dei compiti della contrattazione collettiva, a tutti i livelli, nonché degli enti bilaterali.

Se solo si pone a confronto il testo del comma *5-ter* dell'art. 49, con la vecchia l. n. 196/1997, e con i decreti che hanno seguito quest'ultima nel definire la formazione, non è difficile constatare che siamo di fronte ad un radicale cambiamento sul tema della formazione.

Tale cambiamento, peraltro, ha trovato degli importanti avalli chiarificatori nelle molteplici risposte ad istanze di interpello fornite dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Si ricorderà che, sul tema della formazione esclusivamente aziendale – qui di specifico interesse – con la risposta del 7 ottobre 2008 alla istanza di interpello avanzata dalla Confcommercio, il Ministero aveva chiarito che, con il nuovo comma *5-ter*, si introduce un canale “parallelo” rispetto a quello regionale previsto dall'art. 49.

L'introduzione di questo canale parallelo si pone, in verità, sulla stessa linea d'onda delle precedenti modifiche normative sulla materia dell'apprendistato professionalizzante tutte tese, come noto, ad una complessiva valorizzazione del ruolo delle parti sociali, tanto più urgente – questo il senso delle riforme

sin dalla introduzione del comma 5-*bis* all'art. 49 – nel caso di e fino a che si protragga l'inerzia da parte del legislatore regionale.

Le regioni, d'altro canto, continuano a governare le modalità di accesso e di erogazione della formazione pubblica, come chiarito dal Ministero del lavoro nella importante circ. 10 novembre 2008, n. 27.

L'accordo che si commenta rappresenta dunque una importante concretizzazione di questa politica del diritto, in modo particolare nell'art. 1, dove le parti evidenziano «l'opportunità di favorire la formazione interna all'azienda, adeguata alle reali esigenze produttive dell'impresa, e finalizzata a favorire la crescita professionale dei lavoratori».

Proprio in questa finalità, associata all'urgenza di rendere questo istituto immediatamente operativo, si deve riconoscere la ragione delle ultime riforme in materia di apprendistato professionalizzante: incentivare una formazione che serva ad apprendere un mestiere.

Se infatti è innegabile che la formazione è e resta l'elemento che connota la causa di questo contratto, è pure vero che questa formazione rischierebbe di rimanere alquanto sterile se non fosse programmata sulla base delle esigenze produttive del contesto in cui si svolge.

2. Accanto alla definizione di formazione esclusivamente aziendale merita di essere sottolineato un ulteriore punto, che appare di una certa importanza nell'assetto dell'accordo: quello della valorizzazione dei compiti degli enti bilaterali.

Oltre al parere di conformità del piano formativo individuale, che l'ente bilaterale è chiamato ad esprimere (vedi l'art. 1 secondo capoverso dell'accordo), previsione applicativa di quanto già previsto da molte leggi regionali, il vero elemento che apre spazi di deroga, rispetto alle ultime modifiche normative di cui si è detto sopra, è la devoluzione del compito di erogare *almeno i 2/3* della formazione *trasversale e di base* all'ente bilaterale.

Ne consegue che, rispetto all'enfasi definitoria della *formazione esclusivamente aziendale* diretta alla acquisizione di una professionalità, l'assetto sostanziale dell'accordo sposta "l'ago" della bilancia (della formazione) nettamente verso gli enti bilaterali, lasciando che la formazione svolta in azienda – e quindi quella diretta ad imparare il mestiere – sia solo quella professionalizzante.

Tale scelta si riverbera anche sulle modalità di erogazione della formazione. Nell'accordo, infatti, in relazione sempre alla formazione trasversale e di base, pur essendo correttamente valorizzata la modalità *e-learning*, vengono richiamate anche modalità tradizionali – e per la verità superate – di apprendimento come la formazione a distanza (cosiddetta FAD) oltretutto quella in aula.

Il rischio che ne discende dunque, ad avviso di chi scrive, è di allontanarsi dall'obiettivo dichiarato in apertura, ossia garantire una formazione adeguata alle esigenze dell'impresa.

Occorre ricordare che la responsabilità delle parti sociali sta non solo nel definire la nozione di formazione aziendale, ma nel definire anche l'articolazione e le modalità di erogazione della formazione (si veda il già citato comma 5-ter dell'art. 49), articolazione e modalità che devono pur sempre essere coerenti con quella nozione che, nel caso specifico, si trova in apertura dell'accordo.

Accanto a questi rilievi critici è possibile fare due osservazioni conclusive.

Nell'accordo si fornisce un importante chiarimento per il caso che nella Regione non sia ancora operativo il Libretto formativo del cittadino. Per questo caso, infatti, le parti sono chiare nello stabilire che la formazione possa essere attestata su registri informatici o fogli firma.

Si deve valutare con favore anche il fatto che le parti abbiano mantenuto la previsione di un tutor sebbene – in base alle ultime modifiche apportate dalla l. n. 133/2008 – non fossero a ciò obbligate.

Le parti dimostrano così, anche attraverso la coerente previsione dell'obbligo di frequenza di un corso di formazione di 16 ore, di essere consapevoli del ruolo strategico che il tutor svolge nell'affiancamento dell'apprendista in quel complesso quanto delicato percorso di formazione, diretto alla acquisizione di una qualifica professionale.

3. Sulle ragioni dell'introduzione del canale parallelo della formazione aziendale introdotto dal d.l. n. 112/2008, come convertito nella l. n. 133/2008, vedi M. TIRABOSCHI, *Apprendistato professionalizzante: il canale della formazione aziendale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009, 79. In senso critico avverso questa riforma si pronuncia invece S. D'AGOSTINO, *Il rilancio degli enti bilaterali e la riforma dell'apprendistato professionalizzante*, in P. DE VITA (a cura di), *La riforma dell'apprendistato professionalizzante*, Dossier Adapt, 2008, n. 8, la quale ritiene che, con l'introduzione del comma 5-ter all'art. 49 si produrrebbe una concorrenzialità tra il sistema regionale e quello parallelo della contrattazione collettiva.

Per un *excursus* sui chiarimenti forniti dal Ministero del lavoro, attraverso lo strumento dell'interpello, in materia di apprendistato si veda D. PAPA, *Apprendistato professionalizzante: nuovi chiarimenti dal Ministero*, Working paper Adapt, 2008, n. 67.

Sul ruolo degli enti bilaterali alla luce della riforma del 2008 e con specifico riguardo all'apprendistato professionalizzante ha riflettuto in particolare S. D'AGOSTINO, *op. cit.* In verità è da tempo che gli enti bilaterali sono al centro dell'interesse del legislatore ed anche dell'analisi dottrinale. Vedi tutti i contributi dottrinali raccolti in *q. Rivista*, 2006, n. 4, sezione Ricerche, 1002-1043.

Per quanto riguarda, invece le alternative modalità di erogazione della formazione aziendale, occorre fare riferimento ad un quadro della regolamentazione dell'apprendistato nella contrattazione collettiva, che si trova nel Dossier Adapt, 2008, n. 8, sopra citato. Occorre rilevare che l'analisi della disciplina dell'apprendistato nella contrattazione collettiva non sembra interessare parti-

colarmente la dottrina che, anche di recente, pone l'attenzione soprattutto sul rapporto tra le fonti nel contratto di apprendistato. Si fa riferimento, tra gli ultimi, a S. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *RIDL*, 2009, I, fasc. 3, 379-412.

Paola de Vita
Ricercatore Adapt

1. Apprendistato (segue)

1.2. Decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, in legge 28 gennaio 2009, n. 2 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

Cassa integrazione in deroga per gli apprendisti e adempimento degli obblighi formativi

Sommario: **1.** I trattamenti in deroga per gli apprendisti sospesi. – **2.** Gli obblighi formativi degli apprendisti, anche in caso di sospensione dell'attività lavorativa. – **3.** Le criticità e le risposte a livello regionale, gli orientamenti nazionali. – **4.** Considerazioni per l'elaborazione di un orientamento nazionale.

1. Il d.l. n. 185/2008, art. 19, comma 1, lett. *c*, convertito nella l. n. 2/2009, ha introdotto in via sperimentale per il triennio 2009-2011 la possibilità che gli apprendisti siano beneficiari di ammortizzatori sociali in deroga alla normativa vigente, sia nel caso di sospensione dell'attività lavorativa che di licenziamento.

In particolare, nel caso di sospensione per crisi aziendale o occupazionale, la norma citata attribuisce agli apprendisti un trattamento pari all'*indennità di disoccupazione ordinaria*, corrispondente al 60% della retribuzione lorda media degli ultimi tre mesi, per la durata massima di novanta giornate nell'intero periodo di vigenza del contratto di apprendistato. Per accedere al trattamento è necessario che gli apprendisti risultino occupati al 29 novembre 2008 – data di emanazione del d.l. 185/2008 – ed abbiano, all'atto della sospensione, un'anzianità aziendale di almeno tre mesi effettivi. Inoltre, il trattamento è concesso subordinatamente ad un intervento integrativo a carico degli enti bilaterali, pari almeno alla misura del 20% dell'indennità spettante (e non della retribuzione lorda totale).

La norma è stata successivamente rivista e ampliata con l. n. 33/2009, art. 7-ter, comma 9, la quale ha stabilito che per il periodo 2009-2010 è comunque garantito agli apprendisti beneficiari dell'indennità di disoccupazione ordinaria un trattamento equivalente alla cassa integrazione in deroga, ovvero pari all'80% della retribuzione di riferimento, ponendo a carico dell'Inps la quota mancante. Inoltre, esaurito il periodo di spettanza dell'indennità di disoccupazio-

zione in deroga (90 giorni), l'apprendista può accedere agli ammortizzatori in deroga tradizionalmente intesi *ex art.* 19, comma 8, d.l. n. 185/2008. In particolare, il trattamento in deroga spetterà per il periodo massimo previsto da un apposito decreto di concessione, secondo gli accordi e i requisiti definiti a livello regionale.

Nell'ipotesi in cui manchi l'intervento integrativo degli enti bilaterali, in via transitoria, per il biennio 2009-2010, il primo periodo di tutela si considera esaurito ed i lavoratori accedono direttamente ai trattamenti in deroga alla normativa vigente.

In sintesi, se è attivo l'intervento integrativo degli enti bilaterali, gli apprendisti sospesi accedono prima alla disoccupazione in deroga per un massimo di 90 giorni e poi alla cassa integrazione in deroga; qualora invece l'intervento integrativo degli enti bilaterali non sia attivo, gli apprendisti sospesi accedono direttamente alla cassa in deroga secondo gli accordi intercorsi a livello territoriale.

2. Gli apprendisti hanno l'obbligo di partecipare ad iniziative di formazione formale organizzate dal datore di lavoro e/o erogate dalle Regioni nel quadro delle regolamentazioni specifiche, obbligo che discende direttamente dalla natura formativa del contratto di apprendistato. Mentre le attività organizzate direttamente dai datori di lavoro sono per loro natura "sensibili" alle situazioni eventuali di crisi, nel senso che le imprese adeguano l'erogazione della formazione alle condizioni e alle disponibilità dell'organizzazione produttiva, nel caso delle attività organizzate dalle Regioni si rilevano alcune criticità per la partecipazione degli apprendisti eventualmente sospesi. Infatti, gli interventi formativi gestiti dalle Regioni, attraverso il ricorso ad enti di formazione accreditati, che consentono di assolvere in tutto o in parte gli obblighi di formazione formale per gli apprendisti, "soffrono" di una minore flessibilità: ad esempio, la "calendarizzazione" degli interventi deve tenere conto delle esigenze dell'intero gruppo in formazione, delle disponibilità di formatori e strutture, dei vincoli posti dalle amministrazioni in termini di avvio e conclusione delle attività.

In particolare, si rileva una criticità nel caso di apprendisti già inseriti in percorsi di formazione, che vengono poi interessati da provvedimenti di sospensione per crisi aziendale o occupazionale. Ci si chiede se la loro partecipazione all'attività formativa formale debba parimenti essere sospesa o meno, e quindi in sostanza come conciliare l'esigibilità del diritto ad usufruire di ammortizzatori in deroga finalmente riconosciuto anche agli apprendisti con l'assolvimento degli obblighi formativi connessi alla natura del contratto.

Va detto che la quota media di apprendisti che partecipano alle attività formative pubbliche è pari a meno del 20% su base nazionale (cfr. X Rapporto di monitoraggio sull'apprendistato); che il dato nazionale cela disparità enormi fra i territori, per cui al Sud la percentuale degli apprendisti inseriti in percorsi di formazione esterna è inferiore al 5%; che normalmente tali attività formative sono erogate solo per una annualità e talora hanno una durata di poche de-

cine di ore (40 ore circa per le sole attività volte allo sviluppo di competenze di base e trasversali, e un massimo di 120 ore). In sostanza, la formazione erogata dalle Regioni interessa solo una quota non maggioritaria degli apprendisti e con interventi generalmente brevi.

Allo stesso modo va precisato che, mentre in fase di composizione dei gruppi la formazione degli apprendisti sospesi può essere rinviata senza ulteriori conseguenze, l'interruzione della partecipazione di un apprendista a interventi formativi organizzati dalle Regioni/Province pone il problema del riconoscimento della spesa per gli enti erogatori. Infatti, l'attività dei centri di formazione accreditati è normalmente "finanziata" sulla base del criterio ore/allievo, laddove solo le ore di partecipazione effettiva concorrono al conteggio delle ore erogate e quindi alla determinazione dei finanziamenti riconosciuti. D'altro canto, la normativa prescrive che la formazione per gli apprendisti sia erogata esclusivamente in orario di lavoro.

Va inoltre ricordato che la sospensione può assumere le più diverse forme, nell'ambito dei massimali previsti per la concessione dell'indennità ordinaria di disoccupazione per sospensione (90 giorni) o per i trattamenti in deroga (da un minimo di 4 mesi ad un massimo di 12, salvo rinnovi, secondo le previsioni degli accordi regionali). E spesso le imprese richiedono prudenzialmente un certo numero di giornate di sospensione, salvo poi modificare tale volume nella fase attuativa o interrompere la sospensione subordinatamente al verificarsi di condizioni di ripresa dell'attività lavorativa. Ciò determina l'impossibilità di definire a priori con precisione i termini della sospensione.

Infine, è noto che per usufruire degli ammortizzatori in deroga i beneficiari devono partecipare ad un intervento di politica attiva organizzato dalle Regioni, obbligo diventato molto stringente per via del ricorso al Fondo sociale europeo per contribuire al sostegno delle politiche passive, sulla base dell'accordo Stato-Regioni del febbraio 2009. Pertanto, nel caso si consideri che per gli apprendisti l'obbligo di partecipare agli interventi di formazione esterna pubblica permanga anche in caso di sospensione dell'attività lavorativa, gli stessi potrebbero potenzialmente trovarsi nella condizione di "sommare" i due obblighi formativi, ovvero di dover partecipare contemporaneamente a due attività formative di natura obbligatoria.

3. La questione su come conciliare gli obblighi formativi degli apprendisti con la possibilità di usufruire di trattamenti in deroga in virtù della sospensione dell'attività lavorativa è stata posta più volte alle Regioni, generalmente nel momento in cui veniva attivata l'offerta di politiche attive da erogarsi in integrazione ai trattamenti passivi. L'analisi della documentazione rinvenuta sulla rete, nei siti delle amministrazioni territoriali, ha consentito di reperire atti da cui risulta che nel 2009 la questione sia stata oggetto di due risposte formali, non propriamente concordanti:

– la Direzione regionale del lavoro di Venezia ha risposto alla Regione Veneto con lettera del 17 giugno 2009 (prot. n. 8618), sottolineando che l'obbligo di impartire la formazione, posto dal legislatore in capo al datore di

lavoro nel caso di assunzione di un apprendista, permane anche nel caso di sospensione; parimenti permane l'obbligo di far partecipare l'apprendista alla formazione esterna;

– la Regione Friuli Venezia Giulia (Direzione lavoro, università e ricerca) ha invece risposto al raggruppamento di centri di formazione che organizzano gli interventi per l'apprendistato sul territorio (lettera del 13 ottobre 2009, prot. n. 11225) distinguendo fra sospensione breve, ovvero di durata inferiore al mese, in cui gli obblighi formativi permarrebbero in capo al datore di lavoro, e sospensione di entità maggiore, in cui anche la formazione "ordinaria" per gli apprendisti dovrebbe essere parimenti sospesa.

L'orientamento seguito dalla Regione Friuli Venezia Giulia rimanda alla risposta ad interpello del Ministero del lavoro n. 17 dell'11 luglio 2007. Nel caso di specie, l'associazione delle PMI di Bologna chiedeva come comportarsi nei casi di malattia breve – come evento singolo o come sommatoria di una pluralità di brevi periodi – rispetto alla possibilità/necessità di proroga del contratto di apprendistato. L'amministrazione rispondeva introducendo una distinzione basata sulla durata dell'interruzione, inferiore o superiore al mese.

Tale distinzione trova fondamento – recita l'interpello – nella prassi amministrativa, ed in particolare nella nota del Ministero del lavoro del 24 dicembre 1981 e nella circ. n. 196 del 4 marzo 1959, che prevedono fra le cause giustificative della proroga del contratto di apprendistato i casi di malattia e di sospensione dal lavoro. Nello specifico, le interruzioni del rapporto inferiori al mese sarebbero «ininfluenti rispetto al computo dell'apprendistato, perché di fatto irrilevanti rispetto al pregiudizio dell'addestramento».

Anche l'orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. 12 maggio 2000, n. 6134) ritiene che la proroga contrattuale non operi per un periodo di tempo non inferiore a quello ritenuto congruo dalla contrattazione collettiva per l'apprendimento dell'allievo.

Con evidente similitudine dovrebbe derivarsi che, nel caso in cui la sospensione del rapporto di lavoro duri fino ad un mese, rimarrebbero assolutamente in capo all'impresa gli obblighi formativi e quindi l'apprendista dovrebbe proseguire comunque l'attività di formazione prevista. Si aggiunga che, ai fini del conteggio della durata della sospensione, dovrebbero essere conteggiate le singole ore/giornate di sospensione godute effettivamente dall'apprendista, piuttosto che quelle autorizzate, visto lo scarto che generalmente si riscontra tra i due valori.

Nei casi invece di durata della sospensione uguale o più lunga del mese, gli obblighi ordinari della formazione verrebbero sospesi. Inoltre si dovrebbe valutare se, nell'ambito della durata complessiva del contratto, la sospensione non sia tale da pregiudicare la possibilità di raggiungere gli obiettivi formativi previsti e, se del caso, operare una proroga del contratto stesso.

4. Gli atti citati nella risposta ad interpello n. 17/2007 del Ministero del lavoro, la circolare del Ministero stesso e la sentenza della Corte di Cassazione sono tutti definiti in un contesto normativo diverso da quello attuale

dell'apprendistato, in particolare rispetto alla durata massima del contratto: segnatamente, mentre la l. n. 196/1997 faceva riferimento ad un apprendistato normalmente della durata massima di quattro anni, l'attuale apprendistato professionalizzante può avere durata fino a sei anni. Ed è evidente che la durata del contratto di apprendistato è un elemento strategico rispetto al quale valutare la "brevità" o meno della sospensione prevista e la possibilità che, nonostante la sospensione, sia comunque possibile conseguire gli obiettivi formativi stabiliti.

In generale, l'estensione dei trattamenti in deroga ad una amplissima quota di lavoratori operata a partire dal d.l. 185/2008 ha rafforzato una linea politica inaugurata già da qualche anno che colloca, in un quadro di riferimento nazionale, in capo alle Regioni la determinazione di alcuni aspetti relativi alle politiche passive, mentre è lo stesso disegno costituzionale a riconoscere la potestà esclusiva delle stesse amministrazioni in tema di politiche attive. Inoltre, le Regioni organizzano tanto le politiche attive per i beneficiari di trattamenti in deroga, quanto le attività di formazione esterna per apprendisti, e sono pertanto in grado di valutare meglio le eventuali criticità della potenziale sovrapposizione dei due obblighi formativi.

Si consideri, tra l'altro, che in alcune Regioni la formazione per gli apprendisti rimane a carico dell'impresa; che la durata della formazione esterna resa disponibile dalle Regioni è anch'essa varia (talvolta solo per una quota delle 120 ore); che le modalità di organizzazione del sistema sono più o meno flessibili (modelli basati sul "corso" v. modelli imperniati su cataloghi, con moduli anche di 8-16 ore), consentendo di gestire in maniera differenziata l'eventuale sospensione dei percorsi degli apprendisti: sono tutti elementi che rendono ardua la determinazione di una soluzione unica a livello nazionale, che risulti anche adeguata ed efficace nei diversi contesti territoriali.

Pertanto, l'individuazione di soluzioni alla questione illustrata potrebbe essere rinviata alle singole amministrazioni, sulla base di un comune principio guida a livello nazionale. Ad esempio, sempre a quel livello si potrebbe richiamare una distinzione in relazione alla durata specifica della sospensione, lasciando poi alle Regioni, d'intesa con le parti sociali, l'individuazione specifica della durata "breve" di tale sospensione.

A sostegno di questa proposta, va segnalato che in generale la partecipazione dei lavoratori sospesi alle politiche attive collegate agli ammortizzatori sociali in deroga è fonte di problematicità che stanno costringendo le Regioni – con diverse velocità ed efficacia – a modificare procedure e modelli di costruzione dell'offerta formativa. Infatti, le modalità di fruizione della sospensione – ovvero spesso a tempo parziale, con riduzione dell'orario di tipo verticale o orizzontale, e comunque verificabile solo a posteriori, nella "rendicontazione" di fine-mese – fanno fatica a conciliarsi con interventi formativi che richiedono un intervallo di tempo congruo per consentire che almeno una data competenza sia acquisita. Si aggiunga che le procedure per l'inserimento degli utenti nelle attività formative e tanto più l'organizzazione di interventi *ad hoc*, in

funzione dei bisogni dei singoli utenti o dell'impresa in crisi, generalmente determinano un ulteriore allungamento dei tempi.

È per queste ragioni che, nonostante gli sforzi intrapresi per modificare e rendere flessibili i sistemi formativi territoriali, in molti casi le linee guida emanate a livello regionale per l'attuazione delle politiche attive rivolte ai percettori di trattamenti in deroga individuano una soglia minima di durata della sospensione, al di sotto della quale al più vengono erogati servizi al lavoro di poche ore (interventi di orientamento, *counselling*, ecc.). La soglia minima di coinvolgimento dei lavoratori sospesi in politiche attive è individuata in maniera alquanto differenziata dalle singole Regioni, anche in considerazione dei tempi reali di "risposta" del sistema formativo territoriale alla domanda posta dai lavoratori sospesi delle aziende in crisi. Sono solo quei lavoratori la cui sospensione ha durata superiore alla soglia minima che vengono chiamati a partecipare ad interventi di formazione. E lo stesso vale anche per gli apprendisti: qualora la sospensione abbia una durata inferiore alla soglia minima verrebbero in ogni caso coinvolti al più nelle sole attività di formazione obbligatoria. Pertanto tale soglia potrebbe costituire uno degli elementi da considerare al fine della valutazione della durata breve o meno della sospensione.

*Sandra D'Agostino
Ricercatore Isfol*

1. Apprendistato (*segue*)

1.3. Interpello 12 novembre 2009, n. 79 (Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 34).

La natura del contratto di apprendistato e le implicazioni in tema di recesso

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il dibattito dottrinale. – 3. Quadro normativo. – 4. Il recesso nel corso del rapporto di apprendistato

1. Per risolvere i dubbi interpretativi sulla natura giuridica del contratto di apprendistato, il Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro con l'interpello n. 79/2009, ha chiesto chiarimenti al Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali (in epigrafe).

Ancora una volta il suddetto Ministero è intervenuto attraverso la formulazione di una risposta a istanza di interpello, affrontando la tematica della natura del contratto di apprendistato, attraverso l'analisi della disciplina applicabile in caso di recesso.

Gli artt. 48 e 49 del d.lgs. n. 276/2003 e, in seguito alla modifica introdotta dall'art. 23 del d.l. n. 112/2008 anche l'art. 50 del predetto decreto, stabiliscono che il datore di lavoro al termine del periodo di apprendistato, può recedere dal rapporto di lavoro secondo quanto stabilito dall'art. 2118 c.c.; inoltre, impongono un divieto al datore di recedere durante il periodo di apprendistato in assenza di giusta causa o giustificato motivo.

Tale dato va analizzato in correlazione a quanto si legge nella circ. n. 40/2004, sempre in tema di apprendistato: «Sarà altresì da ritenersi applicabile la previgente disciplina in materia di recesso dal rapporto, così come regolata dall'articolo 19 della legge n. 25 del 1955».

Per avere, perciò, un quadro completo occorre soffermarsi in ultima analisi su quanto prescritto dall'art. 19 della l. n. 25/1955; quest'ultimo stabilisce che se il datore di lavoro, al termine del periodo di apprendistato, non receda ai sensi dell'art. 2118 c.c., l'apprendista è mantenuto in servizio con la qualifica conseguita; il periodo di apprendistato, inoltre, è considerato utile ai fini del computo dell'anzianità del lavoratore.

Dopo aver tracciato nelle sue linee essenziali il quadro normativo, la cui analisi sarà sviluppata in un paragrafo che segue, appare doveroso, per comprendere le motivazioni poste alla base della risposta ad interpello che ci occupa, fare un'ulteriore breve premessa circa la natura della causa del contratto di apprendistato.

Si è molto discusso, infatti, se tale contratto sia a causa mista o meno: la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria concludono in senso favorevole (riconoscendo l'esistenza sia dell'obbligo di prestare la propria prestazione lavorativa, sia dell'obbligo formativo in capo al datore di lavoro).

Alla luce di quanto finora detto, appare opportuno analizzare la domanda formulata nell'istanza di interpello: la stipula di un contratto di apprendistato pone in essere un rapporto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato?

La questione era già nota al dibattito dottrinale, essendo l'apprendistato un istituto presente da tempo nel nostro ordinamento.

2. Parte della dottrina, attraverso differenti percorsi interpretativi, giustifica la naturale apposizione di un termine di durata al rapporto lavorativo, senza trarre l'automatica conclusione che si tratti di un contratto a tempo determinato.

In altri termini, la *ratio* dell'apposizione del termine finale «è di evitare che dalla prosecuzione indefinita nel tempo dell'apprendistato consegua una situazione di sfruttamento del lavoratore». Il limite temporale è visto come una condizione legale il cui avveramento comporta la trasformazione di un rapporto speciale in un comune rapporto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 517; orientamento confermato anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003: cfr. E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 283).

L'apposizione del termine, quindi, non opera con riferimento alla durata del rapporto di lavoro, ma attiene alla sua iniziale modalità di svolgimento, così

come avviene con l'apposizione del patto di prova (cfr. G. AMOROSO, *Tirocinio e formazione professionale*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 555); a conclusioni identiche giunge Montuschi (cfr. L. MONTUSCHI, *Il tirocinio*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, *Impresa e lavoro*, Utet, Torino, 1986, 291), secondo cui il termine è un limite massimo (legale o contrattuale) superato il quale non si estingue automaticamente il rapporto, ma si «depura» dei contenuti formativi, convertendosi in un normale contratto a tempo indeterminato.

Tali considerazioni possono ritenersi tuttora valide, poiché, come si è specificato in precedenza, l'impianto normativo, da questo punto di vista, considera chiaramente applicabile l'art. 19 della l. n. 25/2005 (circ. n. 40/2004).

3. La circ. n. 40/2004, peraltro, non innova quanto già previsto dagli artt. 48, comma 2, lett. c, e 49, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003: il datore di lavoro durante il periodo di apprendistato non può licenziare il lavoratore in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo; ciò, in linea con quanto stabilito dalla Corte costituzionale che, con la sentenza 28 novembre 1973, n. 169, ha dichiarato incostituzionale l'art. 10 della l. n. 604/1966, nella parte in cui escludeva gli apprendisti, nel corso del rapporto di apprendistato, dall'applicabilità nei loro confronti della disciplina prevista dalla medesima legge.

Il datore di lavoro, poi, assolto l'obbligo formativo, ha due alternative: può recedere liberamente dal rapporto ex art. 2118 c.c. (c.d. recesso *ad nutum*), semplicemente dandone preavviso, senza incorrere nel rischio di una impugnativa di licenziamento per assenza di una causa o di un motivo che lo giustifichi; oppure può far continuare il rapporto lavorativo, che procederà senza soluzione di continuità, con le caratteristiche proprie di un contratto di natura subordinato a tempo indeterminato.

Coesistono, quindi, due diversi regimi: il primo opera durante il periodo di apprendistato e prevede l'applicazione della disciplina sui licenziamenti individuali e il secondo opera al termine dello stesso, secondo quanto stabilito dall'art. 2118 c.c.

Parte della dottrina ha dedotto, quindi, la seguente conseguenza: se il contratto di apprendistato fosse a tempo determinato, non sarebbe possibile applicare la normativa prevista dalla l. n. 604/1966. L'art. 1 della predetta legge infatti stabilisce che «Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato [...] il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del codice civile o per giustificato motivo» (cfr. D. GAROFALO, E. BALLETTI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 600).

Se si trattasse, inoltre, di un rapporto a termine, non avrebbe senso il richiamo all'art. 2118. In sostanza, il richiamo a quest'ultima norma «evidenzia la natura di contratto a tempo indeterminato del rapporto di apprendistato, soprattutto in considerazione della fissazione di una durata massima del contratto che, in

manca di una diversa previsione, avrebbe portato a ritenere estinto il rapporto con il mero compimento del termine convenuto» (S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato e contatto di inserimento*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2007, 717).

Dal riferimento, quindi, all'art. 2118 c.c. e dalla previsione di un tempo massimo per il solo periodo di apprendistato, si deduce la durata indeterminata del rapporto lavorativo. Il limite temporale è visto non come termine finale del contratto, ma, ancora una volta, come condizione legale (cfr. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 278; D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla Legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 389; L. CAROLLO, *Il nuovo contratto di apprendistato*, in *q. Rivista*, 2004, n. 1, 46).

Secondo un'interpretazione semantica del dettato normativo si nota che gli artt. 48 e 49 – e, dopo la riforma apportata dal d.l. n. 112/2008, anche l'art. 50 del d.lgs. n. 276/2003 – stabilendo, come si è visto, che il recesso *ad nutum* può essere esercitato al termine del “periodo” di apprendistato, lasciano intuire che lo stesso costituisce una fase di un rapporto che può avere una durata indeterminata (cfr. G. AMOROSO, *Tirocinio e formazione professionale*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992; G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 1480).

Non mancano, tuttavia, pareri discordanti in dottrina.

Si evidenzia, infatti, che una parte minoritaria ritiene che il contratto di apprendistato sia a tempo determinato (M. ROCCELLA, *Manuale di Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, 175) e finalizzato principalmente ad apportare un vantaggio a un mercato del lavoro alla ricerca costante di flessibilità e riduzione del costo del lavoro (cfr. G. LOY, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in *RGL*, LIX, 2008, n. 4, 518).

Il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, nel fornire risposta all'istanza posta dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro, ha legato la soluzione del quesito alla seguente previsione: l'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, che disciplina il contratto di lavoro a tempo determinato, prevede al comma 1 che «sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo in quanto già disciplinati da specifiche normative: [...] c) i rapporti di apprendistato, nonché le tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che, pur caratterizzate dall'apposizione di un termine, non costituiscono rapporti di lavoro». Secondo il Ministero, quindi, la fonte legislativa che disciplina il contratto di lavoro a tempo determinato esclude dal proprio campo di applicazione l'apprendistato.

Ad una analoga conclusione giunge anche E. GHERA (cfr. *op. cit.*, 283), che richiama la medesima previsione normativa per escluderne l'applicabilità

(cfr., inoltre, G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *op. cit.*, 1481). Vi è, invece, chi ha interpretato l'art. 10 del d.lgs. n. 386/2001 in maniera esattamente opposta, rilevando l'esistenza di una contraddizione nell'impianto normativo: se da un lato, infatti, si attribuisce all'apprendistato la natura di contratto a tempo indeterminato, per i motivi sopra esposti, dall'altro si ritiene che, in realtà, l'art. 10 esclude l'apprendistato dal suo campo di applicazione, essendo quest'ultimo un contratto a termine dotato di specifica disciplina (cfr. S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 718).

4. In relazione al profilo del recesso nel corso del rapporto il Ministero ribadisce che durante il periodo di apprendistato sarà necessaria l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo per poter recedere. Si è ricordato, inoltre, che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 10 della l. n. 604/1966, nella parte in cui escludeva gli apprendisti dall'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali.

Da ciò si dedurrebbe che l'apprendista, durante il periodo formativo, godrebbe della c.d. tutela obbligatoria, prevista dalla l. n. 604/1966, indipendentemente dal requisito dimensionale: in caso di licenziamento illegittimo, privo di giusta causa o giustificato motivo, in presenza di una sentenza del Giudice del lavoro, il datore sarà condannato a riassumere il lavoratore oppure, a sua scelta, a risarcirlo del danno subito, versandogli una indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. In ogni caso sarebbe esclusa l'applicabilità dell'art. 18 della l. n. 300/1970 e la conseguente previsione della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo.

La dottrina, però, non è concorde. Una parte, infatti, partendo dal presupposto della sola applicabilità della l. n. 604/1966, esprime perplessità sulla minor tutela riservata agli apprendisti in caso di licenziamento illegittimo durante il periodo di apprendistato, rispetto a quanto previsto per i lavoratori a tempo determinato o indeterminato (cfr. G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *op. cit.*, 1481; C. CESTER (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet Giuridica, Torino, 2007, 1903). Altro orientamento, invece, ritiene che la sentenza della Corte costituzionale sopra richiamata non abbia imposto un determinato regime giuridico, affermando, perciò, che «la tutela varia a seconda delle dimensioni dell'azienda» (cfr. D. GAROFALO, *op. cit.*, 600; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 278).

Si evidenzia, infine, che il mancato superamento della c.d. prova d'arte, prima della scadenza del termine previsto per l'apprendistato, non è annoverata tra le cause che legittimano il licenziamento. Proprio perché il contratto ha finalità formative precise, il rapporto dovrà proseguire fino al termine stabilito.

Si può, quindi, giungere alla conclusione, con le particolarità sopra evidenziate, che il contratto di apprendistato pone in essere un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, di fronte a un mercato del lavoro che molto spesso non garantisce una stabilità occupazionale, si è in presenza di uno strumento che, da un lato, permette al lavoratore di essere formato e, contemporaneamente, di

percepire una retribuzione e, dall'altro, al datore di lavoro di creare una professionalità commisurata ai suoi interessi, godendo di agevolazioni contributive, retributive e normative.

Mariagrazia Acampora
Scuola internazionale di dottorato
in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro
Adapt – Università degli Studi di Bergamo

2. Infortuni e malattie professionali

2.1. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, Capo III (testo coordinato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

2.2. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, articolo 15 (testo coordinato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

(2.1. – 2.2.) Il premio supplementare per la silicosi: una norma premiale ante litteram

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Il premio supplementare silicosi. – **3.** Determinazione del premio e del tasso. – **3.1.** Oscillazione del tasso medio. – **3.2.** Oscillazione in riduzione. – **3.3.** Oscillazione in aumento. – **4.** L'entità intrinseca del rischio: accertamento. – **5.** Prospettive evolutive: le misure di prevenzione. – **5.1.** *Segue:* il meccanismo dell'oscillazione tasso nell'attuale quadro normativo.

1. Il tema della silicosi si è riproposto all'attenzione generale in occasione della presa di posizione della IARC (International Agency for Research on Cancer) che nel 1997 inserisce la SLC (silice libera cristallina), inalata in forma di quarzo e cristobalite, fra le sostanze classificate cancerogene per l'uomo (gruppo 1, monografia n. 68). Le monografie IARC sulla valutazione del rischio cancerogeno per l'essere umano sono nate nel 1969 presso la stessa IARC sotto la guida del dott. Lorenzo Tomatis con un finanziamento del *National Cancer Institute* (Stati Uniti) e della Commissione europea con l'obiettivo di preparare, con l'aiuto di gruppi di lavoro internazionali di esperti, e pubblicare sotto forma di monografie, revisioni critiche della letteratura scientifica nonché valutazioni dell'evidenza della cancerogenicità di una vasta gamma di esposizioni per l'essere umano.

Dal momento della classificazione operata dalla citata Agenzia Internazionale, l'interesse scientifico su tale sostanza ampiamente diffusa in natura (il 12% del volume delle rocce sulla crosta terrestre è costituita da quarzo) ed utilizzata in moltissimi impieghi ed attività industriali è andato crescendo allo scopo di valutare le conseguenze per la salute dei lavoratori esposti professional-

mente a polveri di SLC, in relazione alla possibilità di contrarre silicosi e al rischio di cancerogenesi legato a tale esposizione.

In merito alle conclusioni della IARC, la comunità scientifica internazionale è divisa e, ad oggi, non è ancora stato possibile giungere ad una conclusione univoca a livello europeo, il Comitato scientifico per la definizione dei limiti all'esposizione professionale (SCOEL – *Scientific Committee for setting-up of Occupational Exposure Limits*), nel 2003 ha suggerito un limite di soglia di $0,05 \text{ mg/m}^3$, motivando così le proprie conclusioni: «Il principale effetto sugli uomini dell'inalazione della polvere di silice cristallina è la silicosi. Ci sono informazioni sufficienti per concludere che il rischio relativo al cancro al polmone è più alto nelle persone affette da silicosi (e, apparentemente non nei lavoratori non affetti da silicosi esposti alla polvere di silice cristallina nelle cave e nell'industria ceramica). Quindi, prevenire lo sviluppo della silicosi ridurrebbe anche il rischio di cancro. Fino a quando non sarà individuata una chiara soglia per lo sviluppo della silicosi, ogni riduzione dell'esposizione ridurrà il rischio di silicosi. Ciò suggerisce che un OEL dovrebbe restare al di sotto di $0,05 \text{ mg/m}^3$ ».

In Italia, la materia della silicosi è oggetto di una complessa disciplina in materia prevenzionistica e previdenziale rispetto alla quale pur si auspica un perfezionamento dei sistemi di tutela.

2. Il termine “supplementare”, che compare correntemente nella definizione del sovrappremio silicosi nell'assicurazione infortuni gestita dall'Inail, si spiega proprio in considerazione del carattere supplementare della assicurazione contro le malattie professionali rispetto all'assicurazione contro gli infortuni. Il premio pagato per gli infortuni normalmente copre anche il rischio di contrarre una malattia professionale.

Per la copertura assicurativa contro la silicosi, invece, è dovuto oltre al premio per gli infortuni anche un premio supplementare. Ciò in ragione della particolare tutela che il TU n. 1124/1965 appresta per queste due forme di malattia professionale che sono la silicosi per l'appunto e l'asbestosi.

Le lavorazioni per le quali è dovuto il premio supplementare sono quelle di cui all'allegato 8 al TU n. 1124/1965.

Secondo la Corte di Cassazione l'obbligo assicurativo contro il rischio di silicosi e di asbestosi sussiste essenzialmente, ma non esclusivamente, per i datori di lavoro che svolgono una delle lavorazioni previste dalla tabella allegato 8 al TU n. 1124/1965, i quali abbiano denunciato, o nei cui confronti sia stata preventivamente accertata, la presenza concreta di un oggettivo rischio specifico di silicosi o di asbestosi (Cass. 17 gennaio 1986, n. 321).

In definitiva prima che la Corte intervenisse sul punto, il rischio di contrarre la malattia nell'esercizio delle lavorazioni di cui al suddetto allegato era presunto in quanto collegato alla presenza nel materiale trattato di silice libera a prescindere da qualità, quantità, dimensioni delle particelle ed effettiva inalazione delle predette sostanze.

La Corte ha invece stabilito che il premio è dovuto allorché il rischio di contrarre la silicosi o l'asbestosi risulti concretamente accertato (Cass. 28 marzo 1986, n. 2230).

In occasione dell'entrata in vigore dell'art. 10 della l. n. 780/1975, che ha sostituito l'art. 153 del TU n. 1124/1965 stabilendo che il premio supplementare per la silicosi e l'asbestosi è dovuto solo per gli operai esposti ad inalazione di silice libera o di amianto in concentrazione tale da determinare il rischio, la Corte di legittimità ha rilevato una "divaricazione", limitatamente alla silicosi ed alla asbestosi, tra copertura assicurativa del lavoratore ed obblighi contributivi del datore di lavoro. Il lavoratore è tutelato sulla base della presunzione dell'origine professionale della silicosi od asbestosi quando vi sia stata esposizione al rischio in qualsiasi misura anche minima per il principio della variabilità della risposta individuale. Il datore di lavoro invece è tenuto a pagare il sovrappremio in presenza del rischio effettivo cioè quando risulti accertato che per effetto dello svolgimento delle lavorazioni tabellate si è determinata una dispersione nell'ambiente lavorativo di silice cristallina tale da esporre effettivamente al rischio di contrarre le patologie in oggetto (Cass. 8 marzo 1991, n. 2441; Cass. 20 agosto 1991, n. 8970).

L'attuale tabella dei tassi per la determinazione del premio supplementare per l'assicurazione contro la silicosi e l'asbestosi e le relative modalità di applicazione sono state approvate con d.m. 20 giugno 1988 (decreto di attuazione dell'art. 154 TU) su delibera del Consiglio di amministrazione dell'Istituto del 18 maggio 1988.

Tale strumento tariffario è entrato in vigore quando si era ormai consolidato l'indirizzo giurisprudenziale sopra sintetizzato.

3. Negli artt. 1-7 del citato d.m. 20 giugno 1988 è precisato che l'assicurazione è obbligatoria se risulta dimostrata l'esistenza del rischio in relazione alle retribuzioni specifiche, che riflettono il numero di dipendenti esposti alle inalazioni di silice libera in concentrazione tale da determinare il rischio, sul complesso delle retribuzioni erogate a tutti i dipendenti dello stesso stabilimento, opificio o cantiere.

Anche per questa specifica tariffa, come per la tariffa ordinaria, esiste un tasso medio.

Il tasso medio per la determinazione del premio supplementare viene fissato in conformità ad apposita tabella e varia (+ 2‰ ÷ 92‰) in relazione all'incidenza delle retribuzioni specifiche dei dipendenti esposti alle inalazioni di silice libera, in concentrazione tale da determinare il rischio, sul complesso delle retribuzioni erogate a tutti i dipendenti assicurati dello stesso stabilimento, opificio, cantiere ecc.

Nel calcolo del rapporto di incidenza sono considerate retribuzioni specifiche quelle afferenti alle giornate di paga dei dipendenti adibiti alle lavorazioni morbigena, anche nel caso in cui detta adibizione sia limitata a parte delle giornate stesse.

Ove il datore di lavoro sia titolare di più luoghi di lavoro solo in alcuni dei quali sia presente il rischio silicosi, il rapporto di incidenza interverrà tra le retribuzioni specifiche e quelle generali delle singole unità produttive interessate.

3.1. L'oscillazione del tasso medio è prevista nel limite del 35% in aumento oppure in riduzione ed è basata sulla attribuzione all'entità intrinseca del rischio di un valore di oscillazione del +/-10% in relazione alle condizioni di polverosità proprie della mansione svolta (entità intrinseca del rischio) valutate a seguito di un sopralluogo ambientale, nonché sull'attribuzione alle misure di igiene e di prevenzione idonee a ridurre la polverosità ambientale di un valore del +/-25%.

In tal modo si è voluto da un lato riconoscere importanza preminente alle specifiche misure di igiene e di prevenzione, considerato che la loro adozione o meno influisce in modo determinante sull'entità intrinseca del rischio, dall'altro spingere il datore di lavoro all'adozione delle medesime al fine di ridurre l'incidenza del premio.

3.2. Per ottenere la riduzione del tasso medio "supplementare", i datori di lavoro interessati devono produrre una specifica istanza motivata da indirizzare alla sede Inail che gestisce il rapporto assicurativo, fornendo i dati e la documentazione riguardanti sia l'entità intrinseca del rischio che le specifiche misure di igiene del lavoro e di prevenzione adottate.

In caso di accoglimento, la riduzione connessa all'effettiva entità intrinseca del rischio ha effetti dal primo giorno del mese successivo a quello di spedizione dell'istanza stessa, salvo quando il datore di lavoro abbia documentato anche la decorrenza della diversa entità intrinseca del rischio. La riduzione connessa all'attuazione di specifiche misure di igiene del lavoro e di mezzi di prevenzione ha effetto dal primo giorno del mese successivo a quello in cui sono state adottate le misure e i mezzi citati.

Qualora l'istanza di riduzione sia presentata nei termini previsti per la denuncia dei lavori, la riduzione, se accordata, decorre dalla data di inizio dei lavori stessi.

Si ritiene che con una norma premiale così congegnata sia possibile ridurre l'importo del premio, adottando idonee misure di prevenzione che riducano a loro volta l'esposizione al rischio, e che essa non può non aver costituito un'ottima leva economica a favore dell'adozione di misure di prevenzione.

3.3. Può verificarsi che, a seguito di accertamenti ispettivi o di sopralluoghi tecnici o sulla base di documentazione altrimenti acquisita, l'Inail rilevi che l'entità intrinseca del rischio presente nella lavorazione assicurata sia superiore a quella desumibile dalla denuncia dei lavori, come pure che le specifiche misure di igiene e di prevenzione non siano state osservate dal datore di lavoro.

In tal caso, si procede alla rettifica del tasso secondo i criteri di cui all'art. 2 del d.m. 20 giugno 1988 sopra citato. Il relativo provvedimento, adeguatamente motivato, è comunicato al datore di lavoro con raccomandata A/R e de-

corre dalla data in cui doveva essere applicata l'esatta misura di premio supplementare.

4. La corretta applicazione dell'oscillazione implica l'accertamento e la valutazione dell'entità intrinseca del rischio di silicosi/asbestosi e delle specifiche misure di igiene e di prevenzione. La valutazione è puramente tecnica.

Provvede a tale accertamento la Con.T.A.R.P. (consulenza tecnica accertamento rischi e prevenzione), organismo consulenziale interno all'Istituto assicuratore composto di biologi, chimici, geologi, ingegneri ecc.

Il limite minimo di esposizione in base al quale scatta l'obbligo assicurativo Inail è a tutt'oggi pari a $0,05 \text{ mg/m}^3$.

La legge non stabilisce i criteri di misurazione della polverosità totale e delle polveri inalabili, né i limiti di rischio. Anche in questo caso, come nella gran maggioranza degli altri, la previsione contenuta nell'art. 4 della legge di riforma sanitaria 23 dicembre 1978, n. 833, che prevede la stesura di liste di limiti e la loro periodica revisione, è rimasta inapplicata. D'altronde, ed il fatto non è certamente casuale, neppure in sede europea è stata fissata alcuna soglia da raccomandare o da adottare.

Si è consolidata, pertanto, una prassi che individua, in una determinata concentrazione di particelle di silice libera aerodispersa, la soglia al di sopra della quale sussiste in concreto l'obbligo assicurativo.

In Italia non abbiamo, come è noto, limiti di esposizione ufficialmente e legalmente vincolanti per la silice cristallina.

La giurisprudenza è pertanto concorde nell'utilizzare i TLV (*Threshold Limit Value*, valore limite di soglia) dell'ACGIH (*American Conference of Governmental Industrial Hygienists*) quale strumento di riferimento per la misurazione degli inquinanti in ambiente di lavoro (si ricorda per tutte la decisione del Trib. monocratico Taranto 20 aprile 2007, n. 408) ed il d.m. 20 agosto 1999 nella nota finale prevede: «In mancanza di riferimenti legislativi italiani, i valori limite di esposizione generalmente adottati per gli ambienti di lavoro sono in TLV stabiliti annualmente dall'ACGIH ed editi in italiano dall'Associazione italiana degli Igienisti Industriali».

Per quanto riguarda la silice, il criterio per valutare l'esistenza dell'obbligo è stato individuato nel superamento di un valore espositivo pari al 50% del TLV. In questo senso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si è espresso sin dal 1966, ed in modo formale, con la circ. 3 dicembre 1991, n. 737, riconfermata con lettera del 22 luglio 1998 della Div. XII della D.G. Previdenza ed assistenza sociale. A conferma in ambito Inail ci sono state le note Con.T.A.R.P. del 16 novembre 2001 e 27 luglio 2005.

Il limite TLV, posto alla base del criterio di valutazione assicurativo, non è fisso nel tempo ma risente delle innovazioni introdotte dalla ricerca scientifica, tanto per ciò che riguarda le metodologie di accertamento (es. dalla misurazione delle particelle con il criterio numerico a quella con il criterio ponderale), quanto per ciò che concerne le nuove acquisizioni dell'epidemiologia e della igiene industriale.

Per tale motivo il limite precedente pari a $0,1 \text{ mg/m}^3$ è stato modificato dall'ACGIH, autrice del TLVs, che lo ha abbassato a $0,05 \text{ mg/m}^3$ a partire dal 2000. Pertanto, applicando il criterio sopra individuato, si dovrebbe introdurre un limite di rischio assicurativo pari a $0,025 \text{ mg/m}^3$ laddove sino ad oggi esso è stato pari a $0,05 \text{ mg/m}^3$.

Ne consegue che attualmente, a condizioni di non applicabilità del premio silicosi, e quindi di conseguente non assicurabilità, non sempre corrisponde assenza del rischio specifico ai sensi delle normative vigenti sulla salute e sicurezza sul lavoro (Addia – Aspetti assicurativi legati all'esposizione a silice).

L'analisi condotta in Inail sulle conseguenze connesse all'abbassamento del limite di soglia di esposizione ha fatto emergere diversi problemi.

In primo luogo per un valore così basso ci sono notevoli difficoltà di misurazione (accuratezza e riproducibilità della misura) tenuto conto delle caratteristiche delle strumentazioni di misura e di analisi oggi in uso.

La riduzione operata dall'ACGIH, inoltre, potrebbe aver risentito della accertata carcinogenicità della silice libera cristallina, di cui alla presa di posizione dello IARC del 1997 (volume 68). Il premio supplementare, però, copre gli oneri della silicosi, mentre quelli legati a neoplasie silice-correlati sono coperti dal premio ordinario. Il lavoratore è allo stato, per quest'aspetto, già tutelato.

Altra conseguenza è che l'applicazione del nuovo limite comporterebbe quale inevitabile conseguenza l'estensione del pagamento del premio in capo ad un numero più elevato di aziende in uno con l'incremento della platea degli assicurati e con un non trascurabile aumento del costo del lavoro. Stime tecniche hanno rappresentato un possibile incremento del 54% del gettito dei premi connessi al sovrappremio silicosi.

Infine nuove voci di lavorazione diverrebbero suscettibili di assoggettabilità al sovrappremio con notevole ampliamento delle voci di tariffa interessate e conseguente ovvio incremento dell'importo premiale per innumerevoli aziende.

D'altro canto, gli stessi igienisti americani ammettono che i TLV non possono costituire una linea netta di demarcazione tra livello di sicurezza e livello di pericolo rappresentando solo un indice (il migliore) da tenere in considerazione, se non altro come "soglia di attenzione", punto di partenza per la verifica delle condizioni dell'ambiente di lavoro, nell'ottica di un costante miglioramento della sicurezza dei lavoratori.

In Italia, non essendo ufficialmente vincolanti per legge, vengono utilizzati, in genere, come riferimento generale per la valutazione della pericolosità di una sostanza. Se si definisse per legge che al di sopra dei TLV c'è rischio, mentre al di sotto c'è sicurezza, negli ambienti di lavoro ci si preoccuperebbe soltanto di raggiungere la linea dei TLV e si perderebbe in questo modo ogni possibilità di introdurre cambiamenti positivi che consentirebbero di migliorare ulteriormente le condizioni di lavoro.

5. Per quanto concerne le recenti disposizioni di cui al d.lgs. n. 81/2008 e al d.lgs. n. 106/2009, ad oggi, non si riscontra alcuna inconciliabilità con le norme che disciplinano il sovrappremio silicosi. Si rileva invece un'attenzione più evidente per la esposizione alle fibre di amianto secondo quanto, in via di estrema sintesi, qui di seguito si espone.

Il capo III del d.lgs. n. 81/2008 tratta della *Protezione dai rischi connessi all'esposizione all'amianto* e indica, tra l'altro, le procedure per valutare i rischi dovuti alla polvere proveniente dall'amianto e dai materiali contenenti amianto, al fine di stabilire la natura e il grado dell'esposizione e le misure preventive e protettive da attuare.

In particolare l'art. 254, comma 1, fissa a 0,1 fibre per centimetro cubo di aria (equivalente a 100 ff/litro) il valore limite di esposizione per l'amianto, misurato come media ponderata nel tempo di riferimento di otto ore. I datori di lavoro provvedono affinché nessun lavoratore sia esposto a una concentrazione di amianto nell'aria superiore al valore limite; mentre l'art. 251, comma 1, lett. b, impone che i lavoratori esposti devono sempre utilizzare dispositivi di protezione individuale (DPI) delle vie respiratorie con fattore di protezione operativo adeguato alla concentrazione di amianto nell'aria. La protezione deve essere tale da garantire all'utilizzatore in ogni caso che la stima della concentrazione di amianto nell'aria filtrata, ottenuta dividendo la concentrazione misurata nell'aria ambiente per il fattore di protezione operativo, sia non superiore ad un decimo del valore limite indicato all'art. 254.

Pertanto, nel rispetto della disposizione normativa, l'aria filtrata e respirata dagli esposti non deve superare 10 ff/litro.

Non esiste invece uno specifico capitolo per la silice, che viene considerata alla stregua di una generica polvere nell'allegato IV in assenza di riferimenti a limiti di esposizione specifici.

Restano solo le misure generiche di prevenzione previste dall'art. 15 del d.lgs. n. 81/2008.

In un'ottica di prevenzione corretta nei luoghi di lavoro si dovrebbe non tanto cercare dei sostituti alla silice, come avverrebbe nel caso dell'agente cancerogeno *sic et simpliciter* e come in rari e particolari casi pure è avvenuto, quanto operare utilizzando tutti i mezzi a disposizione sia per l'abbattimento delle polveri all'origine, sia mediante l'impiego di efficaci dispositivi di protezione individuale, attuando inoltre corrette procedure di formazione ed informazione del personale.

È questa in linea generale la strada preferita nei principali Paesi industriali dove, al divieto dell'uso di una determinata sostanza (praticamente impossibile nel caso della silice), si preferisce l'introduzione ed il rigoroso rispetto di disposizioni cautelative incentrate sul monitoraggio continuo e sull'utilizzo di specifiche tecniche di prevenzione (D. ANDRETTA, A. IOTTI, U. VERDEL, *La valutazione del rischio da silice: nuovi elementi*, Atti del primo seminario dei professionisti Con.T.A.R.P. *Analisi del rischio assicurato*, Chia Laguna, 23-24 giugno 1997).

In attesa di una decisione in merito alla classificazione della silice libera cristallina in relazione alla presa di posizione della IARC di cui si è detto all'inizio, per affrontare il problema nei suoi vari aspetti, è stato attivato un dibattito per definire un *Social Dialogue Agreement* sulla protezione dei lavoratori attraverso la corretta movimentazione ed utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che la contengono.

Nel 2006 è stato stilato a livello europeo un Accordo sulla protezione della salute dei lavoratori attraverso la corretta manipolazione ed utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che la contengono (in *GUUE*, 17 novembre 2006, C 279/2).

Il documento consta anche di n. 8 allegati in cui vengono esplicitati obiettivi e linee di indirizzo da seguire al fine di prevenire la silicosi in quanto prodromica di forme tumorali a carico del parenchima polmonare. L'Accordo nasce dal riconoscimento che la silice cristallina, benché ubiquitaria, potrebbe costituire un rischio per la salute dei lavoratori esposti e che, pertanto, nell'impossibilità di sostituire materiali/prodotti/materie prime contenenti SLC che costituiscono elementi spesso indispensabili per un ampio numero di attività industriali e professionali, le maggiori industrie si sono impegnate ad introdurre misure appropriate per migliorare le condizioni di lavoro, riducendo il rischio di esposizione a SLC nell'impiego dei citati materiali.

Quello sulla silice è il primo Accordo europeo multisettoriale, che ha coinvolto esponenti dei datori di lavoro e dei lavoratori in rappresentanza di 14 settori industriali. Alcuni concetti presenti nell'accordo – quali i principi generali di prevenzione e le relative strategie, od i riferimenti alle “buone pratiche” – sono principi presenti nella direttiva 89/391/CE, relativa al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori, o alla direttiva 98/24/CE, relativa alla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori esposti ad agenti chimici, entrambe recepite nel d.lgs. n. 81/2008.

5.1. Il meccanismo dell'oscillazione tasso disegnato dalle norme in materia di obbligo assicurativo Inail in tema di silicosi, per il suo legame con l'adozione delle misure di prevenzione e gli immediati effetti in termini di riduzione dell'importo del premio, conserva una sua sicura modernità anche se l'applicazione concreta di tale meccanismo va necessariamente aggiornata, possibilmente nell'ambito di “un tavolo” che veda la partecipazione delle parti sociali unitamente al Ministero del lavoro. L'esame dovrebbe concernere, con l'ausilio di aggiornate stime tecniche, gli effetti derivanti dall'abbassamento del valore limite di soglia. Nell'immediato poi andrà rivisto il calcolo dell'oscillazione per renderlo coerente con i nuovi valori fissati dall'ACGIH.

Gli oneri per silicosi sono in Inail in costante diminuzione, delineando un progressivo ridimensionamento del riconoscimento di rendite a questi fini, indice auspicabilmente di un progressivo ridimensionamento del fenomeno silicosi nella sua forma classica di fibrosi polmonare. Allo stesso modo si riduce il connesso gettito di premi, fenomeno imputabile in parte ad una progressiva contrazione delle aziende che presentano lo specifico rischio ed in parte ad un

probabile fenomeno di elusione/evasione (il numero delle aziende che pagano il sovrappremio, infatti, è di gran lunga inferiore al numero di quelle in qualche modo interessate a tipologie produttive che possono comportare esposizione a silice cristallina). Per questa parte andrebbero effettuate verifiche che consentano di giungere ad una analisi anche quantitativa del fenomeno che sia il più possibile vicina alla realtà dei fatti.

La revisione necessaria consentirebbe peraltro di dare impulso nuovo al meccanismo dell'oscillazione che oggi indubbiamente risente sia dei problemi connessi alle difficoltà dei controlli sia degli effetti della valutazione dei rischi intra-aziendali che, ove rapportata ai valori di soglia oggi raccomandati dall'ACGIH (0,25%), supera nella adozione delle misure di prevenzione volte a ridurre l'entità del rischio quanto richiesto dai meccanismi premiali e sottrae necessariamente incisività a detto meccanismo.

Il nesso possibile con il cancro polmonare allo stato è per l'appunto tale e cioè non ancora provato in via diretta, sotto il profilo assicurativo il premio supplementare silicosi tutela il lavoratore solo in relazione all'emergere della malattia in sé e per sé considerata, restando, come si è detto nel testo, il lavoratore assicurato per l'insorgere del tumore dai meccanismi propri del premio ordinario.

Silvana Toriello

Dirigente dell'Ufficio Tariffe della Direzione Centrale Rischi dell'Inail

3. Istruzione e formazione

3.1. *Linee guida per la formazione nel 2010*, Intesa sulla formazione tra Governo, Regioni e parti sociali, 17 febbraio 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 6).

Formazione, relazioni industriali e dialogo sociale: l'intesa Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010

Sommario: **1.** Formazione e dialogo sociale. – **2.** Le *Linee guida per la formazione nel 2010*.

1. Il tema della formazione, tradizionalmente confinato ai dibattiti tra specialisti della pedagogia e delle scienze educative, sta progressivamente interessando l'ambito delle relazioni industriali. Sia nei contesti nazionali che a livello europeo il tema è oggetto di attenzione del dialogo sociale con particolare riferimento alla progettazione normativa delle politiche attive del lavoro e nelle strategie elaborate dai governi nazionali per uscire dalla pesante fase di recessione che ha coinvolto i mercati internazionali nel biennio 2008-2010. Gli ordinamenti stranieri e internazionali stanno sviluppando, sulla scorta delle indi-

cazioni europee, un modo nuovo di “fare formazione”, attento ai fabbisogni del mercato del lavoro e in grado di parlare il linguaggio delle relazioni industriali, per la promozione della occupabilità delle persone, della produttività economica e del benessere sociale.

Anche l’Italia si è allineata a queste tendenze avviando un progetto di riforma, promosso dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, per preparare il futuro della formazione in Italia a seguito della pubblicazione del c.d. “Rapporto De Rita” del novembre 2009, verificare (dal nome del professore che ha presieduto il comitato scientifico incaricato, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di redigere il rapporto). Tale progetto si è concretizzato, con riferimento al 2010, nell’intesa sulla formazione firmata il 17 febbraio 2010 da Governo, Regioni e parti sociali (in epigrafe). L’accordo fissa le linee guida per orientare la spesa dedicata alla formazione limitatamente al 2010, in vista di una ripresa economica che le analisi degli esperti hanno caratterizzato come intermittente e duramente selettiva. A fronte della tenuta, nel 2009, del sistema di ammortizzatori sociali, il sistema di relazioni industriali italiano si sta orientando per il 2010, così come accaduto in altri Paesi europei, verso risposte di maggiore rilancio e tutela sostanziale nel mercato del lavoro, per tutte le persone, a partire dai disoccupati, gli inoccupati, i lavoratori in mobilità o quelli temporaneamente sospesi.

Al di là della contingenza storica, l’accordo riconosce che il pilastro fondante di un moderno sistema di welfare non sono (unicamente) le tutele passive, ma soprattutto le competenze delle persone e dunque la formazione. A fronte di un mercato del lavoro in rapida e continua trasformazione, che ha bisogno di innovare per crescere, l’intesa sulla formazione nel 2010 apre così la strada a un nuovo modo di concepire le tutele del lavoro e i sistemi di protezione sociale. Il significato dell’accordo, in prospettiva, può intendersi come un incentivo a promuovere la crescita e il rilancio qualificato della occupazione e della occupabilità della persona attraverso percorsi di promozione e qualificazione delle sue competenze. Come richiamato dal Libro Bianco per il futuro del modello sociale del 2009 e, a seguire, dal Rapporto De Rita, l’apprendimento continuo diventa un diritto e, in particolare, uno dei pilastri su cui gli attori del dialogo sociale sono chiamati a lavorare per costruire stabili tutele, nel mercato, per le persone. Tale impegno, teso a qualificare e aggiornare le competenze della forza lavoro, si motiva anche alla luce della necessità di rispondere allo strutturale disallineamento tra domanda e offerta di lavoro – in termini di competenze e mestieri – che genera disoccupazione, disequilibri e costi economici, sociali, oltre che individuali.

Le linee guida si inseriscono in una riflessione sul futuro della formazione che, ispirandosi alle indicazioni europee (vedi § 2) al Libro Bianco per il futuro del modello sociale, è stata poi condivisa a livello interministeriale con le parti sociali e gli attori delle relazioni industriali. In sintesi, il Libro Bianco rilevava la necessità di cambiare il modo di “fare formazione” ancorando il nuovo paradigma a tre cardini: la valutazione degli esiti dell’apprendimento,

la valorizzazione delle potenzialità educative e formative del lavoro e il riconoscimento dell'impresa quale luogo privilegiato per lo sviluppo delle professionalità. Il percorso di elaborazione di questi spunti è stato poi scandito dal Piano per la occupabilità dei giovani nell'ottica dell'integrazione tra apprendimento e lavoro del settembre 2009, e dal Rapporto De Rita sul futuro della formazione in Italia, presentato il 15 dicembre dello stesso anno in occasione della firma, da parte di Governo, Regioni e parti sociali, di un primo accordo interistituzionale che avrebbe costituito il cuore delle *Linee guida per la formazione nel 2010* del febbraio 2010. Se il primo documento propone sei azioni dedicate in modo specifico alla occupabilità dei giovani, attraverso lo sviluppo di competenze e la scelta di adeguati percorsi educativi e formativi, il Rapporto De Rita estende l'analisi al vasto e complesso panorama della formazione (professionale) in Italia. Analizzando l'evoluzione di un sistema "drogato" dalle risorse del Fondo sociale europeo, e profondamente caratterizzato dalle diseguaglianze territoriali, lo studio solleva l'urgente necessità di riformare il mondo della formazione in Italia a partire da un'analisi dei fabbisogni del mercato del lavoro. Il Rapporto sottolinea inoltre l'importanza di ridisegnare il sistema di *governance* della formazione, riconoscendo il pieno coinvolgimento degli attori del dialogo sociale e delle relazioni industriali, attorno al perno del Ministero del lavoro.

In estrema sintesi, le *Linee guida* presentano un modello di formazione che, valicando il perimetro delle scienze educative e superando la tradizionale autoreferenzialità, non può prescindere dalla attenta osservazione dei fabbisogni professionali delle imprese, a livello settoriale e locale, incontrando così le logiche delle relazioni industriali. Partendo dalla fotografia di ciò che il mercato richiede, il mondo dell'istruzione e formazione, insieme al sistema delle imprese, può orientare l'offerta formativa e, più in generale, creare le occasioni di apprendimento permanente per soddisfare tali esigenze. Le nuove tecniche della formazione, concepita in modo dinamico e moderno, saranno così tese alla verifica degli esiti dell'apprendimento e delle competenze, comunque esse siano state maturate, più che al conteggio e alla rendicontazione delle ore trascorse in un'aula o dei corsi ivi svolti.

Lungi dall'essere meccanico e lineare, l'incontro tra formazione e relazioni industriali richiede un nuovo linguaggio che faccia incontrare due mondi tradizionalmente separati. Le *Linee guida* muovono un passo in avanti in questa direzione, cementando un patto sociale che ha le potenzialità per porre le basi di un nuovo modo di concepire, progettare, realizzare le tutele sociali, a partire dall'apprendimento continuo.

2. L'accordo del 17 febbraio 2010 conferma l'impegno che i Paesi europei hanno dimostrato negli investimenti in formazione, competenze, capitale umano, anche nella fase di recessione del ciclo economico del 2009. Dalle indagini della agenzia europea per la formazione (Cedefop) emerge che molti degli Stati membri hanno agganciato ai tradizionali sistemi di protezione del reddito, laddove presenti, misure e politiche per la formazione, soprattutto se

realizzata in contesti lavorativi, in stretto legame con i settori e i territori. Questi due livelli – territoriale e settoriale – sono peraltro gli stessi che l'accordo del febbraio 2010 indica per una attenta anticipazione e previsione dei fabbisogni professionali, espressi in termini di competenze. Le analisi europee, come fa la stessa intesa italiana, pongono l'accento sull'importanza delle competenze, sia trasversali che tecnico-professionali, e ancor di più sulla capacità di combinare conoscenze, abilità, *skills* diversi, secondo le richieste del mercato.

Le indicazioni strategiche del c.d. "Patto per la formazione", seppur con riferimento al solo anno 2010, sintetizzano le principali linee di progettualità e riforma per una nuova concezione di "formazione", così come identificata nei documenti europei e nelle migliori esperienze comparate a livello internazionale.

Gli esperti incaricati dalla Commissione di tracciare la strategia europea per la crescita e l'occupazione del prossimo decennio (*New skills for new jobs. Action now*) sollecitano gli Stati membri a lavorare in vista di una sostanziale integrazione tra il mondo della istruzione e formazione e il mercato del lavoro, garantendo preparazione e qualificazione della forza lavoro al cambiamento dei lavori tradizionali e alle richieste di quelli nuovi. Accogliendo questo messaggio, le *Linee guida* italiane incoraggiano l'ampliamento della gamma di strumenti formativi e le opzioni contrattuali già esistenti nel quadro normativo nazionale, come l'apprendistato o il contratto di inserimento per gli *over 50*, e promuovono il riconoscimento della pluralità delle occasioni di apprendimento, tra cui, soprattutto, il lavoro nel contesto aziendale. L'intero corpo normativo pensato dal legislatore italiano pone le sue basi su un nuovo concetto di "formazione", moderno e dinamico.

Una formazione, quindi, pensata in vista «dei fabbisogni professionali dei settori e delle imprese e tenendo conto della occupabilità e della inclusione sociale delle persone con particolare attenzione alle fasce deboli del mercato del lavoro» (*Premessa delle Linee guida per la formazione 2010*). Una formazione così concepita deve certamente focalizzare il suo obiettivo sulle competenze, ossia su quanto il lavoratore sa e sa fare, su quello che è il risultato concreto del suo percorso di apprendimento, nonché sugli *skills* effettivamente richiesti dal mercato del lavoro.

Per realizzare questa idea di formazione sono centrali il rilancio e la valorizzazione del ruolo sussidiario delle organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, degli enti bilaterali, ma anche delle agenzie per il lavoro e dei consulenti del lavoro quali "sensori" e attori ideali in grado di indirizzare al meglio gli investimenti formativi: mirare ai soggetti che il mercato del lavoro più facilmente esclude, conoscere la domanda di competenze da parte dei tessuti produttivi sul territorio, monitorare lo svolgersi della formazione all'interno dei contesti lavorativi. Solo il dialogo tra questi attori può davvero mettere in relazione le maglie di due mondi che sono nei fatti distanti e differenti, quali il sistema educativo e formativo da un lato e il mercato del lavoro

dall'altro. Incrementare i momenti di incontro tra i rappresentanti delle istituzioni coinvolte in queste dinamiche di transizione, potrebbe migliorare l'efficienza realizzata e l'eco che i singoli sistemi avranno sulla riuscita di un *placement* maturo.

I cinque ambiti di intervento individuati dalle *Linee guida* pongono al centro della loro azione l'*employability*, vale a dire l'idoneità a svolgere un determinato lavoro ovvero il possesso di competenze specifiche – il saper fare – di capacità relazionali, di esperienze concrete maturate sul campo.

Allo scopo, appunto, di incrementare questa idoneità al lavoro, il Patto sottolinea l'importanza strategica di una fotografia dei fabbisogni formativi del territorio e dei vari settori: per prepararsi infatti a determinate competenze e figure professionali è necessario conoscere quelle più richieste e ricercate, in un'ottica di *matching* tra domanda e offerta. Anche in questo caso, come l'analisi comparata insegna (vedi modello tedesco), solo una rete fluida e trasparente tra i soggetti coinvolti – Regioni, parti sociali, fondi interprofessionali, agenzie del lavoro – può rendere possibile, in un'ottica di sussidiarietà e di ottimizzazione delle risorse, la raccolta di informazioni sui mestieri e sulle competenze.

Il secondo punto condiviso dalle parti firmatarie del Patto riguarda l'impiego del metodo di apprendimento per "competenze". Tecnicamente si abbandona l'approccio disciplinare a favore di una nuova metodologia volta a realizzare un sistema nazionale di competenze in grado di garantire ai cittadini una occupabilità basata sugli *skills* acquisiti nel proprio percorso, indipendentemente dalle modalità di apprendimento. In un contesto moderno, che presuppone l'apprendimento durante il corso della vita come componente stabile e dinamica e richiede, contestualmente, trasparenza e fluidità del collegamento e incontro tra sistema formativo e mondo produttivo, diventa necessario individuare e convalidare l'apprendimento non formale e informale (si legga in tal senso P. WERQUIN, *Recognition of Non-Formal and Informal Learning: Country Practices*, OECD, febbraio 2010). Queste operazioni di validazione, infatti, mirano a rendere visibile e a valutare l'insieme completo di conoscenze e competenze di un individuo, indipendentemente dai luoghi o dalle modalità attraverso cui queste siano state acquisite. Nella medesima ottica il libretto formativo – ex art. 2, comma 1, lett. i, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 – è riconosciuto, come era nelle intenzioni del legislatore, lo strumento di "registrazione partecipata" delle diverse esperienze di apprendimento dei lavoratori e delle competenze da essi comunque acquisite. I processi di validazione degli apprendimenti non formali non delegittimano i percorsi di istruzione e formazione tradizionalmente intesi piegandoli alle logiche del mercato del lavoro e dell'occupazione, come da più parti si sostiene, ma operano nell'inversa direzione di qualificare l'alternanza, la pratica professionale e la cultura dell'apprendimento continuo.

Inoltre le informazioni sui fabbisogni di competenze, rilevati sul e dal territorio, saranno condivise con istituti tecnici e professionali, enti di formazione e

associazioni di settore, al fine di orientare coerentemente l'offerta formativa anche nel medio e lungo periodo. La predisposizione di percorsi riconosciuti di apprendimento e di competenze certificabili – pur se non acquisite attraverso itinerari “classici” – è infatti un modo per definire aprioristicamente il *set* di competenze che sono necessarie per svolgere un determinato lavoro e orientare quindi l'apprendimento.

In armonia con quanto detto, il rilancio del contratto di apprendistato ha il medesimo obiettivo di coniugare formazione e lavoro per garantire un percorso di crescita professionale ai giovani apprendisti.

Le strategie contenute nel Patto 2010, tuttavia, non sono indirizzate solo ai giovani in cerca di prima occupazione, ma contemperano innanzitutto l'ampliamento e la diversificazione delle azioni formative a favore degli inoccupati attraverso la promozione di tirocini di inserimento, corsi di istruzione e formazione tecnica superiore (IFTS), contratti di apprendistato e, in generale, promuovendo l'apprendimento nell'impresa. Inoltre viene promossa una piena valorizzazione di percorsi di formazione degli adulti in un'ottica di *lifelong learning*, ad esempio attraverso accordi di formazione-lavoro per il rientro anticipato dei cassaintegrati, ma anche attraverso il rilancio del contratto di inserimento per gli *over 50*, oltre che per i giovani e per le donne.

Un'altra importante novità è la possibilità di utilizzare le risorse dei fondi interprofessionali per la formazione continua per finanziare la formazione di lavoratori in mobilità nel corso del 2010 e per quelli in mobilità che vengano assunti nel 2010, con il vincolo che l'azienda a cui il lavoratore apparteneva sia iscritta ai fondi interprofessionali. Sulla scia inoltre dei Centre et Points Information Conseil (PIC) francesi, gli enti bilaterali e i servizi competenti al lavoro, pubblici e privati, autorizzati e accreditati, saranno chiamati a creare punti di informazione e orientamento a cui i lavoratori di tutte le età possano rivolgersi in vista del loro reinserimento nel mercato del lavoro. La formazione, tirocini compresi, sarà organizzata nei luoghi produttivi o in quelli che effettivamente li riproducano, anche valorizzando l'esperienza dei lavoratori innativi che potranno impiegarsi come tutori in attività formative tecnico-professionali.

Un aspetto importante, richiamato dalle azioni contenute nel Patto e sul quale vale la pena focalizzare l'attenzione, è il ruolo dei percorsi di orientamento, valido strumento nella gestione delle transizioni, tra cui quella dalla scuola al lavoro. Il concetto di orientamento, infatti, secondo la letteratura più accreditata, presenta una duplice sfumatura etimologica per cui può essere definito non solo come lo strumento, ma anche come l'esito dell'azione formativa. Il processo a cui si fa riferimento è perciò sia interno alla propria individualità soggettiva, come un percorso conoscitivo delle proprie propensioni e capacità, sia attinente alla necessità di relazionarsi con l'ambiente e con i gruppi che in esso dinamicamente interagiscono. La concezione di base sui cui storicamente si fondano le teorie e le pratiche dell'orientamento riconosce importanza e valore alla relazione tra persona e contesto. È evidente allora come anche queste

azioni contenute nel Patto per la formazione siano un modo per stabilire forti e costanti legami tra gli individui e il tessuto produttivo, tra le scelte dei singoli e le richieste del mercato, tra il soggetto in cerca di lavoro e il lavoro che presumibilmente potrà svolgere.

Certamente le competenze acquisite e possedute, anche attraverso lo studio delle richieste del mercato e dei fabbisogni delle aziende, necessitano anche di essere valutate, riconosciute e certificate, al fine di essere tra loro comparabili e di rendere più trasparente, dinamico ed efficiente l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, o la ricerca di eventuali attività formative coerenti con le necessità di lavoratori e imprese. Le parti firmatarie del Patto, infatti, si propongono di sperimentare, nel corso del 2010, «un sistema di accreditamento su base regionale e secondo standard omogenei condivisi a livello nazionale di “valutatori/certificatori” valorizzando il ruolo delle parti sociali e dei loro organismi bilaterali». Peraltro le *Linee guida* contenute nel Patto prevedono di convergere nell'arco del primo semestre del 2011 a un “sistema nazionale di standard professionali”, considerando anche l'ipotesi di rivedere il sistema di accreditamento delle strutture formative nel rispetto degli ambiti del d.m. n. 166/2001. A questo proposito, qualche perplessità nel testo solleva invece il richiamo agli standard professionali nazionali: uno strumento a lungo dibattuto e su cui mai il nostro Paese è riuscito a elaborare progetti adeguati e attendibili, anche perché spesso tale impostazione ha richiamato una visione pubblicistica della formazione, lontana dalle reali esigenze del mercato del lavoro e delle relazioni industriali.

È indubbio che tutte le azioni sopra descritte abbiano un forte legame con il periodo di recessione economica dal quale tutte le economie, compresa quella italiana, stanno provando a uscire. Tuttavia è importante sottolineare come il complesso delle strategie in attesa di adozione pongano al centro del proprio piano di azione la formazione, le competenze e l'apprendimento costante, certamente gli strumenti più moderni, innovativi e maggiormente resistenti alle insidie del tempo per una occupabilità diffusa, matura e continua.

Eliana Bellezza
Ricercatore Adapt

Lisa Rustico
Assegnista di ricerca
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Privacy

4.1. Interpello 1° marzo 2010, n. 2 (Confindustria) (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 20).

Moderne soluzioni di registrazione audio-visiva: ambito di applicazione e limiti dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori

Sommario: 1. Inquadramento della questione. – 2. Tutele apprestate dall'impresa di telecomunicazioni per la privacy di lavoratori e clienti. – 3. Orientamenti giurisprudenziali.

1. Con nota del 1° marzo 2010, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha risposto ad una istanza di interpello avanzata da Confindustria in merito alla applicabilità dell'art. 4, l. n. 300/1970, alla fattispecie di installazione, da parte di una impresa di telecomunicazioni, di un sistema di controllo in grado di effettuare registrazioni audio di chiamate in uscita ed in entrata.

L'istante, in particolare, voleva avere la certezza riguardo al fatto che le tutele apprestate dall'impresa, a garanzia del rispetto della privacy dei lavoratori e dei clienti della stessa, fossero sufficienti ad escludere una qualsivoglia responsabilità in ordine al mancato accordo con le rappresentanze sindacali aziendali che, ai sensi dell'art. 4 Stat. lav., è condizione di legittimità nei casi in cui l'installazione di impianti e di apparecchiature di controllo richiesti da esigenze produttive, organizzative, o necessari ai fini della sicurezza sul lavoro, sia tale, però, da rendere possibile, al tempo stesso, un controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Relativamente al caso di specie, con il sistema di controllo adottato, l'impresa di telecomunicazioni si prefiggeva l'obiettivo di rilevare eventuali criticità del servizio reso, ovvero esigenze od osservazioni dei clienti consentendo, in tal modo, un'apertura a spazi di miglioramento del servizio stesso. La finalità, altresì, era quella di individuare la necessità o meno di interventi formativi, su tematiche mirate, a favore degli operatori telefonici eroganti il servizio. Si tratterebbe, in buona sostanza, di un sistema finalizzato al monitoraggio a campione della qualità dei processi e dei servizi di assistenza alla clientela.

La questione è particolarmente delicata, andando essa a lambire principi costituzionalmente garantiti, quali sono la libertà e la dignità della persona, i cui effetti, come noto, trovano esplicazione non soltanto nell'ambiente di vita, ma anche in quello di lavoro.

La potenziale lesione di tali diritti, e la conseguente applicazione della normativa in esame, tuttavia, presuppone che il controllo a distanza per mezzo dei menzionati impianti od apparecchiature sia concretamente ed effettivamente possibile in relazione non alla generalità dei dipendenti, bensì nei confronti del lavoratore singolarmente individuato. Un sistema di controllo, che non

consenta di ricondurre una determinata condotta ad uno specifico agente, non può dirsi suscettibile di arrecare lesione alcuna alla libertà e dignità del lavoratore. Pertanto, a fronte della predisposizione da parte dell'impresa di adeguati ed efficaci accorgimenti idonei ad impedire, agli stessi addetti al monitoraggio, di risalire all'identità del singolo dipendente, non v'è ragione di porre restrizioni all'azienda che intenda svolgere indagini utili a conseguire una più elevata efficienza ed una maggiore produttività.

2. L'analisi che, dunque, si è resa necessaria per fornire all'interpellante una risposta all'avanzata istanza non può che aver preso le mosse dall'individuazione e valutazione delle cautele adottate dall'impresa di telecomunicazioni affinché fosse garantito il più assoluto rispetto della privacy dal punto di vista tanto del lavoratore, quanto del cliente. Si pensi, in primo luogo, all'accorgimento volto a criptare, in fase di registrazione, le voci dei clienti e degli operatori: ciò li rende non riconoscibili e non riconducibili alle loro rispettive identità personali. O a quello di cancellare i primi istanti della conversazione, con conseguente impossibilità di ascoltare il nome dell'operatore. Così, non rimanendo tracciati né il nome dell'operatore, né alcun altro dato che possa condurre alla sua identificazione, risulta preclusa la possibilità di effettuare ricerche volte ad individuare il lavoratore che ha gestito la chiamata. L'accesso ai dati registrati, inoltre, è rigorosamente limitato ai soggetti autorizzati rispetto alle finalità di monitoraggio. Ultimo, ma non per importanza, l'accorgimento secondo cui, prima della conversazione, il cliente debba essere avvisato circa la possibilità che la chiamata venga registrata per fini di controllo-qualità.

Poiché, quindi, alla luce delle esposte cautele, nessuno dei dati emersi dal monitoraggio potrà essere utilizzato per scopi valutativi o disciplinari nei confronti dei singoli operatori, la norma di cui all'art. 4, l. n. 300/1970, non sembrerebbe trovare applicazione nel caso di specie.

È questa la conclusione cui giunge la Direzione generale per l'attività ispettiva presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Una simile posizione, peraltro, era già stata assunta in occasione della risposta ad interpello 6 giugno 2006 (prot. n. 25/I/0000218), laddove si era esclusa la possibilità di un controllo dell'attività del lavoratore «nel caso in cui vi sia un sistema in grado di registrare l'apparecchio ed il numero della postazione dalla quale è effettuata la chiamata, ma comunque sussista una rotazione del personale che usufruisce della postazione stessa, così da impedire una diretta ed inequivocabile correlazione tra l'apparecchio dal quale sono effettuate le chiamate ed il lavoratore».

3. La giurisprudenza conferma la soluzione cui è pervenuto il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Essa è infatti granitica nel ritenere sanzionabile, ai sensi dell'art. 4 Stat. lav., soltanto quelle condotte datoriali le quali, attraverso l'utilizzo di apparecchiature audiovisive, si risolvano in un illegittimo, in quanto non autorizzato, controllo a distanza dell'attività dei singoli lavoratori.

È quanto emerge, ad esempio, dalla sentenza con la quale la Corte di Cassazione ha affermato che «in tema di divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, previsto dall'art. 4 legge n. 300 del 1970, la rilevazione dei dati di entrata ed uscita dall'azienda mediante un'apparecchiatura di controllo predisposta dal datore di lavoro per il vantaggio dei dipendenti – nella specie, un congegno di sicurezza predisposto nel locale garage ove posteggiare le autovetture dei dipendenti durante l'orario di lavoro, attivabile mediante un tesserino personale assegnato a ciascun dipendente con il quale venivano attivati anche gli ingressi agli uffici – ma utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall'ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull'orario di lavoro e in un accertamento sul “quantum” della prestazione, rientrando nella fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970» (Cass. 17 luglio 2007, n. 15892). Nella citata sentenza, non v'è dubbio che la riconducibilità del tesserino al singolo dipendente si traduca nella possibilità, per il datore, di operare un controllo effettivo sui singoli lavoratori, a prescindere da qualsivoglia accordo con le rappresentanze sindacali aziendali.

Nel caso di specie, invece, a fronte della descritta accuratezza nella predisposizione di apposite misure per la tutela della privacy, non risulta possibile, mediante l'utilizzo del sistema di registrazione audio di chiamate in entrata ed uscita, risalire all'identità del dipendente o dei clienti coinvolti nella conversazione oggetto di registrazione.

Poiché il solo scopo che l'impresa di telecomunicazioni ha inteso perseguire con l'installazione del suddetto impianto risiede nella volontà di permettere la ricerca di spazi di miglioramento del servizio offerto ai clienti, non appare davvero sostenibile che un simile sistema di controllo e monitoraggio possa ritenersi rientrante nella sfera di applicabilità dell'art. 4 Stat. lav. Come premesso, la *ratio* di tale norma va rinvenuta nella tutela della libertà e della dignità dei lavoratori: ne deriva che la rilevanza penale del fatto sussiste soltanto quando i meccanismi di registrazione audio installati, per modalità di funzionamento, esponano i dipendenti ad un'effettiva possibilità di controllo da parte del datore di lavoro.

Ulteriore conferma della bontà di quanto sino ad ora sostenuto ed argomentato è possibile rinvenire nella sentenza in cui si legge che «qualora la possibilità di conoscenza – da parte di un'azienda operante nel settore della vigilanza – di quanto accade sul luogo di lavoro mediante l'utilizzo di sistemi di collegamento radio-mobile sia limitato al riscontro della regolarità o meno del servizio notturno e da essa non derivi l'acquisizione di informazioni di altro tipo, la condotta datoriale, denunciata come antisindacale, deve ritenersi non violativa dell'art. 4 st. lav.» (Trib. Campobasso 23 gennaio 2003). Tale sentenza è a riprova della non rilevanza, sotto il profilo penale, della condotta del datore di lavoro il quale, pur senza le autorizzazioni di cui al comma 2 dell'art. 4, l. n.

300/1970, si serva di strumentazioni audiovisive per scopi legittimi, diversi dal mero controllo sullo svolgimento dell'attività lavorativa dei propri dipendenti.

In esito all'analisi circa l'orientamento giurisprudenziale sul punto, pertanto, deve ritenersi che il sistema di monitoraggio, come descritto, esuli dall'ambito di applicazione della norma, per una ragione essenziale: il sistema di cui trattasi non ha lo scopo, né la possibilità, per la tecnica utilizzata, di consentire al datore di lavoro di operare un controllo sull'attività lavorativa dei singoli dipendenti.

Gli impianti audiovisivi, la cui installazione integra la condotta sanzionabile ai sensi dell'art. 4 Stat. lav., in definitiva, sono unicamente quelli che, sebbene necessari a soddisfare esigenze organizzative, produttive, o di sicurezza del lavoro, possano però, al tempo stesso, fungere da strumento di controllo a distanza dei dipendenti. Ciò non avviene nel caso di specie: non v'è spazio, pertanto, per ritenere che la legittimità dell'installazione dei meccanismi di registrazione audio sia da intendersi subordinata al previo accordo con le rappresentanze sindacali, ovvero alla previa autorizzazione dell'ispettorato del lavoro.

In conclusione, nella fattispecie prospettata, non appare ravvisabile alcuna violazione dell'art. 4, l. n. 300/1970: tale articolo, come affermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, «si riferisce esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza e non è applicabile analogicamente, siccome penalmente sanzionato» (Cass. 2 marzo 2002, n. 3039).

Lavinia Serrani

Tirocinante – Ministero del lavoro e delle politiche sociali

5. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

5.1. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (testo coordinato con il decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

La tutela prevenzionistica del lavoro in appalto: ambito di applicazione

Sommario: **1.** Quadro normativo. – **2.** I profili di interrelazione con la normativa penale: la tecnica di redazione della fattispecie. – **3.** Proposta interpretativa del nuovo articolo 26: il limite della disponibilità giuridica dei luoghi di lavoro.

1. L'art. 26, d.lgs. n. 81/2008, modificato dal d.lgs. n. 106/2009, disciplina gli obblighi connessi alla tutela della sicurezza e della salute nelle ipotesi di esecuzione di contratti di appalto, opera e somministrazione, all'interno

dell'azienda, dell'unità produttiva o dell'intero ciclo produttivo del datore di lavoro committente.

Il quadro di tutele delineato dal citato articolo si innesta nel più ampio sistema di garanzie, dirette ed indirette, riconosciute ai lavoratori impiegati nella realizzazione di attività oggetto di esternalizzazione.

Ed invero, l'imprenditore quand'anche disarticoli il ciclo produttivo, avvalendosi di strumenti contrattuali che gli consentano di alleggerire sul piano burocratico-organizzativo la struttura aziendale, contestualmente dislocandone in parte i rischi, è comunque costituito garante dei trattamenti retributivi e previdenziali nonché dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità di tutti coloro che contribuiscono alla realizzazione del programma lavorativo (in giurisprudenza vedi in tal senso, Cass. pen. 12 ottobre 2007, n. 37588).

La garanzia dei diritti retributivi, contributivi ed assicurativi sorge, in linea di principio, contestualmente alla stipula del contratto di appalto, essendo riconosciuta ai lavoratori ed agli enti previdenziali la possibilità di agire, in base al suddetto titolo negoziale, direttamente nei confronti del committente al fine di ottenere il ristoro dei propri crediti.

In materia antinfortunistica, gli obblighi prevenzionistici del committente e le relative responsabilità dipendono, invece, dal verificarsi delle condizioni soggettive ed oggettive indicate dall'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 81/2008.

In particolare, il testo novellato dell'art. 26 disciplina gli obblighi positivi del datore di lavoro committente «in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

Nel determinare il campo di applicazione della norma, il comma 1 del citato articolo supera il criterio della tipologia contrattuale dando rilievo alla modalità sostanziale con cui è attuata la terziarizzazione di lavori, servizi e forniture.

La *ratio* della norma è indubbiamente quella di rafforzare la tutela prevenzionistica dei lavoratori dell'imprenditore affidatario per evitare ogni possibilità di scarico reciproco delle responsabilità fra i datori di lavoro obbligati. Ne consegue che gli obblighi ivi previsti si determinano a prescindere dal *nomen iuris* del contratto concluso dal committente. Conseguentemente sembra potersi affermare che la nozione di appalto ricomprende necessariamente anche le ipotesi di subappalto, di nolo a caldo e di "fornitura e posa in opera" di materiali (tutte accomunate dal requisito dell'impiego necessario di manodopera), nonché le ipotesi di appalto non genuino ovvero di somministrazione vietata atteso che, anche in tali casi, ricorre l'esigenza di tutela sottesa alla norma (in tal senso, P. SOPRANI, *Obblighi di sicurezza negli appalti*, in *DPL*, 2009, n. 40, 2317-2355).

Con riferimento all'ambito oggettivo di operatività, il comma 1 dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, nella sua originaria formulazione, riproduceva l'art. 7,

comma 1, del d.lgs. 626/1994 come novellato dall'art. 1, comma 910, della l. n. 296/2006 (c.d. legge finanziaria 2007).

Al riguardo, si prevedeva che gli obblighi di verifica ed informazione, già in precedenza posti in capo al committente-datore di lavoro che avesse deciso l'affidamento dei lavori all'interno dell'azienda ovvero dell'unità produttiva (secondo quanto previsto dalla prima formulazione dell'art. 7, d.lgs. n. 626/1994), dovessero essere adempiuti anche in caso di affidamento «nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima».

L'applicazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 restava, pertanto, definita in via alternativa da un criterio topografico (lavori interni all'azienda e/o unità produttiva) e da uno funzionale (lavori attinenti al ciclo produttivo) (sul punto si veda P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *LG*, 2007, n. 5, 467 ss.). Ed invero, la circostanza che si trattasse di appalti "interni" diveniva una condizione sufficiente ma non più necessaria, atteso che gli obblighi posti a carico del committente si estendevano anche ai lavori svolti "nell'ambito" dell'intero ciclo produttivo.

In tal senso, la distinzione tra committente, quale soggetto "ospitante", ed impresa o lavoratore autonomo, quali soggetti "ospitati", si ampliava sino a ricomprendere gli appalti di lavori inerenti il ciclo produttivo dell'impresa committente, indipendentemente dal luogo di materiale esecuzione (in tal senso, P. SOPRANI, *Obblighi di sicurezza negli appalti*, cit.).

Dall'incrocio dei due criteri rilevava un eccessivo ampliamento del novero di appalti ricadenti nel precetto. Da un lato, infatti, le problematiche relative alla tracciabilità oggettiva del ciclo produttivo venivano agevolmente superate in ragione dello svolgimento materiale dell'appalto all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva; dall'altro, le ipotesi di svolgimento all'esterno dell'attività venivano ricondotte nell'ambito di operatività del disposto ricollegando l'oggetto dell'appalto al ciclo produttivo.

Tuttavia, mentre nelle ipotesi di appalto endo-aziendale (sia scorporato che promiscuo) è comprensibile e doveroso che il committente cooperi all'attuazione delle misure di prevenzione, non sembra plausibile l'imposizione automatica di un analogo obbligo allorché l'esecuzione avvenga al di fuori della sfera di diretta sorveglianza e di controllo del committente, anche se l'attività svolta sia connessa al ciclo produttivo di quest'ultimo. Argomentando in tal senso, ove, ad esempio, l'attività esternalizzata consista nella prestazione di un servizio diffuso sul territorio, si finirebbe per estendere l'operatività della norma all'intera area economico/geografica entro la quale l'attività stessa è destinata a realizzarsi.

A ciò si aggiunga che la nozione di ciclo produttivo si connota di un rilevante tasso di ambiguità ed incertezza. Ed invero, nell'ambito di un ormai fisiologico ricorso alla terziarizzazione dell'attività produttiva, il ciclo produttivo ha sempre più un carattere convenzionale, discrezionale e mutevole a fronte di un'impresa che restringe e dilata, secondo contingenti strategie e convenienze, le proprie competenze produttive (cfr. per tutti R. DE LUCA TAMAJO, *Meta-*

morfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione, in *RIDL*, 2003, II, 167).

2. La violazione del precetto di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 è punita con le sanzioni stabilite dall'art. 55 dello stesso decreto, che prevede, in tale ipotesi, la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda, anche se in misura diversa in relazione allo specifico obbligo violato.

La scelta di riconoscere tutela penale agli interessi sottesi all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, tenuto conto della loro peculiare rilevanza nell'attuale contesto storico-sociale, implica il necessario raffronto della fattispecie incriminatrice con i principi cardine di rango costituzionale che informano il diritto penale.

In particolare, l'impiego, in funzione selettiva degli appalti e/o contratti d'opera, di un elemento extranormativo della fattispecie di incerta determinazione tecnico-giuridica confligge con il necessario rispetto del principio di tassatività nella formulazione degli elementi costitutivi del precetto.

L'eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 negli appalti extra-aziendali si poneva, pertanto, in distonia con la struttura ed il contenuto degli obblighi prevenzionali imposti dalla disposizione stessa, tenuto conto che trattasi di precetti di natura penale.

Il legislatore ha, infatti, delineato la fattispecie di cui all'art. 26 secondo il modello dei reati di pericolo astratto.

In un'ottica politico-criminale, la scelta di una fattispecie a criminalizzazione anticipata appare giustificata dalla specifica natura dei beni tutelati (salute e sicurezza dei lavoratori) e dalla diffusività del pericolo derivante da complessi processi tecnologici, da attività di cui non sono note le serie causali, da una pluralità di condotte o da attività "seriali" per cui sarebbe gravosa la concreta verifica della specifica attitudine lesiva (in tal senso, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2009, 213-218).

Attraverso tale tecnica di incriminazione, il legislatore intensifica la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori arretrando la soglia della punibilità alla probabilità del verificarsi dell'evento dannoso.

Del resto, subordinando la *potestas puniendi* dello Stato all'effettiva lesione della salute o della sicurezza dei lavoratori, si rinunciarebbe inevitabilmente alla tutela preventiva che tali beni giuridici richiedono (con riferimento alle ragioni di politica criminale sottese a tale tecnica di incriminazione, A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in U. CURI, G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto Penale Minimo*, Donzelli Editore, Roma, 2002, 35-52).

Il pericolo per la salute e la sicurezza dei lavoratori deve, pertanto, ritenersi insito nella stessa condotta tipizzata dalla norma (omissione degli obblighi positivi di verifica, informazione, coordinamento e promozione), considerata per comune esperienza pericolosa. Di talché, non è necessario accertare in concreto la sussistenza del pericolo, in quanto è presunta *iuris et de iure*. Ed invero, rispetto a tale tipologia di reati, qualsiasi indagine è superflua atteso

che la minaccia al bene tutelato si considera avverata con la realizzazione del fatto tipico.

In tal modo, il legislatore non solo anticipa la soglia di punibilità ma, altresì, considera le condotte tipizzate offensive del bene giuridico tutelato, indipendentemente dal dato storico in cui si realizzano ed escludendo la possibilità di prova contraria o, comunque, invertendone l'onere.

L'indeterminatezza dei limiti interni della norma causava un inaccettabile ampliamento del campo di operatività della stessa, attesa l'impossibilità di individuare in astratto un parametro certo per definirne l'ambito oggettivo di applicazione ed in concreto essendo preclusa (o estremamente difficoltosa) la verifica della insussistenza di un effettivo pericolo di lesione del bene giuridico tutelato.

Rilevavano, pertanto, ipotesi di distacco tra il momento della tipicità e quello dell'offesa (c.d. scarto tra tipicità ed offesa) ovvero tra il pericolo opinato in astratto ed il pericolo reale, per cui si consideravano antidoverose condotte conformi al tipo ma concretamente inoffensive (sul tema dei reati di pericolo nell'ambito del diritto del lavoro si veda, N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Milano, 2007, VII, 232-240).

Pur condividendo l'intento del legislatore, volto a responsabilizzare il committente in materia di sicurezza sul lavoro nell'ambito dei processi di decentramento produttivo, non vi è dubbio che, nella originaria formulazione, l'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, attesa la sua incontrollabile vis espansiva, rischiava di consentire applicazioni contrastanti con il principio di legalità e di personalità della responsabilità penale, in violazione degli artt. 25 e 27 Cost.

La prassi applicativa celava parzialmente le problematiche evidenziate, attesa la facoltà per il trasgressore di poter accedere alle procedure di estinzione del reato previste dall'art. 301 del d.lgs. n. 81/2008 ovvero dall'art. 162 c.p., avendo l'illecito in esame natura contravvenzionale.

Tuttavia, a medesime conclusioni si perveniva anche quando il precetto di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 era impiegato quale parametro di valutazione della condotta del committente, sotto il profilo della *culpa in eligendo*, nelle ipotesi di sinistro occorso ad un lavoratore dell'appaltatore.

In tale ipotesi, l'esistenza in capo al committente di obblighi positivi di verifica (nonché di informazione, cooperazione e coordinazione) connota in termini di "inadempimento" il loro omesso o insufficiente espletamento, con conseguente responsabilità "per fatto proprio" degli eventi lesivi che ne derivino, anche se gli stessi siano materialmente riferibili alla condotta dell'appaltatore. Il committente risponde dell'evento dannoso a titolo di colpa specifica, avendo tenuto una condotta in violazione di una norma a contenuto cautelare.

Nell'accertamento della colpa specifica non deve aversi riguardo alla prevedibilità e prevenibilità dell'evento, in quanto tale valutazione è già effettuata dal legislatore. Il coefficiente psicologico effettivo viene sostituito da un coefficiente psicologico presunto sulla base di una valutazione *ex ante* astrattamente

fatta dal legislatore, in ordine alla prevedibilità dei risultati offensivi possibili in relazione alla violazione di specifiche norme cautelari. Sarà pertanto sufficiente, ai fini del giudizio di colpevolezza, accertare la violazione della regola espressamente formalizzata.

È evidente, alla luce delle suesposte considerazioni, che un eccessivo ampliamento dell'ambito di applicazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 innescava automatismi nell'accertamento della responsabilità del committente, per cui a costui era addebitato l'evento lesivo al suo verificarsi, senza possibilità di valutarne in concreto la colpevolezza. Si avallavano, in tal modo, meccanismi di imputazione della responsabilità contigui a quelli della responsabilità oggettiva, con conseguenti problemi di compatibilità con i succitati principi costituzionali (sul labile confine tra colpa specifica e responsabilità oggettiva si veda, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2009, 323-351; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009, 568-574).

3. Il legislatore, preso atto dell'imperfezione del previgente sistema normativo, è intervenuto con il d.lgs. n. 106/2009, precisando che la disciplina di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 può trovare applicazione solo allorché il committente abbia anche la «disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo».

Ai fini della operatività del disposto di cui all'art. 26 si prevede, pertanto, che le attività appaltate non solo debbano risultare necessarie alla realizzazione del ciclo produttivo dell'opera o del servizio (ovvero non siano semplicemente preparatorie o complementari all'attività produttiva in senso stretto), ma altresì che debbano svolgersi in locali non sottratti alla giuridica disponibilità del committente (per un primo commento sulla riforma dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 si veda, I. MARIMPIETRI, *Appalto e sicurezza: le criticità del nuovo regime introdotte dal Dlgs n. 106/09*, in *GLav*, 2009, n. 42, 27-31, nonché J. TSCHÖLL, *Committenti e appaltatori*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il testo unico della sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/09)*, Giuffrè, Milano, 2009, 295-310).

Per disponibilità giuridica deve intendersi la possibilità da parte dell'appaltante di poter legittimamente esercitare poteri e diritti sui luoghi ove si svolge l'attività dell'appaltatore (vedi per un diverso orientamento P. SOPRANI, *Il sistema degli appalti tra Testo Unico e decreto correttivo*, in *ISL*, 2009, n. 9, 477-483, che considera "improprio" l'innesto del suddetto parametro in quanto in ambito penalistico ciò che rileva è la disponibilità materiale dei luoghi che si estrinseca nell'effettivo esercizio di poteri gestionali, indipendentemente dalla esistenza di un titolo giuridico corrispondente).

Negli appalti extra-aziendali, il riconoscimento in capo a quest'ultimo degli obblighi positivi di verifica, informazione, cooperazione e coordinazione è, pertanto, subordinato all'esercizio da parte dello stesso di poteri gestionali che abbiano corrispondenza in uno specifico titolo giuridico.

Deve, pertanto, indagarsi sulla natura giuridica della relazione tra il soggetto committente ed il luogo di esecuzione dei lavori appaltati, al fine di evidenziare i poteri che possono essere esercitati. Il committente dovrà essere titolare di un diritto reale ovvero disporre dei luoghi di lavoro in virtù di un titolo negoziale. In via esemplificativa, rilevano i casi in cui il committente sia titolare del diritto di proprietà sui luoghi cui si svolge l'appalto ovvero di possesso a seguito di usufrutto, uso, locazione, comodato di beni immobili, concessione amministrativa.

Esclusivamente in tali ipotesi, quest'ultimo potrà assolvere legittimamente (ovvero senza assumere la qualifica di datore di lavoro di fatto) agli adempimenti antinfortunistici previsti dalla legge e, in difetto, essere ritenuto responsabile degli eventi lesivi occorsi ai lavoratori dell'appaltatore, ove attengano alla sfera di ingerenza necessaria *ex lege*.

La novella legislativa ha il pregio di restringere il campo di applicazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, riportandone la portata sanzionatoria entro limiti certi (potendosi già in astratto selezionare le esternalizzazioni oggetto degli obblighi di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008) e, soprattutto, compatibili con i principi cardine del diritto penale.

Amerigo Splendori

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Licenziamento collettivo

- *ambito di applicazione e gruppi di imprese (1.1.)*

Orario di lavoro

- *ferie (2.1.)*

Pari opportunità

- *politiche di genere: prospettive (3.1.)*

Relazioni industriali

- *quadro europeo (4.1.)*

*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. Licenziamento collettivo

1.1. C. Giust. 10 settembre 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e altri c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, causa C-44/08 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 25).

Licenziamento collettivo - Procedimento pregiudiziale - Direttiva 98/59/CE - Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi - Art. 2 - Tutela dei lavoratori - Informazione e consultazione dei lavoratori - Gruppo d'impresa - Società controllante - Società controllata.

L'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 20 luglio 1998, n. 98/59/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, deve essere interpretato nel senso che l'adozione, nell'ambito di un gruppo di imprese, di decisioni strategiche o di modifiche di attività che costringono il datore di lavoro a prevedere o progettare licenziamenti collettivi fa sorgere per tale datore di lavoro un obbligo di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori. L'insorgenza dell'obbligo del datore di lavoro di avviare le consultazioni sui licenziamenti collettivi previsti prescinde dalla circostanza che il medesimo sia già in grado di fornire ai rappresentanti dei lavoratori tutte le informazioni richieste dall'art. 2, n. 3, comma 1, lett. b, della direttiva 98/59.

L'art. 2, n. 1, della direttiva 98/59, in combinato disposto con l'art. 2, n. 4, comma 1, della stessa direttiva, deve essere interpretato nel senso che, nel caso di un gruppo di imprese composto da una società controllante e da una o più controllate, l'obbligo di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori sorge in capo alla controllata che ha la qualità di datore di lavoro soltanto quando tale controllata, nell'ambito della quale possono essere effettuati licenziamenti collettivi, è stata individuata.

L'art. 2, n. 1, della direttiva 98/59, in combinato disposto con l'art. 2, n. 4, della medesima, deve essere interpretato nel senso che, nel caso di un gruppo di imprese, la procedura di consultazione deve essere conclusa dalla controllata interessata dai licenziamenti collettivi prima che detta controllata, eventualmente su istruzione diretta della sua società controllante, risolva i contratti dei lavoratori interessati da tali licenziamenti.

Gruppi di imprese e licenziamenti collettivi: le precisazioni della Corte di giustizia

Sommario: **1.** Premessa: l'importanza della sentenza *AEK* nell'ambito degli orientamenti della Corte. – **2.** Le questioni affrontate. – **3.** La *ratio* dell'intervento della Corte. Una questione non esaminata: gli effetti sull'ordinamento interno.

1. Il Consiglio dell'UE, nel 1992, com'è noto, emanava una nuova direttiva in tema di licenziamenti collettivi richiamando la Carta comunitaria dei diritti

sociali fondamentali dei lavoratori, dove, tra l'altro, era previsto che «la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea» (primo considerando).

Nell'ambito della direttiva di seconda generazione, una delle innovazioni più significative è stata, certamente, la disciplina che riguardava i *complessi aziendali che abbiano diverse sedi collocate in più Stati membri*.

A questo proposito, il legislatore comunitario, con la formulazione di un nuovo quarto comma, prevedeva che «gli obblighi di cui ai paragrafi 1, 2 e 3 sono applicabili indipendentemente dal fatto che le decisioni riguardanti i licenziamenti collettivi siano prese dal datore di lavoro o da una impresa che lo controlli».

Al paragrafo successivo si aggiungeva che «nell'esame delle pretese violazioni degli obblighi di informazione, consultazione e notifica previsti nella presente direttiva, non si deve tener conto dei mezzi di difesa del datore di lavoro basati sul fatto che l'impresa che ha preso la decisione determinante il licenziamento collettivo non gli ha trasmesso le informazioni necessarie».

Lo scopo principale della direttiva era quello, come si legge nelle osservazioni del Comitato economico e sociale (in *GUCE*, 30 marzo 1992, C 79/13), di «assicurare che le procedure d'informazione e di consultazione per i licenziamenti collettivi [...] vengano applicate anche alle imprese che effettuano licenziamenti collettivi su proposta o decisione presa dall'impresa che esercita il controllo o dall'amministrazione centrale di un'impresa con più stabilimenti. La questione riveste una particolare importanza» considerato «il numero crescente di fusioni di acquisizioni, ristrutturazioni societarie di natura transnazionale» (sul tema si veda G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, interinale*, Franco Angeli, Milano, 1995, 264).

Commentando l'innovazione, Marco Biagi scriveva: «Dunque se un datore di lavoro violerà le norme previste dalla direttiva non potrà in alcun modo addurre a giustificazione il fatto che il centro decisionale, situato all'estero, in un diverso Stato membro, o comunque ad un livello superiore, non lo abbia informato in tempo debito. La nuova disposizione implicitamente dichiara tutto ciò una questione interna al gruppo societario od alla multinazionale, imputando comunque l'eventuale mancato rispetto degli obblighi al datore di lavoro immediato. Non si configurano pertanto doveri di sorta a carico delle imprese controllanti in quanto tali, evitandosi in tal modo il problema dell'extraterritorialità per quanto riguarda le legislazioni nazionali in materia. Di converso i rappresentanti dei lavoratori non hanno diritto di pretendere l'avvio di una procedura di consultazione con l'amministrazione centrale dell'impresa o con la direzione controllante, con la correlativa esclusione del sistema cd. *bypass*» (M. BIAGI, *Vecchie e nuove regole in tema di licenziamenti collettivi: spunti comunitari e comparati*, in *q. Rivista*, 1992, n. 2, 154; sul tema si veda R. COSIO, *L'evoluzione del diritto comunitario*, in A. CAIA-

FA, R. COSIO (a cura di), *Diritto europeo: crisi d'impresa e sorte dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008, 8).

Parole profetiche, lette a quasi vent'anni di distanza, che trovano puntuale riscontro nella sentenza in commento.

L'importanza della sentenza è indubbia.

«Il presente procedimento», scrive l'avvocato generale Mengozzi, nelle sue conclusioni presentate il 22 aprile del 2009, «fornisce alla Corte, *per la prima volta*, la possibilità di chiarire la portata dell'obbligo di consultazione previsto dalla direttiva 98/59, nel caso di un gruppo di imprese, quando la decisione di separare o chiudere un'impresa venga adottata dal consiglio di amministrazione della società madre della medesima impresa» (corsivo dell'Autore).

Ma l'affermazione dell'avvocato generale va relativizzata.

In realtà, la Corte, pur se in altri contesti e con diverse angolazioni, aveva già affrontato il tema del rapporto tra gruppi d'impresa e licenziamenti collettivi. Infatti, nella sentenza *Rockfon* (C. Giust. 7 dicembre 1995, causa C-449/93, in *Racc.*, I-4291, e per un commento si veda R. SCHIAVONE, *Licenziamenti collettivi nei paesi Ce*, in *DPL*, 2009, n. 15, 903), si trovava a dare una risposta a due quesiti in relazione alla direttiva di prima generazione (direttiva 75/129/CEE). In particolare, veniva chiesto alla Corte: a) se l'art. 1, n. 1, lett. a, della direttiva impedisse che due o più imprese facenti parte di un gruppo istituissero un ufficio comune per l'assunzione o il licenziamento, sicché i licenziamenti in una delle imprese potessero essere effettuati solo con il beneplacito di detto ufficio; b) in secondo luogo, si chiedeva se si dovesse interpretare il termine "stabilimento" di cui all'art. 1, n. 1, lett. a, della direttiva nel senso che designava tutte le imprese che si fossero avvalse di detto ufficio di assunzione o di licenziamento o se, invece, ciascuna impresa nella quale lavorano normalmente i dipendenti colpiti da licenziamento andasse qualificata come "stabilimento".

Nella fattispecie, la società *Rockfon* sosteneva di non essere uno "stabilimento" ai sensi della direttiva, in quanto non disponeva di una direzione in grado di operare autonomamente licenziamenti collettivi.

La Corte replicava sostenendo (punto 30) che «un'interpretazione di detta nozione nel senso caldeggiato dalla *Rockfon* consentirebbe a società appartenenti allo stesso gruppo di cercare, conferendo la competenza di licenziare ad un organo decisionale distinto, di rendere più difficile il loro assoggettamento alla direttiva. Tramite questo espediente», precisava la Corte, «riuscirebbero ad eludere l'obbligo di osservare talune procedure a tutela dei lavoratori e notevoli gruppi di lavoratori potrebbero vedersi precluso il diritto di essere informati e ascoltati, che invece costituisce una regola sancita dalla direttiva. *Sif-fatta interpretazione appare dunque incompatibile con la finalità della direttiva*» (corsivo dell'Autore).

Affermazione estremamente importante in un contesto, è bene ricordarlo, in cui la direttiva non prevedeva una disciplina specifica in tema di gruppi di imprese.

Ma non basta.

La Corte, con riferimento alla direttiva 94/45/CE del 22 settembre 1994 (sul tema si veda M.G. GAROFALO, P. CHIECO, *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, 23, e, da ultimo, A. LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 403-404), ha precisato che:

– «impone ad un'impresa che fa parte di un gruppo di imprese l'obbligo di fornire agli organi interni di rappresentanza dei lavoratori informazioni, anche qualora non sia stato ancora accertato che vi sia un'impresa che esercita il controllo interno di un gruppo di imprese» (la sentenza è edita in *Racc.*, I-2579, e in *FI*, 2001, IV, 307; per un commento si veda F. GUARRIELLO, *La "prima volta" della direttiva sui CAE (n. 94/45/CE) davanti alla Corte di giustizia: Bofrost o della latitudine dei diritti di informazione riconosciuti alle rappresentanze dei lavoratori ai fini della costituzione del Comitato aziendale europeo*, in *DL*, 2001, n. 2-3, 130);

– «deve essere interpretata nel senso che: a) qualora la direzione centrale di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie non sia situata in uno Stato membro, la responsabilità di quest'ultima di fornire ai rappresentanti dei lavoratori le informazioni indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un comitato aziendale europeo incombe alla direzione centrale presunta; b) qualora la stessa direzione centrale non metta a disposizione della direzione centrale presunta talune informazioni, ai fini della costituzione di un comitato aziendale europeo, quest'ultima, per potere adempiere il suo obbligo d'informazione dei detti rappresentanti, è tenuta a chiedere alle altre imprese del gruppo situate negli Stati membri, ed ha il diritto di ricevere da esse, le informazioni indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un siffatto comitato; c) le direzioni delle altre imprese del gruppo situate negli Stati membri hanno l'obbligo di fornire alla direzione centrale presunta le dette informazioni da esse possedute o che esse sono in grado di ottenere; d) gli Stati membri interessati garantiscono che le dette direzioni forniscano tali informazioni alla direzione centrale presunta» (sentenza 13 gennaio 2004, *Kühne & Nagel*, causa C-440/00, in *Racc.*, I-787, e in *MGL*, 2004, 218, con nota di S. MARETTI);

– «deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti ad imporre all'impresa stabilita nel loro territorio, e che costituisce la direzione centrale di un gruppo di imprese di dimensioni comunitarie [...] l'obbligo di fornire a un'altra impresa dello stesso gruppo stabilita in un altro Stato membro le informazioni richieste a quest'ultima dai rappresentanti dei suoi lavoratori, quando tali informazioni non sono in possesso di detta altra impresa e sono indispensabili all'avvio delle trattative per l'istituzione di un comitato aziendale europeo» (sentenza 15 luglio 2004, *ADS Anker*, causa C-349/01, in *Racc.*, I-6803; la sentenza è edita anche in *FI*, 2004, IV, 405).

Da ultimo, la Corte nel caso *Junk* (sentenza 27 gennaio 2005, causa C-188/03, in *Racc.*, I-885, e in *FI*, 2005, IV, 186, con nota di R. COSIO), proprio con riferimento alla direttiva 98/59/CE, ha precisato che: a) l'evento qualificabile come licenziamento è rappresentato dalla manifestazione di volontà del datore di lavoro di risolvere il contratto; b) il datore di lavoro ha il diritto di effettuare licenziamenti collettivi dopo la conclusione della procedura di consultazione e dopo la notifica del progetto di licenziamento collettivo.

Affermazioni di grande importanza che troveranno nella sentenza 10 settembre 2009, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry e altri c. Fujitsu Siemens Computers Oy*, causa C-44/08 (in epigrafe) puntuale applicazione nel contesto dei gruppi d'impresa.

Ma esaminiamo, in sintesi, i fatti di causa.

Nel corso di una riunione svoltasi il 7 dicembre 1999, il comitato esecutivo della società controllante decideva di proporre al consiglio di amministrazione il distacco dello stabilimento di Kilo.

Il consiglio di amministrazione, nella riunione del 14 dicembre 1999, decideva di appoggiare tale proposta, senza tuttavia adottare alcuna decisione specifica in merito allo stabilimento di Kilo.

Lo stesso giorno, la società controllata iniziava consultazioni che si protrassero dal 20 dicembre 1999 al 31 gennaio 2000. Il consiglio di amministrazione della società controllata, in data 1° febbraio 2000, decideva di cessare l'attività ad eccezione dell'attività di vendita di computer in Finlandia; di conseguenza licenziava circa 450 dipendenti.

Alcuni lavoratori adirono il Tribunale di primo grado di Espoo, sostenendo che la decisione di ridurre l'attività fosse stata presa, in realtà, «il 14 dicembre 1999 prima che si svolgessero le consultazioni con i dipendenti imposte dalla legge sulla cooperazione».

La società controllata, dal canto suo, sosteneva che durante il consiglio di amministrazione della società controllante non era stata adottata alcuna decisione relativa all'impianto di produzione. I ricorsi furono rigettati, in primo e in secondo grado.

La Corte Suprema finlandese, in data 6 febbraio 2008, decideva di sottoporre alla Corte di giustizia una serie di questioni.

2. La *prima questione* ruota sull'interpretazione dell'espressione: «prevede di effettuare i licenziamenti» al fine di determinare il punto di partenza dell'obbligo di consultazione. Il giudice finlandese, a tal proposito, chiede se il momento in cui sorge tale obbligo sia quello in cui si constata che decisioni strategiche o modifiche dell'attività commerciale dell'impresa *renderanno* necessari i licenziamenti collettivi (e si prevede quindi di adottare le relative decisioni) ovvero quello in cui sono attuate le modifiche la cui conseguenza probabile è la necessità di tali licenziamenti.

La Corte risponde al quesito affermando che l'obbligo di consultazione è «legato all'esistenza di un'*intenzione*, in capo al datore di lavoro, di effettuare licenziamenti collettivi» (punto 39) e sorge quando «il datore di lavoro *preve-*

de di effettuare un licenziamento collettivo o *redige un progetto* di licenziamento collettivo» (punto 41).

Interpretazione supportata dal confronto tra le diverse versioni linguistiche dell'art. 2, n. 1, della direttiva 98/59 (si vedano le Conclusioni dell'avvocato generale, punti 48-49), dal riferimento al "progetto" di licenziamento collettivo, contenuto negli artt. 3 e 4 della direttiva 98/59 e, infine, dal richiamo alla sentenza *Dansk Metalarbejderforbund e Specialarbejderforbundet i Danmark* (sentenza 12 febbraio 1985, causa 284/83, in *Racc.*, 553, punto 17).

La Corte, però, aggiunge che in un contesto quale quello in esame, alla luce della direttiva (che prevede l'obbligo di consultazione anche in situazioni in cui la prospettiva di un licenziamento collettivo non è direttamente la scelta del datore di lavoro) e della sua *ratio* (tendente al rafforzamento della tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi), «la procedura di consultazione deve essere avviata dal datore di lavoro nel momento in cui è stata adottata una decisione strategica o commerciale che lo costringe a *prevedere o a progettare* licenziamenti collettivi» (punto 48) (corsivo dell'Autore).

Un inizio maggiormente anticipato dell'obbligo di consultazione «potrebbe portare a risultati contrari all'obiettivo della direttiva 98/59, come una restrizione della flessibilità delle imprese quanto alla loro ristrutturazione, l'appesantimento di vincoli amministrativi o suscitare inutilmente nei lavoratori inquietudini quanto alla sicurezza del loro impiego» (punto 45), mentre il fatto di vincolare l'insorgenza dell'obbligo di consultazione all'adozione di una decisione strategica che *renda necessari* licenziamenti collettivi di lavoratori «sembra, invece, idoneo a privare parzialmente tale obbligo del suo effetto utile» (punto 47) tendente all'esame di alternative ai licenziamenti collettivi.

La Corte, con la *seconda questione*, chiarisce, poi, «che l'insorgenza dell'obbligo del datore di lavoro di avviare le consultazioni sui licenziamenti collettivi previsti *prescinde* dalla circostanza che il medesimo sia già in grado di fornire ai rappresentanti dei lavoratori tutte le informazioni richieste dall'art. 2, n. 3, primo comma, lett. b) della direttiva 98/59» (punto 55) (corsivo dell'Autore).

Con la *terza e quarta questione* il giudice del rinvio chiede alla Corte se l'obbligo di consultazione, nel caso di gruppo di imprese, sorge quando «o il datore di lavoro o la società capogruppo che controlla quest'ultimo preveda licenziamenti collettivi» e se «l'insorgenza dell'obbligo richieda che la controllata, nell'ambito della quale possono essere effettuati licenziamenti collettivi, sia individuata».

La Corte risponde affermando che la direttiva deve essere interpretata nel senso che «nel caso di un gruppo di imprese composto da una società controllante e da una o più controllate, l'obbligo di consultazione con i rappresentanti dei lavoratori sorge in capo alla controllata che ha la qualità di datore di lavoro soltanto quando tale controllata, nell'ambito della quale possono essere effettuati licenziamenti collettivi, è stata individuata» (punto 65).

Infatti, il solo destinatario degli obblighi di informazione e consultazione è il datore di lavoro, mentre «un'impresa che controlla il datore di lavoro, anche se può adottare decisioni vincolanti nei confronti di quest'ultimo, non ha la qualità di datore di lavoro» (punto 58).

Quanto al momento dell'insorgenza dell'obbligo «è evidente, come osserva il governo finlandese, che le consultazioni con i rappresentanti dei lavoratori possono essere avviate solo se sia nota l'impresa in cui potrebbero esservi licenziamenti» (punto 63).

La Corte, infine, chiarisce, rispondendo alle ultime *due questioni* che «nel caso di un gruppo di imprese, la procedura di consultazione deve essere conclusa dalla controllata interessata dai licenziamenti collettivi prima che detta controllata, eventualmente su istruzione diretta della sua società controllante, risolva i contratti dei lavoratori interessati da tali licenziamenti» (punto 72).

L'affermazione riprende, con gli opportuni adattamenti, quanto già sostenuto nella sentenza *Junk*, laddove la Corte aveva già ritenuto che la risoluzione del contratto di lavoro da parte del datore di lavoro può intervenire solo dopo la conclusione della procedura di informazione e consultazione.

3. La *ratio* dell'intervento della Corte è reso evidente dalle seguenti affermazioni:

– «l'organizzazione della direzione del gruppo d'impresa è un *affare interno* e la direttiva 98/59 non ha lo scopo di ridurre la libertà di un tale gruppo di procedere all'organizzazione delle sue attività nel modo più conforme alle sue esigenze» (punto 59) (corsivo dell'Autore);

– la direttiva 98/59 «garantisce un'armonizzazione solo parziale delle norme a tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi» (punto 60);

– il legislatore comunitario, nell'ambito di questa armonizzazione parziale operata con la direttiva 98/59, ha voluto colmare una lacuna, disponendo che l'obbligo di consultazione si applichi al datore di lavoro indipendentemente dal fatto che la decisione relativa ai licenziamenti collettivi provenga da esso o da impresa che lo controlla (punto 61).

In questo contesto rimane nell'ombra una questione centrale che la Corte non ha risolto.

Benché l'art. 2, n. 4, comma 2, della direttiva non preveda espressamente alcun obbligo incombente alla società madre in materia di informazione, consultazione e notifica, ciò non toglie, come ricorda l'avvocato generale, «che la società madre, qualora adotti la decisione che comporta i licenziamenti collettivi, sia tenuta a fornire le necessarie informazioni al datore di lavoro interessato, sul quale detta società esercita un potere di controllo, affinché esso possa adempiere nei modi richiesti tutti gli obblighi di informazione, consultazione e notifica previsti dalla direttiva 98/59» (punto 40).

La violazione di tale obbligo rileverà solo sul *piano interno* (datore di lavoro-società madre), come sembra ritenere l'avvocato generale (punto 40), o, viceversa, si rifletterà (come sembra più corretto) sulla legittimità della procedura di consultazione che il datore di lavoro dovrà, comunque, attivare?

Al di là del dubbio sollevato, resta da valutare quale sarà l'impatto della sentenza su quell'orientamento nazionale che, sulla scia di precise indicazioni di diritto comunitario, tende a superare l'ambito di riferimento dato dalla singola unità produttiva dell'azienda verso contesti aziendali più ampi, «con una accentuazione del rilievo unitario del cosiddetto complesso aziendale» (cfr. R. FOGLIA, *Diritto di informazione e consultazione nella procedura di licenziamento collettivo*, in *AGL*, 2005, n. 1, 172).

In una importante sentenza del 2003 (Cass. 4 marzo 2003, n. 4274, in *DL*, 2004, II, 81, con nota di F. CASAGLI), infatti, la Suprema Corte afferma che «in presenza di determinate circostanze, è giuridicamente possibile concepire un'impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate a soggetti diversi, il che, tra l'altro, non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della personalità giuridica, né di negare la pluralità di quei soggetti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica posizione e nella posizione del datore di lavoro più persone rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro».

Roberto Cosio
Avvocato del Foro di Catania

2. Orario di lavoro

2.1. C. Giust. 10 settembre 2009, *F.V. Pereda c. Madrid Movilidad SA*, causa C-277/08 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 29).

Direttiva 2003/88/CE - Organizzazione dell'orario di lavoro - Diritto alle ferie annuali retribuite - Congedo per malattia - Ferie annuali che coincidono con un congedo per malattia - Diritto di godere delle ferie in un periodo diverso.

L'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi a termini dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.

Il rapporto tra ferie e malattia nuovamente al vaglio della Corte di giustizia

Sommario: 1. Il caso *Pereda*: il diritto allo "slittamento" delle ferie nell'ipotesi di malattia – 2. Il principio affermato e il rapporto con le pronunce precedenti. – 3. La

compatibilità tra malattia e ferie nella giurisprudenza italiana. – 4. Il contemperamento delle esigenze nella fissazione del nuovo periodo di ferie. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il rinvio pregiudiziale che dà origine alla sentenza in commento è stato presentato dal Tribunale del lavoro di Madrid nell'ambito di una controversia tra il signor Vicente Pereda (conducente specializzato) e la Madrid Movilidad SA (impresa di rimozione dei veicoli in sosta irregolare), nella quale il dipendente aveva contestato la legittimità del rifiuto opposto dall'azienda alla sua richiesta di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello fissato nel calendario aziendale, durante il quale egli si era trovato in congedo di malattia.

Secondo il contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro, infatti, il periodo di ferie annuali, pari a 22 giorni lavorativi, era soggetto ad un godimento frazionato: 11 giorni dovevano essere necessariamente goduti tra il 1° luglio e il 15 settembre; i rimanenti, invece, potevano essere fruiti nei mesi da gennaio a giugno e da ottobre a dicembre, previa richiesta individuale.

Poiché il signor Pereda, a causa di un incidente sul lavoro, era stato in congedo per malattia nel periodo in cui l'azienda aveva calendarizzato le ferie (dal 16 luglio al 14 agosto 2007), al suo rientro nel mese di settembre aveva chiesto alla società la fissazione di un nuovo periodo di ferie (dal 15 novembre al 15 dicembre 2007), vedendosi opporre un rifiuto immotivato.

Al fine di pronunciarsi sulla legittimità del diniego aziendale, pertanto, il giudice nazionale proponeva rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, chiedendole se l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88/CE potesse essere interpretato nel senso che consenta al lavoratore in malattia di poter godere delle ferie in un periodo diverso da quello preventivamente stabilito, anche oltre l'anno solare di riferimento.

Nell'analizzare la questione, la Corte ha rielaborato e confermato i principi interpretativi già espressi in diversi precedenti ma, attraverso un'efficace applicazione del principio di effettività del diritto alle ferie, ha raggiunto un nuovo significativo risultato, riconoscendo che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88/CE «deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi a termini dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente».

2. A meno di un anno dal caso *Schultz-Hoff* (C. Giust. 20 gennaio 2009, *G. Schultz-Hoff c. RDB-Stringer e a. c. Her Majesty's Revenue and Customs*, cause riunite C-350/06 e C-520/06, su cui si veda, per un commento analitico alla sentenza, M.G. MATTAROLO, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*, in *LG*, 2009, n. 5, 467 ss.), la Corte torna a pronunciarsi, con la sentenza in commento, sul rapporto tra ferie e malattia, prendendo una posizione netta sulle conseguenze che

l'eventuale coincidenza temporale determina sulla fruizione del riposo annuale.

L'ipotesi in cui il congedo feriale maturato non venga di fatto usufruito dal lavoratore nel periodo prestabilito, per effetto del sovrapporsi del godimento di un altro congedo, è già stata oggetto di un'importante pronuncia: nel caso *Merino Gómez* (C. Giust. 18 marzo 2004, *Merino Gómez*, causa 342/01), infatti, i giudici comunitari – muovendo dal presupposto che le ferie hanno la natura di «principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario» (C. Giust. 18 marzo 2004, *Merino Gómez*, punto 29; ma anche, C. Giust. 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff*, punto 22 e, da ultimo, C. Giust. 10 settembre 2009, *Pereda*, punto 18) – hanno statuito che esse devono essere godute in un periodo diverso da quello del congedo di maternità, nel caso in cui quest'ultimo coincida con il periodo predeterminato, da fonte collettiva o accordo individuale, per la fruizione del riposo annuale. E ciò, da un lato, perché «la finalità del diritto alle ferie annuali è diversa da quella del congedo di maternità» (C. Giust. 18 marzo 2004, *Merino Gomez*, punto 32); dall'altro, perché «un congedo garantito dal diritto comunitario non può pregiudicare il diritto di godere di un altro congedo garantito da tale diritto» (C. Giust. 14 maggio 2005, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-519/03, punto 33).

La circostanza che maternità e ferie siano tutelate da fonti normative di pari grado ha rappresentato – insieme alla valutazione della eterogeneità delle esigenze che ciascuna delle cause di sospensione del rapporto è diretta a tutelare – l'argomento dirimente per poter configurare un principio di *non sovrapposizione temporale* nel godimento di ciascuno dei periodi coinvolti.

Diversamente, nel caso in cui sia la malattia ad intervenire nel periodo prestabilito per il godimento delle ferie annuali – come nelle controversie *Schultz-Hoff* e *Pereda* – il principio appena affermato non è automaticamente applicabile, poiché il congedo per malattia non trova riconoscimento in alcuna fonte comunitaria.

Però, i casi *Schultz-Hoff* e *Pereda* hanno fornito alla Corte l'occasione per alcune importanti puntualizzazioni, a seguito delle quali si può ragionevolmente affermare che l'art. 7 della direttiva 2003/88, secondo l'interpretazione vincolante datane dai giudici comunitari, preserva in ogni caso il godimento del riposo annuale dal verificarsi di una malattia, attraverso il riconoscimento, al lavoratore, del diritto di scegliere ed ottenere la fissazione di un periodo di ferie successivo al termine della malattia stessa.

In entrambe le sentenze, i pilastri sui quali la Corte costruisce la sua argomentazione sono, in primo luogo, l'affermazione dell'effettività del diritto alle ferie, testimoniata dal divieto inderogabile di monetizzazione, se non nel caso di cessazione del rapporto di lavoro (art. 7, par. 2, direttiva 2003/88) (punti 22-23, *Schultz-Hoff*, e punto 20, *Pereda*); in secondo luogo, la differenza funzionale tra il riposo feriale – finalizzato sia al ripristino delle energie sia, in pari misura, a beneficiare di un «periodo di distensione e ricreazione» – e l'assenza per malattia, accordata al lavoratore «affinché possa ristabilirsi da

una patologia» (punto 25, *Schultz-Hoff* e punto 21, *Pereda*). Infine, l'affermazione secondo la quale, benché le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie siano rimesse agli Stati membri, per effetto della clausola di chiusura inserita nell'art 7, comma 1, della direttiva 2003/88 («secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni nazionali»), il potere conferito ai legislatori nazionali da questa norma deve essere comunque esercitato nei rigidi limiti esplicitamente indicati dalla direttiva stessa (punto 28, *Schultz-Hoff*, punto 18 *Pereda*).

Da ciò consegue, secondo la Corte, che la direttiva «non osta a norme nazionali che consentono al lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali» (punto 31 *Schultz-Hoff*, sul quale si tornerà più avanti) ma, nello stesso tempo, non osta neppure a norme nazionali secondo le quali un lavoratore in congedo per malattia non ha diritto di fruire di ferie durante il congedo per malattia, purché detto lavoratore abbia la possibilità di godere delle ferie nel corso di un altro periodo (punto 29 *Schultz-Hoff*).

Per questo, continua la Corte nel caso *Schultz-Hoff*, è legittima, ai sensi della direttiva, anche quella norma nazionale che disponga l'estinzione del diritto alle ferie al termine del periodo di riferimento, a condizione che il lavoratore abbia avuto la possibilità concreta di esercitarlo (punto 43, *Schultz-Hoff*). La medesima previsione, invece, si pone in contrasto con il diritto comunitario – incidendo illegittimamente sull'*an* del diritto – se l'impossibilità del godimento sia dovuta a malattia, con la conseguenza, quindi, che, anche al termine dell'anno di riferimento, o del più lungo periodo previsto per il godimento (su cui, più analiticamente, v. *infra*), il diritto alle ferie non godute a causa di malattia non può considerarsi estinto (punti da 47 a 49, *Schultz-Hoff*).

Poiché nelle fattispecie oggetto della sentenza *Schultz-Hoff*, la lunga assenza per malattia si era protratta fino alla conclusione del rapporto di lavoro, la Corte – dopo aver affermato che «l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali si estingua allo scadere del periodo di riferimento anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite» (punto 52, *Schultz-Hoff*) – aveva necessariamente concluso riconoscendo ai lavoratori il diritto all'indennità monetaria sostitutiva (punto 62).

Nella controversia tra il signor *Pereda* e la Madrid Movilidad, invece, la circostanza che l'evento impeditivo non avesse esaurito l'anno solare di riferimento creava le condizioni affinché il diritto alle ferie potesse trovare riconoscimento pieno ed effettivo *nel corso* del rapporto di lavoro.

Nella sentenza in commento, infatti, la Corte ha potuto portare a compimento il percorso logico impostato nella pronuncia precedente, precisando che «un lavoratore in congedo per malattia durante un periodo di ferie annuali precedentemente fissato, ha diritto, su sua richiesta e affinché possa godere in con-

creto delle ferie annuali, di beneficiarne in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia» (punto 22 *Pereda*).

Ancora una volta, quindi, l'interpretazione dell'articolo 7 della direttiva alla luce del principio di effettività permette alla Corte di preservare le ferie dall'intervento di circostanze che ne impediscono il pieno godimento (nella specie, la malattia), e ciò nel presupposto che «le ferie non perdono la loro funzione anche se devono essere posticipate e che l'interesse del lavoratore permane» (M.G. MATTAROLO, *Ancora una sentenza della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato*, in *LG*, 2010, n. 2, 162).

Già a partire dalla fondamentale pronuncia *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (C. Giust. 6 aprile 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c. Paesi Bassi*, causa C-124/05, su cui si veda per tutti, V. BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *ADL*, 2006, 1333), i giudici comunitari hanno avuto modo, infatti, di affermare che, nonostante l'effetto positivo delle ferie sulla sicurezza e salute del lavoratore si espliciti pienamente se le ferie vengono prese nell'anno in corso, tale periodo è in grado di svolgere adeguatamente la sua funzione anche qualora se ne fruisca in un momento successivo.

Fermo restando il rinvio sull'aspetto relativo alla collocazione del nuovo periodo di ferie (si veda *infra*, § 4), merita di essere sottolineato che, ad una attenta lettura dei passaggi della motivazione, la previsione dello "slittamento" delle ferie ad un periodo successivo a quello in cui il lavoratore è stato in malattia, sancita al punto 22, non esaurisce il contenuto della sentenza.

Al successivo punto 25, infatti, la Corte aggiunge un inciso di significativa importanza, nel quale introduce una rilevantissima precisazione a quanto già affermato nel citato punto 31 della sentenza *Schultz-Hoff*.

Per i giudici comunitari, infatti, «anche se la direttiva non osta a disposizioni o a prassi nazionali che consentano ad un lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali retribuite, dal punto 22 emerge che, qualora tale lavoratore *non intenda* prendere le ferie annuali durante questo periodo di congedo per malattia, queste ultime *devono essergli concesse per un periodo diverso*» (punto 25 *Pereda*).

Al fine di proteggere in modo più efficace gli obiettivi della salute e della sicurezza del lavoratore, la Corte sancisce – anche qualora lo Stato membro abbia consentito la sovrapposibilità tra i due periodi di congedo – che *spetta al singolo lavoratore scegliere se godere o meno delle ferie durante la malattia e, conseguentemente, in caso non abbia inteso cumulare i due congedi, ottenere la fissazione di un nuovo periodo di ferie* (per una valutazione della sentenza, si veda, con diversità di opinioni, oltre a M.G. MATTAROLO, *Ancora una sentenza della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato*, cit., anche M. DI FRANCESCO, *Malattia e spostamento del periodo di ferie annuali*, in *MGL*, 2009, n. 11, 801 ss., nonché A. FENOGLIO, *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *ADL*, 2010, n. 2, 450 ss.).

3. Prima di passare all'analisi delle problematiche collegate alla individuazione del nuovo periodo di ferie, è utile sottolineare che la sentenza comunitaria in commento non pare incidere sugli orientamenti della giurisprudenza italiana sulle ferie (*contra*, su questo profilo, A. FENOGLIO, *op. cit.*, 455 ss.).

In questa materia, le «pietre miliari» (D. ZAVALLONI, *Ancora sulla conversione del periodo feriale a causa del sopravvenuto stato di malattia*, in *LG*, 2006, n. 10, 981) della giurisprudenza italiana restano le sentenze della Corte costituzionale n. 616/1987 (in *FI*, 1988, I, 1062) e n. 297/1990 (in *RGL*, 1991, II, 21): la prima, che ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevede che la malattia insorta durante il periodo feriale ne sospenda il decorso; la seconda, che ha utilmente precisato che «il principio dell'effetto sospensivo non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre avere riguardo alla specificità degli stati morbosi». Componendo i contrasti interpretativi sorti sulle pronunce del giudice delle leggi, infatti, la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 23 febbraio 1998, n. 1947, in *RIDL*, 1998, II, 743) ha consolidato l'orientamento in base al quale le ferie possono essere godute durante un periodo di malattia, a condizione che l'entità e la natura della patologia – o più in generale dello stato morboso – la renda compatibile con l'obiettivo del riposo feriale (si veda, tra le pronunce più articolate, Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, in *LG*, 2006, n. 10977, con nota di D. ZAVALLONI, *op. cit.*, e ivi ulteriori rinvii).

Per questo motivo, quindi, spetta al lavoratore l'onere di comunicare tempestivamente l'intervento dello stato di malattia; coerentemente, spetta al datore di lavoro l'onere della prova contraria, nonché al giudice di merito l'accertamento della idoneità dell'evento a compromettere la piena fruizione del riposo feriale.

Con orientamento altrettanto consolidato, poi, la giurisprudenza nazionale ammette che il lavoratore possa mutare il titolo dell'assenza da malattia in ferie, esclusivamente se ciò è funzionale ad impedire che, scadendo il periodo di comporto, il lavoratore possa perdere il posto di lavoro (si veda, sul punto, Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, in *D&L*, 2009, 2, 502; Cass. 10 novembre 2004, n. 21385, in *MGL*, 2005, n.3, 163; Cass. 9 aprile 2003, n. 5521, in *RGL*, 2003, II, 738, concordi nell'affermare la necessità di una richiesta formale del lavoratore, affinché il datore di lavoro muti il titolo dell'assenza). Come si vede, tali orientamenti restano impregiudicati perché le sentenze *Schultz-Hoff* e *Pereda* si occupano *espressamente* solo delle conseguenze che la mera coincidenza temporale dei due congedi provoca sulle ferie, senza spingersi a valutare le circostanze concrete in cui la malattia non pregiudichi le ferie; mentre, invece, la giurisprudenza italiana, qui brevemente riassunta, costruisce il proprio orientamento interpretativo *a condizione che* la malattia non pregiudichi l'obiettivo del riposo annuale (in senso contrario, si veda A. FENOGLIO, *op. cit.*).

4. Tornando all'esame della sentenza, va rilevato che essa presenta dei profili di interesse anche in relazione alla collocazione temporale del nuovo periodo

di ferie. Seguendo le affermazioni della Corte, «la fissazione del nuovo periodo di ferie annuali [...] è soggetta alle norme e procedure di diritto nazionale applicabili per la determinazione delle ferie dei lavoratori, tenendo conto dei vari interessi in gioco, in particolare delle ragioni primarie legate agli interessi dell'impresa» (punto 22). Peraltro, «nell'ipotesi in cui tali interessi ostino all'accettazione della domanda del lavoratore, il datore di lavoro è obbligato a concedere un altro periodo di ferie annuali [...], che sia compatibile con detti interessi, senza escludere a priori che tale periodo si collochi al di fuori del periodo di riferimento» (punto 23).

Come già detto, il presupposto su cui i giudici comunitari hanno basato il riconoscimento del diritto al cd. godimento tardivo è il convincimento che, nei casi in cui sia stata impedita la fruizione delle ferie *nell'anno*, esso rappresenti l'unico strumento appropriato per salvaguardarne l'effettività.

Trova conferma, anche in questa pronuncia, il già ricordato orientamento della Corte per cui se è sempre da preferire una soluzione che faccia slittare le ferie al *primo* momento utile successivo al periodo predeterminato (garantendo, in questo modo, il rispetto dell'*annualità* del godimento), l'eventuale rinvio ad un periodo *successivo* all'anno solare di maturazione, ove esso sia indispensabile, le rende comunque idonee alla tutela della salute e del benessere psicofisico del lavoratore.

In concreto, poi, la collocazione temporale del nuovo periodo di ferie deve essere frutto del contemperamento degli interessi individuali con quelli dell'impresa e rappresentare la sintesi delle esigenze delle parti coinvolte. È a questo scopo, infatti, che la Corte configura l'obbligo del datore di lavoro di motivare adeguatamente le ragioni organizzative che ostano all'accoglimento delle preferenze del singolo, prevedendo, altresì, che, nel caso in cui tali ragioni vi si oppongano, l'imprenditore sia comunque obbligato ad individuare un altro periodo utile alla fruizione del riposo, anche successivo all'anno di riferimento.

In definitiva, l'obiettivo della Corte è quello di assicurare che «la considerazione degli interessi dell'impresa non [*giunga*] fino alla soppressione del diritto» alle ferie (V. LECCESE, *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in B. VENEZIANI, V. BAVARO (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, 338).

Resta da chiedersi, tuttavia, quali conseguenze l'interprete possa dedurre dalla sentenza in commento, nell'ipotesi – non affrontata dai giudici comunitari – in cui l'azienda non motivi affatto le ragioni aziendali ostative alla fissazione delle ferie nel tempo scelto dal lavoratore.

Sul punto, va ricordato che una recente giurisprudenza di merito nazionale ha ammesso la possibilità che il lavoratore, al termine della malattia, di fronte ad un comportamento reticente dell'azienda, possa mettersi in ferie con decisione unilaterale (App. Firenze 11 aprile 2007, in *RGL*, 2008, n.2, 411, con nota di

A. GRIECO, *Le ferie annuali tra diritto alla 'autodeterminazione' ed eccezionalità del rinvio*). Nel caso considerato dal giudice nazionale, infatti, un lavoratore, al termine di una malattia che gli aveva impedito il godimento delle ferie durante il periodo calendarizzato (mesi estivi), comunicava all'azienda la decisione di porsi in ferie nell'ultima parte dell'anno; la società datrice di lavoro, per contro, lo licenziava con effetto immediato, senza, tuttavia, mai palesare le ragioni ostative alla fruizione delle ferie nel periodo scelto dal dipendente.

Il giudice, chiamato a valutare il licenziamento irrogato, ne aveva escluso la legittimità, perché l'omissione dell'azienda aveva di fatto impedito di realizzare un effettivo bilanciamento delle esigenze nella fissazione del periodo di ferie "tardive", con la conseguenza che la scelta di "mettersi in ferie" rappresentava, per il lavoratore, l'*extrema ratio* per salvaguardare il diritto alle ferie. Ebbene, se si conviene che l'obiettivo della Corte di giustizia, reso oggi ancora più esplicito nella sentenza *Pereda*, sia quello di preservare in ogni caso il godimento effettivo del riposo annuale, non si può escludere che, in presenza di un comportamento datoriale omissivo – e pertanto non conforme ai canoni illustrati dalla Corte di giustizia – l'eventuale decisione unilaterale di mettersi in ferie possa essere ritenuta giustificata dalla necessità di garantire comunque il godimento del diritto.

5. In conclusione, è interessante notare che il riconoscimento del diritto al godimento "differito" delle ferie – sancito, oggi, con chiarezza dalla Corte di giustizia in rapporto all'ipotesi di sovrapposizione tra riposo feriale e malattia – non può dirsi del tutto estraneo alla riflessione di quella parte della giurisprudenza italiana più attenta alla salvaguardia delle finalità del diritto alle ferie (per completezza, va precisato che le pronunce *Schultz-Hoff* e *Pereda* affrontano solo indirettamente la diversa questione della legittimità del "riporto" delle ferie oltre l'anno, utilizzato come meccanismo *ordinario* di godimento del riposo annuale. Su questo profilo, del quale non ci si occupa in questa sede, si veda, con diversità di opinioni, V. LECCESE, *op. cit.*, 340 e, in senso conforme, A. FENOGLIO, *op. cit.*, 462-463; in senso contrario, si veda M.G. MATTAROLO, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*, cit., 473-474, e G. RICCI, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di non monetizzabilità*, in *RIDL*, 2007, II, 510 ss., nonché, da ultimo, *Orario di lavoro, riposi, ferie: questioni di attualità*, nota a Cass. 29 aprile 2009, n. 9999, in *FI*, 2009, I, 2360).

In via preliminare, va ricordato che per la Cassazione soltanto l'*irragionevole rifiuto* del lavoratore a godere delle ferie determina l'estinzione del diritto e di quelli conseguenti (si veda Cass. 15 febbraio 2003, n. 2326, in *MGC*, 2003, 336). Ma, nella nostra prospettiva di analisi, assume particolare valore quella parte della giurisprudenza di legittimità che ha riconosciuto al lavoratore la possibilità di chiedere il godimento tardivo delle ferie come modalità di risarcimento in forma specifica (*ex art. 2058 c.c.*) per il mancato rispetto del limite temporale annuo (si tratta della Cass. 21 febbraio 2001, n. 2569, in *LG*, 2001,

n. 6, 549, con nota di L. SGARBI, *Fruizione tardiva delle ferie o indennizzo: sceglie il lavoratore*, 552). Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, per negligenza o colpa – oppure nello stesso caso di malattia del lavoratore (come è stato riconosciuto da Cass. 3 agosto 2001, n. 10759, in *RIDL*, 2002, II, 327) – faccia esaurire l'anno di maturazione senza far godere le ferie al dipendente, è obbligato alla prestazione risarcitoria che consiste nel consentire il godimento differito delle ferie, oltre il loro termine naturale.

Come rilevato da una parte della dottrina, con questa pronuncia, la Cassazione ha contribuito a “dare cittadinanza” (V. BAVARO, *op. cit.*, 1343) al principio di effettività delle ferie nel nostro ordinamento, anticipando, in parte, gli esiti interpretativi cui il giudice comunitario è giunto con le più recenti sentenze. E, in questo senso, il fatto che la Corte di giustizia abbia sancito con tale chiarezza il principio dello slittamento delle ferie come strumento di attuazione del diritto, impone all'interprete di recuperare i principi e le argomentazioni di questa giurisprudenza nazionale.

Va comunque osservato, infine, che la sentenza della Corte di giustizia, dopo aver ammesso il diritto ad ottenere il godimento differito delle ferie, non individua un termine massimo finale al godimento tardivo, cioè non si pronuncia sul problema se le ferie non godute nell'anno possano essere godute “sempre”, anche a distanza di tempo notevole dalla scadenza del periodo di riferimento (sia esso l'anno oppure un periodo più lungo. Si veda, infatti, la norma dell'art. 10, d.lgs. n. 66/2003, come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, che prevede, in via ordinaria, la possibilità di godere delle ferie maturate nell'anno fino al diciottesimo mese successivo al periodo di maturazione). Certamente, un elemento a favore di tale interpretazione deriverebbe dalla rigida interpretazione del divieto di monetizzazione delle ferie (previsto dall'art. 7, comma 2, direttiva 2003/88), che la Corte ha costantemente ribadito nelle proprie pronunce senza prevedere alcuna eccezione e mettendolo in stretta correlazione con la garanzia di effettività del diritto.

In conclusione, se certamente è auspicabile che la Corte intervenga più chiaramente su tale profilo, si ritiene che il criterio dell'eccessiva onerosità – richiamato da quella giurisprudenza nazionale che ha ammesso il godimento differito *ex art. 2058 c.c.* – possa costituire un valido strumento interpretativo nelle situazioni in cui sia difficile realizzare un compromesso tra l'esigenza di preservare il diritto al riposo annuale, il rispetto rigoroso del divieto di monetizzazione e la tutela delle necessità organizzative aziendali.

Annalisa Grieco

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro – Università degli Studi di Bari

3. Pari opportunità

3.1. Declaración del Trio de Presidencias sobre la igualdad entre mujeres y hombres (Dichiarazione delle tre presidenze dell'unione sull'uguaglianza di genere), 26 marzo 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 15).

Prospettive delle politiche di genere in ambito comunitario: il contributo della Spagna

Sommario: 1. La situazione attuale nell'Unione europea. – 2. I risultati ottenuti in ambito nazionale dalla Spagna. – 3. L'impegno della Presidenza spagnola. – 4. Riferimenti bibliografici.

1. La Presidenza spagnola dell'Unione europea ha organizzato a Valencia, nei giorni 25 e 26 marzo 2010, una conferenza tecnica dal titolo *L'uguaglianza tra donne e uomini alla base dello sviluppo e del lavoro*. Con il dibattito si è voluto focalizzare l'attenzione dei singoli Paesi sul tema dell'uguaglianza di genere, soprattutto in ambito lavorativo, alla luce della nuova *Europa 2020* (consultabile in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 8). Il nuovo modello economico che si profila per l'Unione, secondo la Presidenza spagnola, può e deve significare il superamento della crisi e del modello economico tradizionale. A tal fine, non si può prescindere dal riconoscimento del valore sociale ed economico dei talenti femminili, dalla loro incorporazione nel tessuto produttivo e dalla creazione di un nuovo equilibrio tra i generi nella sfera privata e pubblica (la nota della Presidenza è consultabile in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 14). A una prima conferenza tecnica ha fatto seguito un incontro informale dei rappresentanti dei Ministeri dell'uguaglianza e delle pari opportunità dei singoli Stati europei. L'incontro si è concluso con l'approvazione di un documento condiviso dai tre esponenti che si succederanno nella Presidenza dell'Unione dal gennaio 2010 al giugno 2011, ovvero dai rappresentanti di Spagna, Belgio ed Ungheria (in epigrafe). Si tratta di un documento frutto dell'azione di coordinamento richiesta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel dicembre 2009, ai detentori della presidenza di turno: il Trio delle presidenze, infatti, deve operare secondo un programma comune per 18 mesi. Nella dichiarazione, i tre rappresentanti hanno ricordato l'impegno sino ad oggi manifestato dall'Unione europea nei confronti dell'uguaglianza di genere e delle pari opportunità: dalla risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2007 su una tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010 (vedi *Roadmap for equality between women and men (2006-2010)*, 2009-2010 *Work Programme*, European Commission staff working paper, 31 July 2009, SEC(2009)1113 final, in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 8), alla recente risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2010, *Sulla parità tra donne e uomini nell'Unione europea*. Il Trio delle presidenze ha sottolineato la neces-

sità di adottare l'uguaglianza tra donne e uomini come un principio trasversale, che contrasti gli stereotipi di genere nel settore dell'educazione, dell'orientamento, della formazione professionale, della scienza e della tecnologia, così come nei sistemi di comunicazione. Al tempo stesso, ha evidenziato l'esigenza di stabilire piani ed azioni positive volte al miglioramento della percentuale occupazionale ed al superamento di fenomeni di segregazione settoriale ed esclusione sociale. L'azione coordinata dei Governi dei singoli Paesi e delle istituzioni europee deve allora puntare sul superamento di problematiche fondamentali quali la discriminazione salariale, la difficoltà di conciliazione dei tempi di vita e tempi di lavoro, la scarsa qualità del lavoro, la violenza di genere. Purtroppo, la crisi economica ha rallentato lo sviluppo positivo che si era registrato nell'ultimo decennio riguardo alla situazione lavorativa femminile, non permettendo il raggiungimento dei livelli occupazionali auspicati dalla strategia di Lisbona. La Commissione europea, infatti, ha rilevato che, sebbene tra il maggio 2008 ed il settembre 2009 il tasso di disoccupazione nell'Unione sia aumentato più sensibilmente per gli uomini (dal 6,4% al 9,3%) che per le donne (dal 7,4% al 9%), in quanto i settori dell'industria e della costruzione – quelli per primi colpiti dalla crisi economica – sono a prevalenza di manodopera maschile, negli ultimi mesi i tassi di disoccupazione dei due generi sono cresciuti allo stesso ritmo, a causa dell'allargamento della crisi ad altri comparti produttivi. Che ci sia una inversione di tendenza, ovvero un aumento dello scarto occupazionale fra i generi a sfavore delle donne, è confermato anche dall'analisi di altri fattori. Se si tiene conto anche della percentuale degli inattivi e di quella delle persone che vorrebbero un lavoro a tempo pieno, ma che sono occupate solo per poche ore, il numero delle donne non occupate, o sotto-occupate, aumenta sensibilmente. Basti pensare che oltre i due terzi dei 63 milioni di persone tra 25 e 64 anni, che sono inattive nell'Unione europea, sono costituiti da donne. Eppure, come affermato dalla Commissione, il contributo che la parità di genere può apportare alla crescita sostenibile, all'occupazione, alla competitività ed alla coesione sociale è davvero notevole (si veda al riguardo EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Report on Equality between Women and Men 2010*, 2010, in *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 8).

Il Trio delle presidenze ha deciso di seguire pienamente il monito della Commissione europea, affermando che l'attuale situazione economica deve rappresentare un ulteriore stimolo a reintrodurre la prospettiva di genere nella nuova strategia *Europa 2020*, nonché nella futura strategia della Commissione europea sulla parità tra donne ed uomini per il 2011-2015.

Occorrerà, quindi, che gli Stati membri dell'Unione si impegnino a rafforzare i partenariati e le sinergie con le istituzioni europee, con le parti sociali e con la società civile, per poter raggiungere questo traguardo.

2. Come primo Paese cui spetta la presidenza di turno nel quadro del nuovo Trattato, la Spagna ha la possibilità di riproporre, a livello europeo, i risultati positivi raggiunti in ambito nazionale in tema di *gender mainstreaming*.

Il Governo spagnolo ha avviato, infatti, un vero e proprio processo di sensibilizzazione alle politiche di genere, imponendo il rispetto del diritto all'uguaglianza a tutte le persone fisiche o giuridiche che si trovino sul territorio spagnolo, indipendentemente dalla loro nazionalità, domicilio o residenza. La *Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* ha un taglio trasversale, che si applica indistintamente sia alla sfera politica, sia a quella civile, lavorativa, economica, sociale, culturale ed artistica. Essa puntualizza i concetti di discriminazione diretta e indiretta, di violenza di genere, individuando garanzie processuali ed organi atti a difendere l'uguaglianza dei diritti, stabilendo dei criteri generali per l'attuazione di azioni positive per correggere le disuguaglianze nelle realtà più differenti. Fa da corollario alla l. n. 3/2007, il *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011)*, che costituisce lo strumento principe per l'applicazione della legge di parità e precisa gli obiettivi e la tipologia di interventi concreti attuabili dalle amministrazioni pubbliche, nell'arco temporale di quattro anni, per poter sostenere il rispetto del diritto di uguaglianza nella vita sociale, culturale, economica e politica. Secondo il *Plan Estratégico* la prospettiva di genere non è uno strumento ad esclusivo beneficio femminile, ma costituisce un vero e proprio sistema a favore della sostenibilità sociale e della qualità della vita. Il perseguimento dei principi di uguaglianza e non discriminazione deve essere alla base di ogni relazione sociale tra i generi e deve essere frutto di azioni concrete, non deve fondarsi su mere dichiarazioni di intenti. Il *Plan Estratégico* individua dodici punti che le amministrazioni pubbliche devono affrontare per raggiungere tale obiettivo: la partecipazione politica e sociale, la partecipazione economica, la corresponsabilità, l'educazione, l'innovazione, la formazione, la salute, l'immagine, l'attenzione alle diversità e all'inclusione sociale, la violenza, la politica estera e la cooperazione per lo sviluppo, la tutela del diritto all'uguaglianza. Per ognuno di questi temi, il *Plan Estratégico* effettua un'analisi della situazione esistente al momento dell'approvazione del documento, fissando gli obiettivi strategici e le proposte di attuazione.

Il principio di uguaglianza deve essere effettivo anche all'interno dei luoghi di lavoro: a tal fine la legge sulla parità ha disposto misure specifiche. Essa ha delegato alla contrattazione collettiva la creazione di azioni positive per favorire l'inserimento delle donne nel mondo del lavoro e per garantire effettive pari opportunità, rifiutando ogni tipo di discriminazione in ambito lavorativo tra donne e uomini. Strumento prescelto dalla l. n. 3/2007 per raggiungere tale obiettivo sono i *Planes de igualdad*, un insieme di misure adottate dalle aziende in base alla situazione concretamente esistente all'interno del proprio ambito lavorativo, volta ad eliminare ogni differenza di trattamento fondata sul genere. La l. n. 3/2007 ha stabilito criteri precisi cui occorre attenersi per l'elaborazione di un *Plan de Igualdad*, sia dal punto di vista procedurale che

dei contenuti. Giova qui sottolineare uno degli aspetti più innovativi dei *Planes de Igualdad*, ovvero l'applicazione della prospettiva di genere anche nella valutazione delle condizioni di salute dei lavoratori. Si ritiene, infatti, che la promozione e la protezione della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro debba articolarsi tenendo conto delle caratteristiche psico-fisiche delle donne e degli uomini, visto che i medesimi agenti esterni hanno conseguenze diverse a seconda del genere. La prospettiva di genere, dunque, permette una migliore conoscenza della portata dei rischi derivanti dal lavoro svolto ed aiuta in maniera più efficace a trovare gli strumenti idonei a prevenirli, adattando le misure alla realtà specifica del singolo luogo di lavoro, inteso come complesso di attività, mezzi, lavoratrici e lavoratori.

Tra gli strumenti introdotti dalla l. n. 3/2007 per incoraggiare l'applicazione del principio di uguaglianza nelle imprese, va anche citato il c.d. *Distintivo de igualdad*, ovvero un riconoscimento per quelle aziende che si contraddistinguono per l'applicazione di politiche di genere, sia nel modello organizzativo che in altri settori, quali i servizi, i prodotti e la pubblicità aziendale. Viene altresì premiata l'istituzione di criteri e sistemi di remunerazione o di classificazione del personale che permettano di valutare equamente il lavoro svolto da donne e uomini, l'attuazione di politiche favorevoli alla conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro, l'utilizzo di orari e contratti flessibili.

A distanza di tempo dall'entrata in vigore della normativa, si registrano i primi importanti successi, frutto anche della creazione di correttivi volti a superare il gap esistente tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale. I risultati ed i limiti della politica adottata vengono monitorati, anche grazie ad un nuovo approccio economico, che conferma il carattere di "trasversalità" della legge sulla parità. L'utilizzo di indicatori statistici di genere, infatti, se posto alla base delle inchieste e della valutazione dei dati, contribuisce sensibilmente alla messa a punto di precisi riferimenti sulla situazione lavorativa femminile, rapportata a quella maschile, soprattutto relativamente a questioni apprezzabili dal punto di vista numerico, come le eventuali differenze salariali. Azioni positive, trasversalità del principio di uguaglianza e coesione sociale: questi, in sintesi, i pilastri fondamentali della strategia nazionale spagnola adottata in questi anni. Secondo il Governo spagnolo, però, per raggiungere una vera coesione sociale occorre porre in essere scelte ancora più ampie che implicano l'adozione di una nuova ottica di genere, sia a livello pubblico che a livello privato. È necessaria una corresponsabilità sociale che valuti l'importanza del ruolo femminile come fondamentale per l'esistenza stessa della società. Per questo, i risultati sino ad ora raggiunti devono costituire non un punto d'arrivo, ma la base per il raggiungimento di nuovi obiettivi, di una nuova strategia, quella dei cambiamenti strutturali, che presuppone la riorganizzazione del modello dicotomico della società moderna, fondata ancora sulla segregazione dei ruoli tradizionali, sia femminili che maschili (in tal senso, si veda *Informe 2 años de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, infra*, § 4). Il Governo spagnolo è tornato a parlare di queste tematiche anche recente-

mente, pronunciandosi ancora una volta sull'importanza della trasversalità del principio di uguaglianza. Nell'Accordo con le parti sociali dello scorso aprile 2010, infatti, il *Ministro de Trabajo e Inmigración* ha affermato che la non discriminazione tra donne e uomini non deve essere oggetto di misure specifiche e settoriali, bensì un criterio ispiratore di ogni scelta politica per la ripresa economica ed occupazionale (si veda MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Diálogo social sobre actuaciones en el mercado de trabajo. Documento de Trabajo*, 12 aprile 2010, in *Boll. Adapt*, 2010, n. 14).

3. I principi attuati con successo in ambito nazionale sono i medesimi che la Spagna sta riproponendo ai Paesi dell'Unione, sin dal momento dell'insediamento alla presidenza (si veda GOBIERNO DE ESPAÑA, *Programa de la presidencia Española del Consejo de la Unión Europea, 1 de enero a 30 de junio de 2010*, consultabile sul sito della Presidenza spagnola). La Spagna ha più volte affermato che l'uguaglianza di genere e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne, esercitata in ogni sua forma, costituiscano delle priorità nello svolgimento del proprio mandato. Non solo. Il valore dell'uguaglianza, con riferimento a qualsiasi tipo di discriminazione, così come la tolleranza costituiscono una vera e propria ricchezza e sono un valore fondamentale per una cittadinanza europea multiculturale (si veda MINISTRO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Intervención del Ministro de Trabajo e Inmigración: Comparecencia ante la comisión mixta para la Unión europea para informar del programa y las prioridades de la Presidencia española de la Unión europea*, consultabile sul sito del Ministerio de Trabajo e Inmigración). La Presidenza spagnola ha affermato che a tal fine dedicherà particolare attenzione alle discriminazioni salariali, agli strumenti di conciliazione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro, promuovendo il principio di corresponsabilità tra generi, l'imprenditoria femminile e la presenza delle donne nei vertici decisionali delle aziende. La Presidenza spagnola si propone poi di lottare contro ogni forma di discriminazione: a tal fine, essa ha dato un nuovo impulso alla proposta di direttiva anti-discriminatoria, riaprendo il dibattito sugli aspetti ancora non condivisi da tutti gli Stati dell'Unione. Per stimolare la partecipazione e garantire la trasparenza del processo di elaborazione del documento, poi, essa ha invitato le organizzazioni, le associazioni e qualsiasi persona fisica o giuridica ad inviare le proprie proposte e/o suggerimenti, auspicando che con l'approvazione della direttiva siano estesi a tutti i Paesi dell'Unione quelle tutele per la parità di trattamento ad oggi adottate solo da alcuni Stati (ulteriori informazioni sono consultabili sul sito del *Ministerio de Igualdad*). Su queste problematiche la Spagna intende pervenire all'individuazione di un denominatore comune, condiviso ed accettato da tutti i Paesi dell'Unione. Solo attraverso una politica condivisa, secondo la Presidenza spagnola, è possibile stabilire un livello minimo ed omogeneo di protezione contro le persone vittime di discriminazioni.

Di fatto, in questi mesi nell'Unione europea si è registrato un nuovo impulso alle politiche di genere, basti pensare all'approvazione della direttiva sui con-

gedi parentali n. 2010/18/UE, adottata dal Consiglio l'8 marzo 2010 (in *Boll. Adapt*, 2010, n. 11), nonché alla presentazione, da parte della Commissione europea della c.d. Carta delle donne dello scorso 5 marzo 2010 (si veda *A Strengthened Commitment to Equality between Women and Men. A Women's Charter*, COM(2010)78 final, in *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 8). Con questo documento l'esecutivo comunitario si impegna ad integrare il concetto di parità in tutte le future politiche e adottare misure specifiche per promuovere le pari opportunità. La Carta risponde, poi, anche alla richiesta del Parlamento europeo di intervenire con maggiore impegno per combattere la violenza di genere. Impegno, questo, che la Spagna sta attuando da anni sul proprio territorio nazionale e che sta continuando in questi mesi come Presidente dell'Unione. È già stata proposta dalla Presidenza, infatti, l'istituzione di un servizio di informazione ed assistenza alle donne vittime di violenze di genere su tutto il territorio comunitario, così come la costituzione di un Osservatorio europeo contro la violenza di genere per analizzare in maniera sistematica i dati sui comportamenti discriminatori o violenti subiti dalle donne e costituire una importante fonte informativa di riferimento per tutti coloro che vogliano promuovere e valorizzare politiche di genere (la proposta della Presidenza spagnola contro la violenza di genere, presentata al EPSSCO (*Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs*) Council l'8 marzo 2010, è consultabile sempre sul sito del Ministerio de Igualdad, alla voce *Presidencia Española Unión europea*).

La Presidenza spagnola, tra l'altro, si è detta pronta a sostenere in maniera attiva l'elaborazione della futura strategia per la parità tra donne e uomini per il periodo 2011-2015 (si veda *Ministerio de trabajo e inmigración, Programa de la Presidencia española en los ámbitos sociolaboral y de inmigración – Primer semestre 2010*, consultabile sul sito del *Ministerio de Trabajo e Inmigración*) e le dichiarazioni espresse dal Trio delle presidenze lasciano intravedere l'apertura a nuovi scenari che confermano questo indirizzo per tutto il prossimo anno. Si creano dunque nuove possibilità per le politiche di genere, anche grazie all'impulso della Presidenza spagnola, le cui scelte – in materia di uguaglianza tra donne e uomini – costituiscono un valido esempio per gli altri Stati membri dell'Unione europea.

4. Per un quadro dettagliato della *Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* si veda T. SALA FRANCO, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008.

Per un commento specifico sulle novità introdotte dalla *Ley orgánica 3 de 22 de marzo 2007* in tema di contrattazione collettiva, si veda J.F. COUSADA AROCHENA, *El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres*, in *Revista de Derecho Social*, 2008, n. 41, 31. Relativamente ai *Planes de igualdad*, per una descrizione essenziale dei loro elementi costitutivi e dei loro obiettivi, si veda il materiale informativo predisposto dal MINISTERIO DE IGUALDAD, *Planes de igualdad en las empresas*,

2010, in *Boll. Adapt*, 2010, n. 12. Per un quadro panoramico delle tipologie dei *Planes de igualdad* adottati, si veda lo studio condotto dall'Instituto de la mujer – Fundación 1° de mayo, *Los Planes de Igualdad entre mujeres y hombres en la negociación colectiva*, *Observatorio*, n. 13, 2009, consultabile sul sito spagnolo del Ministerio de Igualdad, alla voce *Observatorio de la Igualdad*. In particolare, per l'importanza dell'introduzione dei *Planes de Igualdad* per promuovere la tutela della salute nei luoghi di lavoro, tenuto conto delle differenze di genere, si veda L.M. CABELLO DE ALBA, *La salud laboral de las mujeres en un mundo laboral declinado al masculino: el acoso por razón de sexo*, in *Revista de Derecho Social*, 2008, n. 41, 97. In tal senso si veda altresì il materiale informativo predisposto dal MINISTERIO DE IGUALDAD, SALUD LABORAL, *Implantación de planes de igualdad en organizaciones laborales*, in *Boll. Adapt*, 2010, n. 12.

Per le condizioni e le procedure necessarie per la concessione del *Distintivo de igualdad* si veda *Real Decreto de 26 de octubre 2009, n. 1615, Concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa»*, consultabile in *www.adapt.it*, Osservatorio Pari opportunità).

Relativamente ai risultati ottenuti nei due anni successivi all'entrata in vigore della *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, si veda la relazione del MINISTERIO DE IGUALDAD, *Informe 2 años de aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, 2009*, consultabile sul sito del *Ministerio de Igualdad*. Sulle analisi statistiche ed i nuovi sistemi di monitoraggio di tali risultati, si veda INSTITUTO DE LA MUJER, CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, *Análisis de la perspectiva de género en algunas estadísticas españolas y propuestas de mejora*, *Observatorio*, 2009, n. 16, in *Boll. Adapt*, 2010, n. 4.

Rosa Rubino

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Adapt – Fondazione Marco Biagi
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Relazioni industriali

4.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Industrial relations developments in Europe 2008*, 21 agosto 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 24).

Il quadro delle relazioni industriali in Europa: la crisi, le ristrutturazioni, l'impatto dei nuovi modelli di lavoro autonomo

Nell'ambito delle relazioni industriali, è stato osservato un cospicuo numero di linee di tendenza che riflettono l'impatto della recessione economica nel corso del 2008. Il rapporto della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, in epigrafe, delinea i tratti salienti dell'impatto della crisi con un approccio comparato. I ventotto Paesi analizzati (Norvegia inclusa) rilevano i fattori chiave, anche, in merito agli sviluppi del dialogo sociale europeo e all'evolversi delle politiche e delle legislazioni del lavoro. Il rapporto consente, inoltre, di esaminare le peculiarità del sistema di relazioni industriali alla luce dei sistemi di ristrutturazione avviati nel periodo di crisi e propone un *focus* interpretativo sulla logica del *self-employed workers*.

La prima sezione del rapporto interpreta i punti più strategici in tema di relazioni industriali. Si parte dagli orientamenti politici e da quelli legislativi per giungere all'evoluzione dei livelli di contrattazione, dei cambiamenti nell'organizzazione, del ruolo delle parti sociali e delle azioni industriali maggiormente significative nei Paesi referenti all'EIRO. In sette dei ventotto Paesi presi in esame, nel 2008 si sono tenute le elezioni politiche nazionali: Austria, Italia, Lituania, Malta, Romania, Slovenia e Spagna. Tale situazione ha comportato dei rilevanti cambiamenti al Governo sia in Italia che in Lituania, Romania e Slovenia. La nuova amministrazione italiana di centro-destra ha introdotto una riforma strutturata della forza lavoro e del sistema di relazioni industriali che pur facendo registrare un ampio supporto da parte dei partner sociali ha determinato una frattura rilevante con l'organizzazione più rappresentativa, la Cgil, che si è astenuta dalla sottoscrizione dell'accordo sulla riforma dei sistemi contrattuali in Italia. L'amministrazione di centro-sinistra recentemente eletta in Slovenia ha investito sugli sviluppi del dialogo sociale mentre il nuovo governo di Cipro, di orientamento comunista, ha prediletto un approccio *labour friendly*. La Lituania, guidata dal centro-destra, ha annunciato un piano di gestione della crisi che non ha registrato la condivisione dei partner sociali e infine l'Austria, con un governo riformato della "gran coalizione", costituito dal partito socialdemocratico e dal partito conservatore del popolo, ha annunciato misure per alleviare il peso degli alti costi della manodopera all'interno del Paese e per migliorare la riconciliazione tra lavoro

e famiglia (aumentando per esempio il numero di asili e delle strutture di assistenza simili).

Sul tema degli sviluppi del contratto collettivo di lavoro sul piano nazionale intersettoriale, i principali eventi del 2008 includevano le trattative sui nuovi accordi in tema di retribuzione e condizioni di impiego in Belgio (2009-2010), Grecia (2008-2009) e Irlanda (24-35 mesi, a seconda del settore economico). In altri Paesi il contratto intersettoriale si è confrontato con questioni ben specifiche; ad esempio, il 2008 ha visto chiudere accordi su temi come: trattamento equo (paritario) e Consigli del lavoro in Belgio; modernizzazione del mercato della forza lavoro, benefici di disoccupazione e stress collegato al lavoro in Francia e salari minimi in Romania. In Italia rispetto al 2007 sono stati sottoscritti un numero di gran lunga minore di accordi settoriali rispetto al 2008 (24 contro 72). Tuttavia si tratta di settori rilevanti come il settore bancario, il tessile e il commercio. Al di là dei salari – con aumenti medi più alti rispetto al 2007 perché, in molti casi, gli aumenti erano stati negoziati appena all’inizio dell’anno, o nel 2007, quando l’economia stava crescendo (specialmente in molte CEEC), l’inflazione era relativamente alta e la disoccupazione stava venendo meno – i temi principali sui quali sono intervenuti i contratti nel 2008 erano l’orario di lavoro, il lavoro atipico e la revisione dei sistemi della classificazione dei lavori.

Per l’orario di lavoro si sono registrate riduzioni generali del *working time* senza una consecutiva perdita di salario. Tuttavia, verso la fine dell’anno, la riduzione obbligata delle ore lavorative e del salario rientrò nell’agenda comune delle Aziende, visto il rallentamento dell’economia e la riduzione della produzione. Il lavoro *short-time* – con o senza compensazioni salariali provenienti da progetti di supporto statali per i lavoratori interessati – è aumentato diventando molto diffuso in Paesi come Repubblica Ceca, Francia, Germania, Italia, Malta, Olanda, Romania, Slovenia, Spagna e Inghilterra. Questa procedura si basava su accordi collettivi aziendali principalmente per il settore manifatturiero, automobilistico e dei loro fornitori. Al di là di salario e ore lavorative, si evidenziano una serie di altri temi rilevanti inseriti nei contratti collettivi come il tema delle pensioni e dell’età pensionabile (ad esempio trattenerne i lavoratori con una maggiore *seniority* aziendale sul posto di lavoro fu un tema inserito nei contratti olandesi).

Particolare rilevanza assume il tema della ristrutturazione. Gli effetti del ricorso alle ristrutturazioni si sono rivelati sempre più negativi all’avanzare del 2009, facendo da riflesso alla crisi finanziaria ed economica. Le statistiche rilevate dall’European Monitoring Centre on Change (EMCC) della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions possono rendere l’idea della scala della ristrutturazione durante l’anno; i dati provenienti dall’European Restructuring Monitor (ERM) dell’EMCC si riferiscono a casi di ristrutturazione che coinvolsero la creazione o riduzione di almeno 100 lavori, o condizionarono almeno il 10% della forza lavoro in contesti con più di 250 dipendenti. L’ERM ha registrato 1.525 casi di ristrutturazione

nell'UE nel 2008, confrontati con i 1.401 del 2007. Nel 2007, l'effetto netto delle ristrutturazioni programmate era la creazione di circa 180.000 posti di lavoro. Tuttavia, nel 2008, l'effetto netto è stato la perdita di circa 230.000 posti di lavoro, con un numero di riduzioni nella forza lavoro che aumentò sostanzialmente nell'ultimo trimestre dell'anno. La tempistica e le modalità dell'impatto cambiavano da Paese a Paese, con Stati membri come Finlandia, Ungheria, Irlanda, Lituania, Spagna, Svezia e il Regno Unito che venivano colpiti in modo potente e molto presto, mentre in Paesi come Bulgaria, Cipro e Malta gli effetti iniziarono a farsi sentire solo alla fine dell'anno.

L'incombente recessione ebbe un impatto limitato sui contratti collettivi complessivi nella maggior parte dei Paesi durante quasi tutto il 2008. Tuttavia, l'effetto fu notato di più nel 2009, così come indicato da un numero di sviluppi avvenuti verso la fine del 2008, in particolare per quanto riguarda il salario. I governi della maggior parte dei Paesi europei hanno risposto alla crisi servendosi di pacchetti che prevedevano nuovi stimoli generali economici e/o attraverso una serie di misure specifiche che avevano l'obiettivo di affrontare particolari problematiche come la mancanza di credito finanziario, reddito in declino oppure disoccupazione crescente (un reddito di imposta più basso a volte implica conseguenze sul salario del settore pubblico o sui livelli di contribuzione della sicurezza sociale). Misure che hanno cercato di risolvere la disoccupazione includevano schemi di promozione dell'impiego, impiego sussidiato, *training* per lavoratori disoccupati e assistenza incrementata sulla ricerca di lavoro.

Il tema della crisi economica viene anche ripreso nella seconda sezione che evidenzia come l'evolversi della congiuntura internazionale, in particolare nella seconda metà dell'anno, dimostrò che l'Europa aveva bisogno di rispondere a nuove sfide per le perdite potenziali di lavoro su vasta scala. Per questo motivo, la Commissione ha prodotto, nel novembre 2008, l'*European Economic Recovery Plan*, COM(2008) 800 finale (sul punto si veda M. ZAGORDO, *Le risposte della Commissione europea alla crisi economica*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2, 489-495). Il piano di recupero includeva un'iniziativa specifica sul lavoro *New skills for new jobs* (per venire incontro alle esigenze di impiego dei lavoratori più giovani) e ad una revisione dell'EGF (Fondo europeo di adattamento alla globalizzazione, su cui vedi anche E. FABBRI, *FEG: le istanze di una maggiore partecipazione ai meccanismi di governance*, che precede in *q. Osservatorio*) non solo per assistere coloro che avevano perso il lavoro per la globalizzazione ma anche per colpa della crisi. Questo significava che lavoratori europei che perdevano il lavoro per motivi non connessi all'*outsourcing* sarebbero stati capaci di ottenere sostegno dal fondo per il *re-training* necessario dello sviluppo abilità per permettere loro di trovare nuovo impiego.

Viene poi posta una particolare enfasi sull'analisi dell'impatto positivo dell'allargamento delle economie degli Stati membri dell'UE, enfatizzando le evidenze della comunicazione della Commissione del 18 novembre, che rile-

vava come i lavoratori migranti non abbiano apportato disturbo nei loro rispettivi mercati di forza lavoro anche se bisogna notare che questa valutazione è stata espressa precedentemente al recesso economico recente.

Sul piano degli sviluppi legislativi si annovera l'approvazione della direttiva 2008/104/CE, *Temporary Agency Work* (cfr. *La somministrazione di lavoro in Europa: il quadro comparato e le prospettive dopo la direttiva n. 104 del 2008*, in *q. Rivista*, 2009, n. 2, 508), e delle norme che hanno avuto impatti sui diritti di impiego individuale come le proposte per modificare la direttiva 92/85/CEE per incoraggiare miglioramenti nella sicurezza e nella salute sul lavoro di lavoratrici incinte e lavoratori che da poco avevano partorito o allattato.

La terza ed ultima sezione del Rapporto è interamente dedicata al tema dei lavoratori *self-employed*.

Esistono molti *own-account workers* (persone che lavorano indipendentemente senza dipendenti) nei settori tradizionali dell'economia, come agricoltura, silvicoltura, pesca, commercio al dettaglio, artigianato e nelle libere professioni. Sono presenti in gran numero anche nel campo della costruzione e spesso nei trasporti, specialmente nel trasporto su strada. Il lavoro da *freelance* è una componente ormai stabile del settore mediatico, specialmente tra giornalisti e fotografi. Tuttavia, negli ultimi decenni, in seguito a una serie di innovazioni tecnologiche rese possibili da un'adozione estensiva di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) in tutta l'industria, i *self-employed workers* sono emersi anche in molti altri campi, come il design grafico, composizione musicale e *information technology*, in particolare in ambienti *web-based*.

In questa cornice, sono emerse forme di impiego che non corrispondono esattamente al tradizionale *self-employment* o al vero e proprio impiego da dipendente, i quali sono stati talvolta etichettati come "lavoro economicamente dipendente". Non esiste, comunque, una definizione chiara e comunemente accettata di *self-employed worker* valida in tutti i Paesi presi in esame. Tuttavia, i principali problemi associati alla definizione standard sono legati ai cambiamenti significativi che le relazioni di impiego hanno subito negli ultimi anni. In particolare, tali cambiamenti sono – in termini ILO – collegati al processo di rapida integrazione economica tra Paesi guidati dalla liberalizzazione del commercio, investimento e flusso di capitali. Questa integrazione è anche guidata dalla globalizzazione dei *network* di produzione rispetto al cambiamento tecnologico, alle trasformazioni nell'organizzazione e al funzionamento delle imprese. In pratica, per raggiungere l'obiettivo di delineare operativamente il *self-employment* potrebbero essere necessari mezzi più sofisticati (legislativamente parlando) con cui distinguere la figura dell'*own-account worker* e quella dell'impiegato (dipendente), insieme alle relative forme di rappresentanza sia nel campo delle associazioni imprenditoriali sia nei sindacati.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Quadro internazionale e comparato
– *diritto del lavoro: distinzione
tra autonomia e subordinazio-*

*ne nei Paesi europei (1.1.
–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. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The scope of the employment relationship*, International Labour Conference 91st Session, 2003 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

1.2. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Meeting of Experts on Workers in situation needing protection: basic technical document*, Geneva, 15-19 May 2000 (in  indice A-Z, voce *Lavoro subordinato*).

(1.1. – 1.2.) La ricerca di categorie definitorie del rapporto di lavoro subordinato: tratti condivisi dalla tradizione di *common law* e *civil law*

Sommario: **1.** Premesse di ordine espositivo. – **2.** La subordinazione come categoria giuridica in Gran Bretagna. – **3.** Dipendenza-subordinazione (*dependence-subordination*). – **4.** Passi verso la enucleazione di nuove categorie definitorie (*definitional categories*). – **5.** Conclusioni.

1. Nello studio del rapporto di lavoro subordinato, sotto il profilo di una analisi *de iure condito*, ma soprattutto sotto il profilo di una analisi *de iure condendo*, i rilievi terminologici diventano fondamentali per la corretta impostazione del problema. Questa osservazione preliminare vale naturalmente, a maggior ragione, quando l'indagine riveste un carattere comparato.

Il tema della subordinazione, in particolare, si presta ad essere scomposto sotto il profilo definitorio, e di conseguenza sotto il profilo terminologico. Anche Guy Davidov (G. DAVIDOV, *The Three Axes of Employment Relationship: a characterization of workers in need of protection*, University of Toronto Law Journal, Fall, 2002, 52, 357) aveva colto, come altri Autori prima di lui alle prese con la problematica della definizione della subordinazione, l'opportunità di scomporre il concetto di lavoro dipendente: questo tipo di impostazione può essere utile per capire i limiti di tale definizione e orientare verso una definizione più consona agli attuali assetti regolativi delle relazioni di lavoro. I tre assi su cui l'Autore ha inteso scomporre e ricomporre il concetto di dipendenza-subordinazione, ricorrendo alla metafora dell'asse che si interseca, sono: il livello dell'organizzazione, che dà luogo alla subordinazione in senso tecnico, il livello socio-psicologico e il livello economico. Già da qui la necessità di distinguere il concetto di dipendenza da quello di subordinazione.

Prima di considerare il concetto giuridico di dipendenza, applicando una prospettiva di definizione che può applicarsi tanto al sistema della *civil law*, quanto al sistema della *common law*, va detto che la parola "dipendenza" evoca, ulteriormente, sia un insieme di fatti, sia uno stato normativo.

In primo luogo la dipendenza denota l'insieme di fatti e di atti che contraddistinguono concretamente la posizione del lavoratore. Essa indica il contributo effettivamente fornito dal prestatore al processo produttivo, contributo materiale e/o intellettuale fornito secondo le direttive ricevute: più esattamente può essere il suo recarsi quotidiano sul posto di lavoro e il rimanervi per un dato lasso temporale; può consistere nel suo essere inserito funzionalmente in una certa unità produttiva, secondo un preciso organigramma; può essere il suo avvalersi di strumenti aziendali. Allo stesso tempo, la parola dipendenza evoca la dipendenza economica del prestatore da quell'unico stipendio percepito, oppure può descrivere la sua impossibilità di operare per soggetti diversi e in competizione con il datore di lavoro, e così via. Notoriamente, la problematica della dipendenza, in Italia come nel resto degli ordinamenti, implica la ricerca e l'individuazione degli elementi fattuali (indici rivelatori) in presenza dei quali possa dirsi pacifica l'esistenza del fatto – complesso – dato dalla posizione dipendente/subordinata di un determinato prestatore.

Da questa prima prospettiva di indagine, che può essere detta fattuale e descrittiva, il tema della definizione del rapporto di lavoro mira a rispondere alla domanda: quali fatti costituiscono la posizione del lavoratore dipendente?

In secondo luogo, la parola "dipendenza" indica un concetto giuridico: per l'esattezza, un concetto giuridico di tipo indeterminato, e questo sarà l'oggetto specifico della presente trattazione.

Il concetto giuridico *tout court* serve a indicare un gruppo di oggetti per mezzo di un nome, in considerazione del fatto che quegli oggetti hanno qualcosa in comune, che sono dello stesso tipo o almeno simili e possono essere pertanto richiamati, in virtù di questo, mediante una definizione di sintesi. Il concetto giuridico indica quindi un insieme omogeneo, o almeno un insieme di elementi simili. Esso può essere più o meno specifico, per esempio il concetto di "retribuzione" è sufficientemente specifico e descrive il gruppo dei beni percepiti a titolo di corrispettivo per una prestazione di lavoro: esso fa riferimento a cose determinate e rapportabili ad un nesso di identità o somiglianza (versamenti in denaro, pagamenti in natura, partecipazione agli utili e così via).

Viceversa, il concetto di dipendenza (analogamente a quello di giusta causa o a quello di buona fede) descrive una situazione di non immediata definizione. Le norme che contengono riferimenti alla dipendenza/subordinazione sono pertanto norme a contenuto indeterminato, il che rende il processo di interpretazione delle stesse inevitabilmente intriso di valutazioni soggettive e tendenze del ragionamento diverse, a seconda della speciale angolazione da cui il ragionamento giuridico prende le mosse.

Il concetto giuridico è ciò che individua e definisce la realtà concreta che intende regolare, e in questo senso, pur senza dare alla realtà individuata un giudizio valoriale positivo o negativo, esso implica, in quanto scelta definitiva in senso lato, una scelta che può contenere non di meno delle valutazioni politiche e valoriali – ovvero una scelta di politica del diritto.

Da questa seconda prospettiva di indagine, che può essere definita come la prospettiva della categorizzazione, il tema della dipendenza si lega alla domanda di quali elementi di fatto tipizzano la fattispecie normativa.

Non di meno, in terzo luogo, la funzione pratica del concetto giuridico è quella di essere uno strumento atto a collegare un certo insieme di fatti e oggetti, identici o affini, a un dato effetto giuridico: la dipendenza/subordinazione indica anche uno stato normativo.

Ne deriva che a valle dei “fatti” che integrano la posizione del lavoratore dipendente e del “concetto giuridico” che la tipizza, la parola dipendenza indica poi “l’effetto giuridico” che da quell’insieme di fatti e di atti scaturisce, rilevando nel contesto di un ordinamento sociale e di diritto.

L’effetto giuridico coincide, anzitutto, con i poteri del datore di lavoro di dirigere, controllare e disciplinare la prestazione del lavoratore; d’altra parte, specularmente, esso coincide con il raggio dei diritti e delle tutele che l’ordinamento riconosce in capo al lavoratore, a partire dal diritto alla retribuzione, per arrivare ai possibili ammortizzatori sociali disposti in caso di circostanze patologiche che contraddistinguono la posizione del lavoratore o dell’impresa e che fanno scivolare il rapporto di lavoro, da rapporto semplicemente sinallagmatico, a rapporto trilaterale coinvolgendo lo Stato e gli enti assicuratori.

Da questa terza prospettiva di indagine, che può essere definita come la prospettiva regolamentare, il tema della definizione del rapporto di lavoro mira a rispondere alla domanda di quali diritti e doveri derivano dalla situazione di fatto che emerge dall’osservazione dei rapporti tra prestatore di lavoro e datore di lavoro.

Nel trattare degli effetti giuridici siamo, quindi, nell’ambito più direttamente ed esplicitamente politico della problematica sulla subordinazione, ovvero nell’ambito in cui sono direttamente implicate le scelte sociali in termini di livello di protezione, garanzia e incentivi. A questo livello, anzitutto, troviamo che l’ordinamento delinea il suo confine in termini di inderogabilità, assegnando diritti e doveri che le parti non possono eludere, che seguono imperativamente il verificarsi della fattispecie, mentre al di fuori dei confini della norma inderogabile (a proposito della quale non si può che rinviare al contributo di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976) è lasciata alle parti sociali l’individuazione dei contenuti del rapporto. A questo stesso livello interviene quindi anche l’autonomia privata, che determina il resto del contenuto normativo della relazione in questione (a questo ultimo livello i contenuti sono generalmente determinati in modo unilaterale dal datore di lavoro).

Precisato così che le prospettive di indagine, nell’analizzare la parola dipendenza sono almeno tre, occorre aggiungere che la trattazione di ciascuna non può prescindere dalla considerazione delle altre, trattandosi chiaramente di aspetti diversi di uno stesso fenomeno unitariamente concepito.

Una domanda utile per capire se ciò che è oggetto di analisi (*de iure condito* o *de iure condendo*) sia un fatto oppure un effetto giuridico è “quando” si stia considerando il fenomeno concreto; fondamentale, cioè, è chiedersi se si stia considerando la fattispecie *a priori*, oppure *a posteriori*. Il “fatto” esiste solo *a posteriori*, mentre l’effetto giuridico può essere concepito anche in via teorica o ipotetica, tanto dal legislatore quanto dalle parti coinvolte.

L’effetto giuridico, del resto, esiste *a posteriori* solo se le parti sono messe in condizione di esercitare giudizialmente i diritti concepiti alla stregua di effetti giuridici (questione dell’efficacia del diritto), il che dipende anche dal fatto che la norma sia strutturata in maniera tale da consentire, attraverso il processo di interpretazione e sussunzione, una aderenza esatta sulla fattispecie concreta. Ed è nel processo di interpretazione e sussunzione che il concetto giuridico estrinseca la propria utilità concreta: quella di individuare in maniera chiara i fatti e i soggetti che presuppongono l’insorgere dell’effetto giuridico.

La tradizione italiana ha una conformazione di tipo codicistico, la quale ha agevolato la costruzione di una categoria giuridica unitaria (il rapporto di lavoro subordinato come riconosciuto dall’art. 2094 c.c.) e ha eretto, anche di conseguenza a questo, il proprio sistema di tutele attorno a quella fattispecie soggettiva unitaria (con il risultato che, nel silenzio della legge e comunque in mancanza di una disposizione espressa, il sistema giuridico italiano ha concepito le tutele per il lavoro di pari passo con la loro attribuzione alla figura del lavoratore che possa dirsi subordinato secondo la fattispecie unitaria di cui all’art. 2094 c.c.).

La tradizione giuridica della *common law*, viceversa, ha una conformazione di matrice giurisprudenziale e processualistica, estranea alla categorizzazione, ma non di meno orientata all’individuazione di tipi, di strutture relazionali similari, cui poter riferire i diritti sociali introdotti dall’ordinamento.

Quest’ultima presenta un’evoluzione normativa che non ha sempre inteso la categoria del rapporto di lavoro dipendente in termini unitari: dal punto di vista concettuale/categorico non si rinviene nella tradizione inglese una definizione unitaria di lavoratore dipendente (*employee*) analoga a quella di cui all’art. 2094 c.c. italiano, mentre dal punto di vista degli effetti e della disciplina, si verifica che le tutele siano state, di volta in volta, introdotte ora a favore del lavoratore strettamente subordinato, ora a favore di una platea di lavoratori non necessariamente subordinati. Il risultato è che in Italia ogni tutela oggettivamente considerata dal legislatore è stata attribuita, essenzialmente per mezzo del contributo discrezionale e creativo della giurisprudenza, ai lavoratori suscettibili di rientrare nell’ambito descritto dall’art. 2094 c.c.

Questo spiega perché nel caso del Regno Unito il termine *employment relationship*, ovvero il sostantivo con cui si è soliti indicare una relazione di lavoro tipicamente subordinata, abbia potuto, senza stravolgimenti dell’impianto categorico di riferimento, essere utilizzato anche per relazioni di lavoro atipiche, parasubordinate.

2. È possibile concentrarsi ora sulla considerazione della dipendenza come concetto giuridico, ovvero come definizione astratta, atta a connettere fatti ed effetti, cioè come categoria capace sia di descrivere il fatto complesso di cui stiamo trattando, sia di delimitare soggettivamente il raggio di applicazione degli effetti che l'ordinamento intende allocare ad esso.

Alla base del rapporto di lavoro dipendente, in Italia come in Gran Bretagna, e ad eccezione dei regimi di lavoro connessi a provvedimenti coercitivi dell'autorità giudiziaria come misura punitivo/riabilitativa, vi è sempre una forma di contratto. In via preliminare, la categoria del contratto è quindi quella da cui può essere opportuno prendere le mosse, anche nell'ottica di acquisire confidenza con la mancanza, in questo ordinamento, di categorie nel significato codicistico del termine.

I contenuti del contratto individuale di lavoro sono per la maggior parte eterodiretti, quindi determinati dalla legge oppure dal contratto collettivo, ma ciò nonostante, la matrice contrattuale-sinallagmatica può considerarsi come una *conditio sine qua non* del rapporto di lavoro; in Gran Bretagna questo ha implicato che molte delle tutele per il lavoratore siano derivate dalla *common law* intesa come *contract-law*, cioè da quella parte della giurisprudenza che in via generale ha dato contenuti ed effetti giuridici a rapporti contrattuali.

Sotto il profilo terminologico, analogamente a quanto vedremo accade per il termine *employment*, anche il termine *contract* assume, nella tradizione anglosassone, un significato polivalente. La somiglianza tra i termini inglese *contract* e l'italiano "contratto" è piuttosto apparente in termini specificamente giuridici.

Nel diritto inglese non troviamo un concetto di contratto univoco e definito come troviamo nella tradizione continentale, coerentemente con una tradizione giuridica che, di contro alle aspirazioni di stampo romanistico-continentale, non ha ambizioni di sistema categorico esaustivo.

La categoria generale di contratto, di cui anche il contratto di lavoro è espressione peculiare, nell'esperienza italiana, come in quella continentale in generale, è tributaria delle elaborazioni di teoria generale sul negozio giuridico sviluppatesi nella Pandettistica. Nell'esperienza giuridica inglese, invece, il concetto di contratto non attinge da un simile sovra-strato dottrinale: esso è rinvenibile nella *common law*, in contesti normativi diversi e con diversi significati. Il codice civile italiano del 1942, agli artt. 1321-1469, regola in maniera sistematica le relazioni contrattuali, e lo fa partendo da una definizione costruita sul "concetto di accordo", di due o più parti, mirato a costituire, modificare o estinguere tra le parti un rapporto giuridico patrimoniale.

Il diritto inglese, invece, ne fornisce una regolamentazione di tipo non sistematico e disomogeneo. Non troviamo una norma legale che definisca la relazione contrattuale, il nucleo principale della relativa disciplina deriva dalla *case law*, svariate regole sono state man mano introdotte dalle corti di *equity*, che come noto hanno sviluppato, in passato, una giurisprudenza parallela a

quella delle corti civili ordinarie e le cui conclusioni costituiscono oggi parte integrante del sistema unitario della *common law*.

Le dissertazioni della dottrina sul tema sono, anche queste, disarticolate: come ricordano gli studi di Guido Alpa si distingue il *contract* dalla *convention*, quest'ultimo termine essendo più ampio e generico, inclusivo di accordi in cui una delle parti è la pubblica amministrazione; si distingue il *contract* dalla *obligation*, quest'ultima potendosi considerare come il singolo obbligo creato dal contratto; si distingue il *contract* dall'*agreement*, quest'ultimo richiamando precisamente l'incontro delle volontà, ovvero un requisito del contratto, parte di esso, ma non coincidente con il tutto; si distingue infine il *contract* dal *bargain*, che è un *agreement between two parties for an exchange of performances either executed or promised* (G. ALPA, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in G. ALPA, M. BONELLI, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENOVICH (a cura di), *Diritto privato comparato*, III ed., 2002).

Tra le conseguenze della mancanza di una teoria generale delle obbligazioni, vi è il fatto che i concetti appena richiamati possono essere utilizzati in senso a-tecnico e non dogmatico, e allo stesso tempo l'istanza di precisione terminologica, propria della deontologia di ogni professione legale, impone di continuare a tenerli distinti gli uni dagli altri per non rischiare di dare al fenomeno considerato un significato giuridico sbagliato.

Si è soliti distinguere due grossi filoni dottrinali nella ricostruzione anglosassone del contratto, i quali, nei loro termini essenziali, ricordano la dicotomia tra concezioni di statutarie del contratto e concezioni più semplicemente contrattualiste.

Il primo filone, in una prospettiva modernizzatrice-progressista delle relazioni sociali, enfatizza il fatto che l'accordo non debba essere considerato solo e soltanto come una questione privata, piuttosto esso dovrebbe considerarsi come un rapporto contestualizzato in un ordinamento del quale subisce i condizionamenti (derivanti dal legislatore e dalla *case law* in particolare). Il secondo filone enfatizza, invece, l'atto di autonomia privata considerato in se stesso (si è soliti riferirsi a questo tipo di impostazione parlando della c.d. *sanctity of contract*).

Si tratta della stessa dicotomia che, notoriamente, viene evocata anche a proposito del contratto di lavoro e dei principi di inderogabilità che lo caratterizzano: tanto più viene enfatizzata la contestualizzazione del contratto di lavoro nella società e nell'ordinamento, quanto più ne emergono gli elementi distintivi di fatto giuridico disciplinato dall'ordinamento (regolazione eteronoma) e considerato di rilievo non solo privatistico, ma anche e soprattutto sociale e collettivo; viceversa, più viene enfatizzata l'importanza delle volontà private, più cadono le barriere esterne alla regolazione dell'accordo, il quale potrà assumere piuttosto i contenuti liberi dell'autonomia privata.

È stato rilevato che «la discussione sulle definizioni è utile storicamente per conoscere l'accreditarsi delle idee nella costruzione dei sistemi», ma anche che essa «si rivela meno utile nella prassi economica commerciale», e che sia

pertanto, in termini pratici, preferibile non cercare una definizione giuridica immobilizzata e univoca di “contratto” nel contesto del Regno Unito, mentre, al fine di evitare incomprensioni ed equivoci, sia piuttosto opportuno concludere che per individuare il significato utile e praticamente rilevante di questo concetto si debba procedere per una verifica di esso nello specifico contesto normativo in cui ci si trovi (G. ALPA, *op. cit.*).

Possono trarsi le stesse conclusioni anche per la definizione del contratto di lavoro subordinato?

La risposta è affermativa, sebbene convenga precisare che la riflessione sulla categoria definitoria dipende molto dalla prospettiva in cui ci si disponga a considerare il fenomeno: ove ci si ponga in una prospettiva *de iure condito*, la scelta pragmatica di interrogarsi semplicemente sull'uso che si fa di un certo termine, essenzialmente a opera degli operatori e in particolare dei giudici, può essere ritenuta sufficiente. Viceversa, in una prospettiva *de iure condendo*, emerge l'assoluta necessità di valutare le definizioni giuridiche in maniera specificamente attenta al contesto storico-evolutivo in cui queste sono state utilizzate, per valutare in che termini potranno continuare ad essere utilizzate in futuro.

La dottrina inglese è solita parlare del rapporto di lavoro dipendente riferendosi direttamente al soggetto interessato, quindi al lavoratore subordinato (*employee*).

La posizione di *employee* emerge da un “processo di descrizione” di quello che era il modo caratteristico di operare dei lavoratori dell'industria; si tratta pertanto di una definizione che ha messo in parole quanto era osservabile nella realtà industriale come affermata nell'Inghilterra ottocentesca, ancora prima che nel continente.

Il concetto di lavoratore dipendente è la risultante di un processo descrittivo del modello di lavoro allora dominante, «in presenza del quale il processo di qualificazione del rapporto – semplice, evidente e per lo più intuitivo – non richiedeva la formulazione di criteri di indagine logici, complessi, di tipo indiziario» (A. GOLDEN, *The subjective weakening of labour law*, in D. DAVIDOV, B. LANGILLE (a cura di), *Boundaries and frontiers of labour law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, 112).

Ciò detto, non va dimenticato che la differenziazione di un lavoratore dipendente/subordinato da un lavoratore autonomo è forse tra le distinzioni che, indipendentemente dall'epoca, hanno sempre dato del filo da torcere alle istanze categoriche e definitorie. Da una lettura della giurisprudenza britannica che se ne è occupata (si trovano innumerevoli riferimenti giurisprudenziali in S. DEAKIN, G. MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, Oxford, 2005, IV ed., 136 ss., nonché in G. PITT, *Employment Law*, Sweet&Maxwell, 2007, VI ed.), non dissimilmente da quanto è accaduto in Italia, quanto emerge è che anche in passato i giudici hanno dovuto rimettersi a indagini indiziarie circa gli elementi atti a provare la realtà della dipendenza, con la differenza che, allora, l'indagine poteva essere più intuitiva, e certo meno complessa e articolata ri-

spetto a quella che si deve svolgere oggi al fine di collocare l'area, quantitativamente crescente, dei rapporti dalla natura ambigua e complessa.

Oggi i processi economici che interessano le relazioni industriali, legati ai processi di decentralizzazione e destrutturazione dell'impresa, producono realtà oggettivamente non più riconducibili alle matrici che si sono usate tradizionalmente.

All'italiano "subordinazione" corrisponde, in termini stretti, l'anglosassone *subordination* («Placed in or belonging to a lower order or rank; of less importance; secondary; subject to or under the authority of a superior» è la definizione data nel *Thesaurus' Dictionary*) piuttosto che *dependence*, ma il sostantivo nel quale il concetto si è tradizionalmente trasposto, ed è stato ritenuto implicito, come anticipato, è quello di *employment* (la definizione del *Thesaurus' Dictionary* recita «an occupation by which a person earns a living; work; business»), da cui deriva che, come si diceva, il concetto di *employee* corrisponde, nel linguaggio comune, al concetto italiano di lavoratore subordinato.

Analogamente a quanto appena visto per il concetto di *contract*, neppure il concetto di *employment* assume in Gran Bretagna un significato univoco. E come ricordato sopra, una *employment relationship* può indicare un rapporto di lavoro subordinato anche in senso ampio, dal momento che la flessibilità delle categorie definitorie anglosassoni – tipicamente legate all'esperienza casistica invece che alla dogmatico-codicistica – ha più facilmente consentito la permeazione delle evoluzioni economico sociali e la collocazione di forme contrattuali atipiche tra i rapporti di lavoro degni di protezione sociale.

Il concetto di *employment* compare in diversi contesti della legislazione inglese, ma viene definito, o più spesso solo citato, in maniera diversa a seconda del contesto normativo nel quale viene menzionato.

La legislazione sociale, da un lato, usa il termine di *employment* per individuare il rapporto di quelle persone cui la legge attribuisce tutele come quella contro il licenziamento ingiustificato (*unfair dismissal*), il licenziamento per motivi oggettivi (*redundancy law*), il diritto all'informazione scritta circa le condizioni di impiego (*written statement*) e così via.

La *common law* in senso stretto (*case law*), da parte sua, si riferisce al rapporto di *employment* essenzialmente per individuare la natura e l'estensione delle obbligazioni che siano derivanti dallo stesso rapporto, in particolare per verificare la presenza di clausole implicite tipiche dei rapporti di lavoro (sulle clausole implicite si veda, per esempio G. PITT, *op. cit.*, 108 ss.); nell'ambito della responsabilità extracontrattuale (*law of tort*), la giurisprudenza si riferisce al contratto di *employment* essenzialmente per verificare se sussistono i presupposti per una responsabilità del datore verso i terzi danneggiati (*vicarious liability*).

In ciascuno di questi contesti, la definizione data al concetto di *employment* tende a divergere: per esempio, ai fini della tutela contro il licenziamento l'*employee* è definito (tautologicamente) come «an individual who has ente-

red into or works under a contract of employment» (*Employment Relation Act* del 1996, sez. 230, 1), mentre la normativa sulle discriminazioni per motivi sessuali del 1975 presuppone un «*employment under a contract of service or of apprenticeship or a contract personally to execute any work or labour»* (*Sex Discrimination Act* del 1975, sez. 82, 1), facendo così emergere un'area di applicazione soggettiva chiaramente più ampia.

Questo stato di cose ha comprensibilmente sollevato in dottrina la questione se il concetto abbia o debba avere un significato unitario, o piuttosto se si tratti di una definizione corrispondente a significati/concetti giuridici diversi (S. HONEYBALL, *The conceptual integrity of Employment*, in *Cambrian Law Review*, 2005, vol. 36, 1-14).

Anche osservando il determinante apporto dei giudici, naturalmente, si riscontra una tensione tra l'idea di considerare il termine *employee-employment* in maniera concettualmente unitaria e l'idea di conferirgli, piuttosto, un significato diverso a seconda del contesto normativo nel quale esso venga considerato.

La tensione deriva essenzialmente dalla non più certa riconducibilità delle tutele per il lavoro a una classe unitaria di lavoratori – tipicamente la classe degli operai e dei lavoratori dell'industria in generale, che in passato aveva costituito il modello sociale di riferimento.

La diversificazione del significato di *employment* si fa palese quando, nel fare riferimento ai criteri indiziari rivelatori della subordinazione, i giudici fanno di questi ultimi un uso diverso e alternativo a seconda della materia del contendere, ora utilizzando indicatori della subordinazione formalistici (come il *control test* o il *mutuality of obligation test*) ora utilizzando indicatori sostanzialistici (come il c.d. *economic reality test*) ora combinando i diversi criteri di indagine tra loro. Del resto, l'affermarsi del *multifactor test*, ovvero della necessità di una indagine che mira ad accertare la presenza di una dipendenza sulla base di molteplici criteri di indagine piuttosto che di un criterio solo, ritenendoli tal volta complementari tra loro, tal volta esclusivi, ribadisce di per sé un approccio pluralista.

Come noto, l'indagine sulla presenza di un potere direttivo evoca il *control test*, l'indagine sulla presenza di elementi di stabilità dell'accordo evoca il *mutuality of obligation test*, l'indagine sulle condizioni economiche che circostanziano il rapporto evoca l'*economic reality test*, e il ricorso a questa serie di criteri implica un bilanciamento tra diversi elementi fattuali che così rivelano la condizione di dipendenza, bilanciamento tutto rimesso alla valutazione discrezionale delle corti.

Si tratta di uno scenario che è solo in parte diverso da quello italiano: anche in Italia i giudici si sono impegnati a rinvenire gli "indizi" della dipendenza/subordinazione tra degli elementi fattuali di varia natura, ma il fatto *sine qua non* che qualifica il rapporto è quello individuato nell'effettivo esercizio del potere direttivo-disciplinare-di controllo come presupposto dalla fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., il che, su un piano categorico, non consente una

pari apertura alla considerazione di fattori diversi. In altre parole, è evidente che in Italia il criterio della subordinazione tecnica abbia assunto un valore preclusivo alla pari considerazione di altri fattori pure indicativi della posizione di un lavoratore dipendente.

Le corti anglosassoni, di contro a quanto detto sopra, hanno mostrato di favorire anche l'opposto approccio nel definire il lavoro subordinato – cioè l'approccio "di tipo unitario". Un approccio unitario è implicito nel fatto che lo stesso test, lo stesso criterio di indagine è pure stato usato nell'applicazione di tutele e contesti normativi diversi. In questo senso bisogna ricordare anzitutto che anche in Gran Bretagna l'indicatore del potere direttivo ha giocato e gioca un ruolo determinante e spesso prevalente in tutti gli ambiti normativi; è riscontrabile che le corti hanno utilizzato l'indice del potere direttivo sia per l'applicazione delle norme contributive fiscali e previdenziali, sia in materia di responsabilità del datore verso i terzi e così via. A partire dal caso guida *Yewens v. Noakes* del 1880, il dipendente – detto anche *servant* in virtù della tradizione che rinviene il rapporto subordinato nel rapporto *master-servant* – è definito in base al *control test* come una persona soggetta agli ordini del proprio capo in relazione alle modalità di espletamento del lavoro («*a person subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work*») e tale definizione è stata ripresa in una molteplicità di dispute sorte, successivamente, per motivi di licenziamento, di evasione fiscale, di sicurezza sul posto di lavoro e così via.

Le corti inglesi hanno dato prova di prediligere l'approccio unitario anche ritenendo ferma la qualificazione di una medesima fattispecie concreta (in termini di subordinazione o di autonomia) indipendentemente dai diversi contesti normativi oggetto di controversia. Per esempio nel caso *Massey v. Crown Life Assurance Co.* del 1978 la Corte d'Appello non ha consentito a che il lavoratore, qualificato ai fini fiscali come lavoratore autonomo, fosse poi diversamente qualificato come lavoratore dipendente ai fini dell'applicazione della disciplina sul licenziamento ingiustificato. In altre parole, la categoria accertata non è stata messa in discussione per il solo fatto di dover considerare il caso alla luce di normative differenti.

Del resto, in certe decisioni, la necessità di dare un significato univoco al concetto di *employee* è stata apertamente affermata, sul presupposto che l'approccio alternativo e pluralista implica il rischio di una ingiusta disparità di trattamento (nel contesto del caso *Calder v. H. Kitson Vickers Ltd* del 1988 si era affermato: «*the decision does not depend upon the circumstances in which the question is raised, that is to say, for example, whether it is a claim for damages for personal injury or an issue as to deduct Nation Insurance Contributions*»).

In conclusione, l'alternativa si è posta e si pone in termini di scelta tra una interpretazione circostanziale e pluralista, fondata sulle ragioni della normativa rilevante in rapporto al caso considerato (questo tipo di approccio viene indi-

cato anche con riferimento alla c.d. *purposive interpretation*), e una interpretazione uniforme, indifferente al contesto normativo di riferimento.

In entrambi i casi, apparentemente, un costo potrebbe dover essere pagato per affermare la giustizia: l'approccio unitario rischia di veder frustrate le esigenze di una giustizia misurata sulla base delle circostanze, l'approccio pluralista rischia di condurre verso la deriva di una giustizia relativa.

In realtà, questo tipo di rischi emerge solo in rapporto a un ordinamento che abbia proiettato tutto il complesso di tutele a favore del lavoratore subordinato (tutela contributiva, fiscale, contro il licenziamento e così via) così che, in effetti, a fronte di diverse strade percorribili per accertare la dipendenza/subordinazione, il rischio della disparità di trattamento non giustificata si appalesa nettamente.

Quando, invece, l'ordinamento abbia disposto tutele oggettive diverse per diversi tipi di rapporto di lavoro dipendente, ecco che l'approccio pluralista non implica certo più il rischio di una disparità di trattamento; piuttosto, esso è il normale portato di una giustizia che rispecchi il diritto positivo.

Come in Italia, anche in Gran Bretagna il problema concettuale/terminologico – in altre parole, come categorizzare i fatti rivelatori della dipendenza – si pone per tanto al centro delle discussioni più attuali ed è proprio sulla falsariga della rilettura delle categorie, intese qui come concetti e termini definitivi, che tanto la dottrina italiana quanto la dottrina inglese si stanno muovendo per adattare l'attuale impianto normativo alle nuove esigenze della realtà economica e sociale.

A fronte della riscontrata esigenza di diversificare le tutele (gli effetti giuridici) a seconda delle possibili posizioni che il lavoratore gioca nelle nuove realtà economiche, dove la complessità delle relazioni possibili, se non fa ritenere superata la dicotomia tra subordinazione e autonomia, sicuramente la denuncia come non più legittimante la linea di demarcazione tra lavoro protetto e non, si tratta di ricercare delle definizioni e dei termini atti a re-delineare l'ambito di applicazione soggettivo delle tutele così segmentate e, a loro volta, in via di re-definizione.

Se questo è l'attuale punto di partenza, la considerazione che la definizione della dipendenza in senso giuridico abbia sempre implicato una indagine problematica ha portato qualcuno ad affermare che sarebbe meglio non chiedere cosa sia. E, in effetti, sovviene il pensiero che quando la domanda tende a riproporsi senza potersi dare una risposta, conviene piuttosto chiedersi quanto valga ancora la pena di porsi.

Ma se cercare un significato al concetto di lavoro dipendente può essere come ricorrersi la coda, più produttiva nell'immediato può certo risultare l'attività di chiedersi, come in parte abbiamo già provato a fare, da cosa esso sia composto, quali siano gli elementi che lo costituiscono.

Si è premesso come sia determinate procedere a studiare il fenomeno della dipendenza/subordinazione, muovendo dal discernimento dello stesso fenomeno

sotto il profilo fattuale, sotto il profilo concettuale-giuridico, sotto il profilo degli effetti giuridici connessi.

Rimanendo al profilo concettuale terminologico, vedremo nel prossimo paragrafo come anche la dottrina anglosassone fornisca contributi interessanti.

3. Un punto di partenza può essere la considerazione della finalità primaria della definizione di dipendenza/subordinazione nel contesto del diritto del lavoro: un punto che appare condivisibile è quello per cui sia necessario definire la subordinazione per allocare una tutela a quei lavoratori che, in virtù di una implicita posizione di debolezza nei confronti della controparte, hanno bisogno di una protezione, a differenza dei lavoratori autonomi che non si trovano nella stessa posizione di debolezza e che per tanto “possono badare a se stessi”.

Se questo è il fine politico dell'intervento eteronomo che vuole distinguere la figura del lavoratore dipendente, occorre chiedersi meglio in che cosa consista questa posizione di debolezza.

La risposta è che la debolezza del lavoratore non è un complemento intrinseco, quasi socialmente presunto, della figura del lavoratore dipendente; essa, piuttosto, esprime fattori oggettivi più specifici e distinguibili tra loro.

Secondo il contributo di Davidov (G. DAVIDOV, *The three axes of employment relationships*, cit.; ID., *The Reports of my death are greatly exaggerated: Employee as viable (though over-used) legal concept*, in *Boundaries and frontiers of labour law*, cit.; nonché ID., *Who is a worker*, in *Industrial Law Journal*, vol. 34, n. 1), sono almeno tre i fattori che generano, o che possono generare, la debolezza del lavoratore: innanzi tutto c'è la sua, possibile, “debolezza contrattuale”, in secondo luogo c'è, o ci può essere, un “deficit democratico” nello svolgimento effettivo del rapporto, e in terzo luogo c'è una possibile oggettiva “debolezza socio-economica” del lavoratore; sono tutte e tre condizioni diverse, che possono essere compresenti, ma che possono anche esistere solo in parte.

La debolezza contrattuale (in inglese *inequality of bargaining power*) è un aspetto che viene ritenuto più o meno decisivo a seconda della scuola economica che si scelga di seguire, ma che certamente non contraddistingue tutti i rapporti di lavoro dipendente alla stessa maniera. Le teorie che appoggiano il libero mercato presuppongono che in un sistema di concorrenza perfetta il prezzo del lavoro (salario) sia determinato in maniera pressappoco automatica dall'incontro tra domanda e offerta, e che pertanto nessun potere dovrebbe essere lasciato alle parti di influire sul processo che determina questo incontro e questo prezzo.

Dal momento che quella della concorrenza perfetta è una ipotesi di scuola, mentre la realtà presenta svariate deficienze del mercato e gli alti tassi di disoccupazione ne sono la conferma, ne deriva che la questione della debolezza contrattuale diventa una questione empirica: la debolezza contrattuale si manifesta quando il mercato è circostanziato da distorsioni e difetti – i quali possono avere le proprie radici in una infinita quantità di variabili (asimmetrie in-

formative, situazioni di monopolio o oligopolio ecc., tutte possibili circostanze da cui può derivare il risultato di una domanda superiore all'offerta in modo rilevante) – tali da conferire al datore di lavoro il potere di influire sulle condizioni contrattuali.

A fronte di questo rilievo empirico, scuole economiche come quella di Chicago insistono a dire che queste imperfezioni sono relative e che il fattore lavoro deve essere trattato come se il mercato agisse in una condizione di (potenziale) piena occupazione.

Il fatto sicuro è che la disparità nel potere contrattuale non è un fattore che si manifesta a priori, come fosse una condizione rigidamente compresente al rapporto di lavoro; in certi casi l'alto grado di competenze specialistiche può dare più forza contrattuale al lavoratore che al datore di lavoro, il carattere artistico-creativo dell'opera può altrettanto porre un lavoratore in condizione di piena forza contrattuale.

Un indice del potere contrattuale, in una data fattispecie concreta, è l'essere stata predisposta una trattativa individuale concernente i contenuti della prestazione e la determinazione di un corrispettivo superiore ai livelli medi corrisposti per lo stesso tipo di prestazione.

Il secondo elemento che può integrare una condizione di debolezza del lavoratore dipendente, e distinguerlo così da un lavoratore verso il quale non si presupponga lo stesso tipo di istanza protezionistica, è la debolezza qualificabile come un deficit democratico (*democratic deficit*), e si tratta della condizione che tradizionalmente ha avuto la maggiore considerazione, essendo quella tipica del lavoratore subordinato dell'industria.

Il lavoro subordinato è infatti tradizionalmente contraddistinto da poteri del datore di lavoro tali da impedire che il lavoratore possa avere scarsa o alcuna autonomia nello svolgimento della prestazione.

Il controllo del datore di lavoro può impedire al lavoratore di avere alcuna influenza sui contenuti, sulle modalità, sui tempi della prestazione, di maniera da realizzare dei condizionamenti anche molto forti sulle modalità di realizzazione del servizio, condizionamenti che si traducono in limiti alla vita sociale del lavoratore, i cui diritti fondamentali – di libertà di movimento, di espressione, di condivisione della vita familiare, ecc. – risultano così oggetto di un compromesso.

Questo tipo di debolezza è essenzialmente quello accertato dalla tradizione giuridica italiana attraverso il ricorso al criterio della eterodirezione ai sensi dell'art. 2094 c.c., come letto dalla giurisprudenza prevalente: l'ultima volta le Sezioni Unite si sono pronunciate sul tema, con Cass. 30 giugno 1999, n. 379, hanno chiarito che ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari – come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni,

dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale – che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione. Questo è, a ben vedere, lo stesso tipo di debolezza che l'indagine anglosassone, detta del “*control test*”, mira a mettere in luce parimenti.

Un terzo tipo di debolezza del lavoratore si può rinvenire nella situazione in cui questo sia economicamente dipendente dal datore di lavoro (*economic dependency*), quando cioè le condizioni del rapporto facciano emergere una reale dipendenza del reddito complessivo del prestatore di lavoro dall'*an* e dal *quantum* della commessa del datore di lavoro – a prescindere dai redditi personali (non da lavoro) di ogni singolo individuo, a voler contare i quali si dovrebbe prefigurare un sistema economico illiberale.

Questo è il caso tipico in cui, anche un professionista che abbia un solo cliente/datore di lavoro, magari perché il tipo di impegno non gli consente, quantitativamente, di lavorare anche per altri e quindi il suo reddito risulti di fatto completamente agganciato all'attività del datore (monocommittenza necessitata). In questa situazione, anche se il prestatore di lavoro può offrire una competenza particolare, tale da metterlo in una condizione di equilibrio contrattuale, anche se il tipo di mansioni richieste consente di poter operare in piena autonomia operativa e quindi in assenza del tipico deficit democratico, malgrado quindi la formale libertà del soggetto in questione di rapportarsi *vis a vis* con il datore di lavoro, la realtà del rapporto di lavoro evidenzerebbe un limite alla sostanziale libertà di scelta e di azione del prestatore di lavoro, il quale rischia di veder diminuito il proprio reddito nel porre in essere scelte che il datore di lavoro potrebbe non condividere.

La dipendenza economica così concepita costituisce una circostanza che nel panorama dottrinale italiano compare negli studi mirati ispirati dall'idea di porre un rimedio alla collocazione dell'area grigia dei rapporti di lavoro che, seppur contraddistinti da una forma contrattuale autonoma, o più spesso parasubordinata, celano nella sostanza una condizione di dipendenza reale e sostanziale (nel panorama anglosassone l'abuso della forma contrattuale si indica come *intentional misclassification*).

Sui tentativi legali di fornire una base alla condizione della dipendenza economica in Italia (e al relativo divieto di abuso da parte del soggetto in posizione dominante) si possono ricordare le riflessioni perplesse di R. Voza a proposito della legge sul rapporto di subfornitura (R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004, spec. 196 ss.), il quale ricorda come la l. 18 giugno 1998, n. 192, avesse tipizzato genericamente una «disparità di potere contrattuale». L'art. 1 della legge in questione recita: «Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un ec-

cessivo squilibrio di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

Voza non mancava di sottolineare l'indeterminatezza della norma nel misurare l'inferiorità economica della parte che intende tutelare, e in particolare l'indeterminatezza nel rilevare la sua «possibilità di reperire alternative», che tradotto in termini giuslavoristi significa la possibilità di uscire da una condizione di “monocommittenza” (R. VOZA, *op. cit.*, precisa che «naturalmente, l'assenza di alternative di mercato deve essere “reale” e non “giuridica”, cosa che si verificherebbe nel caso in cui una parte fosse vincolata da una clausola di “esclusiva”: la disciplina in esame “fotografa”, dunque, un rapporto di potere, o meglio, un potere di fatto e non di diritto, in capo al committente»).

Tornando al contesto prettamente giuslavorista, si rimanda più recentemente ai contributi di cui al ddl n. 1873/2009, a firma Ichino nonché al ddl n. 2000/2010 a firma Nerozzi, che a proposito di monocommittenza, definiscono esplicitamente, accanto al lavoratore “subordinato” (inteso come colui che sia esposto al potere direttivo del datore di lavoro) il lavoratore – economicamente – “dipendente”. «È dipendente da un'azienda il lavoratore subordinato, nonché il lavoratore autonomo continuativo, l'associato in partecipazione, o il socio lavoratore di società commerciale, che tragga più di due terzi del proprio reddito di lavoro complessivo dal rapporto con l'azienda medesima» salvo che, alternativamente, non si tratti di un libero professionista iscritto all'albo o che sia superata una certa soglia reddituale. Una precedente proposta di riforma legislativa, che prevedeva la fattispecie del lavoro economicamente dipendente come fattispecie distinta dal lavoro subordinato, comunque compresa sotto la protezione dell'art. 35 Cost., era anche il ddl n. 1872, comunicato al Senato il 4 dicembre 2002, tra gli altri da Tiziano Treu. L'art. 17 del d.l. definiva il lavoro economicamente dipendente essenzialmente ricavandolo dalla definizione dei rapporti c.d. di collaborazione: «si considerano tali i rapporti di collaborazione aventi a oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza vincolo di orario, indipendentemente dall'ambito aziendale o extraaziendale in cui si svolge la prestazione stessa». La norma non chiariva quindi quale fosse l'elemento distintivo caratterizzante della condizione di debolezza.

Nel Regno Unito, come negli Stati Uniti, è stata invece soprattutto la giurisprudenza a fare emergere la rilevanza delle condizioni economiche nel processo di qualificazione del lavoratore dipendente (per dei riferimenti dottrinali internazionali, e non solo anglosassoni, sul punto di dipendenza economica si veda il numero *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 21, 1999, sulla questione *Employed or self employed?*, nonché il rapporto della Conferenza internazionale dell'ILO del 2003, 91st Session, *The scope of the employment relationship* (in epigrafe), e, in precedenza, la Conferenza internazionale del

giugno 1998, 86th Session, e ancora ILO, *Meeting of Experts on Workers in situation needing protection: basic technical document*, 2000, in epigrafe).

Tra i possibili criteri di indagine della dipendenza intesa in senso ampio – è stato usato, infatti, anche il c.d. *economic reality test*, già richiamato.

Questa indagine si concentra sulle circostanze sostanziali che descrivono appunto la realtà economica rilevante, in termini attinenti al rischio di impresa, alla durata del rapporto, alla continuità, alla natura esclusiva del rapporto, all'imputazione dell'interesse economico perseguito. Essa viene definita dalla dottrina inglese come un criterio sostanzialista sulla strada dell'identificazione del lavoratore dipendente (S. DEAKIN, G. MORRIS, *op. cit.*, 152). Tuttavia, non si registrano ad oggi criteri univoci per dare peso alla valutazione della dipendenza economica del lavoratore.

L'elemento della durata e della continuità del rapporto vengono considerati, nella prospettiva di una valutazione della condizione economica rilevante, un presupposto in mancanza del quale la dipendenza non può dirsi venuta ad essere, posto che il lavoro occasionale non è per definizione un lavoro che implica una dipendenza.

Pertanto, se, da un lato, il riferimento alla dipendenza economica come elemento distintivo di un *employee* è stato usato nella *common law* per estendere l'area di applicazione soggettiva delle tutele a un raggio più ampio di beneficiari, il medesimo riferimento è servito, d'altro canto, a restringere la cerchia dei soggetti legittimati alla tutela propria del lavoro dipendente.

4. Comune al percorso della dottrina italiana e anglosassone è certamente l'intenzione di rileggere le categorie definitorie (*definitional categories*) che descrivono la posizione del lavoratore nel contesto dell'ordinamento alla luce dei nuovi scenari economico-sociali e normativi.

La categoria definitoria è un concetto che viene prima di quello di fattispecie: si può dire che la categoria definitoria sia un elemento costitutivo della fattispecie. Pertanto, essa può essere utilizzata tanto nella tradizione legale codicistica, che procede alla lettura della realtà per mezzo di una elaborazione di fattispecie astratte, quanto nel contesto della tradizione legale casistica, nella quale – sebbene non sia tecnicamente corretto parlare di fattispecie – la categoria definitoria è non di meno essenziale per il ragionamento giuridico, in quanto questo è finalizzato comunque a connettere i fatti del caso concreto agli elementi della legge.

Si può dire che nel processo di sussunzione, proprio del ragionamento giuridico di entrambe le tradizioni, la categoria definitoria sia lo strumento comune che consente appunto il rapporto tra la fattispecie concreta e la legge (nel diritto codificato), e tra il caso pratico e la *common law*.

Tra gli studi più ampi sul tema definitorio dei rapporti di lavoro a livello concettuale-giuridico nel panorama anglosassone c'è quello di Mark Freedland (M. FREEDLAND, *The Personal Employment Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2003; ID., *Rethinking the Personal Work Contract*, 58 *Current Legal Problems*, 2005, 517; ID., *Application of labour and employment*

law beyond the contract of employment, in *International Labour Review*, 2007, vol. 146, n. 1-2). Gli studi di Freedland sono del resto tributari di contributi precedenti come quelli offerti da B. HAPPLE, *Restructuring Employment Rights*, in *ILJ*, 1986, 15, 69, che sposta la definizione dal “*contract of employment*” a quella di “*employment relationship*”; nonché H. COLLINS, *Independent contracts and the challenge of vertical disintegration to employment protection laws*, in *OJLS*, 1990, 10, 353, che argomenta, in termini interpretativi piuttosto che ridefinitori, per la necessità di una interpretazione della categoria di *employee* che sia più inclusiva. Il contributo di Freedland testimonia lo sforzo di fornirsi di quell’ “alfabeto originario di concetti” di cui la *common law* è tradizionalmente priva, ma testimonia anche il trend di necessario avvicinamento e armonizzazione tra la *common law* e la *civil law*. Il suo lavoro mira a ridefinire i confini della materia spostandola dal concetto di contratto di lavoro subordinato, inteso in senso stretto, al concetto più ampio del *personal employment contract* che, in questo senso lato, comprende non solo coloro che abbiano stipulato un contratto di lavoro dipendente come concepito nella tradizione giuslavorista originaria – tipicamente concentrata sul concetto di subordinazione –, ma anche tutti coloro che abbiano di fatto svolto attività lavorativa in maniera personale, per la quale siano direttamente responsabili in termini organizzativi, purché non si tratti di una attività svolta genuinamente in forma di impresa.

La trattazione così concepita estende perciò i margini della materia a tutti coloro che possano dirsi lavoratori (*workers*) e comprende i lavoratori “semidipendenti” o para-subordinati.

Questa dottrina muove dalla considerazione del carattere dinamico del rapporto di lavoro e passa anch’essa per la presa di consapevolezza che il rapporto di lavoro meritevole di protezione da parte dell’ordinamento abbia una natura e un carattere tali da non poter essere ricondotto entro una casistica omogenea (che significa, tradotto nei termini della *civil law*, una fattispecie unica), a meno che non si conceda di riconoscere diversi sottotipi, cui far corrispondere diversi trattamenti normativi. Essa afferma che appare preferibile adottare un “*piecemeal approach*”, un approccio frammentario capace di abbracciare le differenti ipotesi di lavoro, più o meno dipendente, per ricondurlo alle diverse ipotesi di intervento protettivo (questa impostazione è definita da qualcuno come l’impostazione di fatto già predominante nel sistema legale inglese – J. DUDDINGTON, *Employment Law*, Pearson Longman, 2007, II ed., 49).

La consapevolezza di non poter più descrivere il quadro dei rapporti di lavoro entro una categoria unitaria e, di riflesso, neppure in una categoria dicotomica (lavoro subordinato-lavoro autonomo) ha condotto a fare un “salto” verso il riconoscimento di una «famiglia di rapporti di lavoro variamente correlati gli uni agli altri» («a shift from unified analysis of the contract of employment to the recognition of a diverse though inter-linked family of personal work contracts»).

La tradizionale dicotomia, presente notoriamente in tutti gli ordinamenti giurolavoristi con una tradizione economica capitalistico-industriale, potrebbe essere foriera di discussioni non utili alla causa della ricerca di categorie definitorie adattabili alla nuova realtà dei mercati del lavoro e, di conseguenza, alla causa della giusta redistribuzione delle tutele.

Il punto della necessità di superare questa dicotomia (senza negarla) è acquisito dalla dottrina italiana sicuramente sotto un profilo empirico, legato al proliferare di forme di lavoro atipiche, e di recente ha preso piede anche sotto un profilo concettuale e teorico quale manifesto nelle proposte di riforma legislativa che concepiscono l'idea del c.d. contratto unico (auspicavano uno Statuto dei lavoratori che superasse la tradizionale dicotomia tra lavoro dipendente e lavoro autonomo, tra gli altri, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, IV ed., 139; P. ICHINO, *Un solo diritto e un solo mercato per lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in F. AMATO (a cura di), *I "destini" del lavoro. Autonomia e subordinazione nella società postfordista*, Franco Angeli, Milano, 1998). Tra le proposte di riforma recenti, l'idea di una fattispecie omnicomprensiva, dal punto di vista soggettivo, dei rapporti di lavoro si ritrova nei progetti di Tito Boeri e Pietro Garibaldi confluita nel ddl Nerozzi n. 2000/2010 nonché in quella di Pietro Ichino, richiamata nel testo e confluita nel d.l. n. 1873/2009: entrambe richiamano una fattispecie unica (c.d. contratto unico a tutele progressive) a tempo indeterminato. Il modello nord-europeo è, in queste ultime due proposte, chiaramente evocato.

Negare la dicotomia tradizionale potrebbe costituire un azzardo all'impianto lavorista, quale tradizionalmente fondato sul concetto della protezione del lavoratore dipendente. Ed è pertanto opportuno precisare che, secondo queste analisi propositive, superare la dicotomia non significa negare le peculiarità di questa forma contrattuale e le esigenze di tutela connesse alla debolezza (variamente determinata e determinabile, come appena visto), ma piuttosto significa riconoscere una esigenza di protezione dell'attività lavorativa anche al di là della dipendenza/subordinazione, il tutto in maniera graduale e adattata sulle peculiarità del rapporto di lavoro in questione.

Si è tanto più in grado di comprendere queste disquisizioni sulle categorie definitorie del rapporto di lavoro, quanto più si riesce a fare una sorta di *tabula rasa* di quella che è la struttura categorica tradizionale (inglese e italiana, nei diversi termini di cui si è fatto cenno) che attualmente disciplina il rapporto di lavoro. Definizioni tradizionali non vanno perdute, esse torneranno utili in un secondo momento. In un primo livello di analisi il riferimento alle (obsolete) categorie tradizionali può essere foriero di fraintendimenti.

Come primo passo verso l'elaborazione di nuove categorie definitorie che certo possono costituire un valore giuridico comune a tradizioni legali diverse, ma vicine in quanto deputate a regolare lo stesso tipo di fenomeno economico-sociale, ispirandosi a valori e politiche sempre più convergenti e condivise, si può immaginare di essere preliminarmente presi dall'osservazione della realtà socio-economica per come essa si presenta ai nostri occhi.

Questo atteggiamento mentale è quello tipico e naturale del giurista di *common law*, che non ragiona su categorie astratte ma piuttosto sul dato empirico fornito dal caso in esame; il giurista di *civil law*, abituato a trattare direttamente con categorie astratte piuttosto che con il caso singolare, può trovarsi più disorientato. Ma solo attingendo, in prima battuta, direttamente ai dati empirici che la realtà ci presenta è possibile prendere una più lucida cognizione della vasta area di intervento che, nell'ambito delle nuove relazioni industriali e nelle più specifiche condizioni in cui il lavoro umano si svolge, impone una ridefinizione, una ri-nomenclatura dei concetti definatori.

Le istanze vecchie e nuove del mercato del lavoro possono emergere ed essere monitorate attraverso diversi canali di lettura ed elaborando diverse fonti e banche dati. Ci sono i dati del contenzioso aperto davanti ai tribunali del lavoro, ci sono i dati del contenzioso stragiudiziale, quello portato davanti agli organi di conciliazione come le Direzioni provinciali del lavoro e per il caso inglese davanti all' ACAS (*Advisory, Conciliation and Arbitration System*), ci sono i rilevamenti delle indagini socio-statistiche promosse da centri studi indipendenti e pubblici, ci sono i centri per l'impiego e in generale tutte le istituzioni pubbliche e private che abbiano in carico la gestione delle relazioni di lavoro, che possono diventare raccoglitori di dati con un impiego di sostanze relative – perché il maggiore costo di una banca dati è la sua istituzione e la gestione del suo funzionamento, ma si tratta di un costo fisso che potrebbe essere facilmente ripartibile tra più utilizzatori.

La categoria definitoria del “contratto di lavoro” (*personal employment contract* – o contratto di lavoro unico) è pacificamente riferibile al rapporto di lavoro, svolto in virtù di un contratto, in maniera prevalentemente personale, in cambio di una remunerazione.

Si tratta di una prima categoria definitoria che ci porta verso una rottura fondamentale con la tradizione giuridica del diritto del lavoro di vecchia generazione. Anche il riferimento al potere direttivo genericamente richiamato, presente nella definizione di lavoratore dipendente che circola nella giurisprudenza europea è, in questo modo, superata (cfr. S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S.B. CARUSO (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, vol. V, *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009, 35 ss.).

A proposito dell'idea di una categoria definitoria unica possono essere richiamate anche le conclusioni dell'ILO, secondo il quale «The employment relationship, as a legal concept, exists in the 39 countries studied by the Ilo and most others, with certain similarities from which a certain profile emerges. This finding is fundamental» (cfr. il rapporto della Conferenza internazionale dell'ILO del 2003, 91st Session, *The scope of the employment relationship*, cit.).

Riconoscere alla categoria definitoria del rapporto di lavoro unico (*personal employment contract*), così ipotizzata e circoscritta, un preciso valore giuridico oltre che descrittivo, significa ridelineare il campo di applicazione sog-

gettivo della normativa giuslavorista e, nella considerazione del quadro di tutele vigenti, l'impianto della loro allocazione.

Questo riconoscimento è fondamentale e storicamente rivoluzionario in un sistema di *civil law*, poiché impone una necessaria riallocazione delle tutele esistenti, implicando che un progetto di riscrittura integrale delle norme giuslavoriste sia un passo consequenziale e obbligato, poiché, in mancanza di quest'ultimo, spetterebbe all'opera creativa della giurisprudenza di forzare le categorie esistenti.

Ma si tratta di un riconoscimento evidentemente importante anche in un sistema di *common law* (sebbene qui la giurisprudenza sia investita di un potere normativo diretto e sia pertanto abilitata a plasmare le categorie) nel quale mancano comunque criteri interpretativi e definitivi pacificamente riconosciuti che, a livello di sistema, consentano una maggiore coerenza teorica, quindi maggiore prevedibilità del ragionamento giuridico e, di conseguenza, maggiore certezza e giusto trattamento.

È così possibile pensare a una sorta di nuova matrice, entro le cui assi sono disposte le diverse possibili forme contrattuali: essa è comprensiva sia delle forme di lavoro autonomo sia delle forme di lavoro dipendente; gli elementi di questa matrice saranno ciò che consente di distinguere una forma dall'altra. Il contratto di lavoro dipendente è uno dei modelli contrattuali ricompresi, e certamente anche quello numericamente più rilevante nella realtà britannica come in Italia e nel resto del continente, ma al suo fianco vengono poste varie altre fattispecie che a tratti partecipano, a tratti non partecipano, degli elementi del modello tradizionale.

Non ci troviamo, dunque, davanti a nuove fattispecie con i rispettivi effetti giuridici, ma solo in una fase di riconoscimento preliminare della realtà, come di autenticazione della stessa, cui segue una bozza di processo ridefinitorio che potrebbe rappresentare un primo passo verso una possibile nuova struttura giuridica generale sui rapporti di lavoro, in una prospettiva di elaborazione la cui utilità non emerge solo a livello nazionale, ma anche a un più ampio e inevitabile livello internazionale.

Mark Freedland ha ideato e ipotizzato due ulteriori elementi definitivi portanti: il primo è quello di *family of personal work contracts* che potrebbe essere tradotto come "famiglia o gruppo dei rapporti di lavoro a carattere personale" (ovvero l'insieme), che però non appare aggiungere molto alla categoria del *personal employment contract* se non per il suo evidenziare, di quest'ultimo, il carattere contenitivo (si tratta di una costruzione che del resto presenta chiare assonanze con le più note proposte di riforma generale delle fattispecie definitive del rapporto di lavoro nel panorama della dottrina italiana. In particolare, si ricordano le proposte di Pier Giovanni Alleva e Massimo D'Antona, ispirate a una idea di *genus* del rapporto di lavoro, detto anche lavoro *sans phrase* o "senza aggettivi" – cui attribuire una generalità di tutele – che si distinguerebbe, per contenerle, da una serie di *species*, tra cui anche il lavoro più tradizionalmente subordinato. Il tratto che unisce il *genus* alla specie del

rapporto dipendente/subordinato sarebbe da individuarsi, secondo Alleva, nella presenza di un “patto aggiuntivo” che stabilisca l’inserimento del lavoratore all’interno dell’organizzazione e di conseguenza la sua soggezione a ordini e direttive; mentre questo stesso tratto, questo nesso di congiunzione, nella visione di D’Antona, discenderebbe in via presuntiva dalla soggezione di fatto del lavoratore alle direttive e al controllo del datore di lavoro (si possono consultare le due proposte in G. GHEZZI, a cura di, *La disciplina del mercato del lavoro, proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996, 187 ss.).

L’altra categoria definitoria proposta da Freedland, decisiva ai fini del discernimento tra un contratto e l’altro, è quella di *work personal nexus*, che potremmo tradurre come “nesso contrattuale specifico” (ovvero come ciò che definisce la relazione tra gli elementi dell’insieme).

Il concetto di “nesso contrattuale specifico” fornisce un primo rudimentale riferimento atto a distinguere una relazione contrattuale dall’altra e individuare cosa invece le accomuna.

Da una prospettiva di *civil law*, si osserva che questo concetto non si pone come un elemento costitutivo della fattispecie in termini fattuali, ma solo come uno strumento definitorio e interpretativo, volto a spianare la strada a una indagine definitoria e terminologica riguardante sia gli elementi fattuali, sia lo stato normativo.

Una indagine empirica degli elementi fattuali concreti, in grado di distinguere o accomunare un contratto rispetto all’altro (ad esempio dimensioni dell’impresa o delle imprese, distribuzione del rischio di impresa, modalità del controllo/direzione della prestazione personale, e così via), costituisce ancora un passo avanti verso una rilettura radicale dei rapporti di lavoro e quindi, contestualmente, delle connesse discipline e tutele.

Nello scoprire la grande famiglia dei rapporti personali di lavoro, si muove dal presupposto che non solo il concetto di *employee* (lavoratore dipendente/subordinato) deve essere oggetto di riconsiderazione, ma anche il concetto di datore di lavoro è chiaramente considerato obsoleto e non più capace di cogliere, nella sua terminologia tradizionale, elementi di fatto fortemente distintivi tra un rapporto e l’altro.

Basti pensare alla differenza che esiste tra imprese in base al requisito dimensionale, all’oggetto sociale, e soprattutto in base al tipo di rapporto (diretto o mediato) tra committente-datore e lavoratore (il riferimento va alle forme di appalto genuino di servizi *ex art. 29, d.lgs. 276/2003*, per la tradizione italiana, o all’*agency work* ai sensi degli *Employment Agency Act 1973* e *Conduct of Employment Agencies and Employment businesses Regulations 2003*, per la tradizione britannica, o anche al distacco dei lavoratori ai sensi della normativa comunitaria – direttiva CE 1996/71) e così via.

Del resto, è noto che non solo il tipo di dipendenza che lega il lavoratore al datore, e non solo la natura dell’impresa-datore di lavoro, ma anche fatti ulteriori dovrebbero non di meno fondare una specifica riconsiderazione della fat-

tispecie e quindi del nesso contrattuale esistente tra fattispecie diverse: si tratta di considerare elementi di discernimento quali:

- a) durata e continuità del rapporto di lavoro (*duration and continuity of employment*);
- b) carattere più o meno personale della collaborazione (*personality of employment*), con relative possibilità di delega;
- c) scopo o motivazione (*purpose or motivation*).

Il primo elemento non necessita di molte spiegazioni: esso porta solo l'interprete a considerare che la durata e la continuità di un rapporto di lavoro sono un fattore essenziale nel distinguere tra un contratto di lavoro e l'altro ai fini della tutela.

L'elemento della personalità è relativo al *quantum* di collaborazione di tipo personale fornita dal lavoratore, data la possibilità di forme contrattuali in cui il lavoratore può avvalersi di collaboratori, o nelle quali può farsi sostituire.

Infine, per quanto riguarda lo scopo del contratto di lavoro, da un punto di vista minimo ed essenziale, è chiaro che questo sia quello della fornitura di un servizio in cambio di un compenso; non di meno assume un rilievo qualificatorio il fatto che questo è solo il primo basilare livello della contrattazione, mentre nella realtà i rapporti di lavoro mirano spesso a ottenere elementi di scambio ulteriori: non solo i contratti a contenuto formativo presentano una (evidente) finalità diversa e ulteriore rispetto a quella dello scambio lavoro-corrispettivo, ma anche il contenuto dei contratti con la pubblica amministrazione o il lavoro con contenuti artistici e/o innovativi rappresentano una relazione certo più complessa.

Mark Freedland aveva indicato almeno sei tipologie di contratti che, lontane dal voler fornire un quadro esaustivo, mirano solo a provocare il dibattito verso ulteriori riflessioni, aggiustamenti, correzioni e implementazioni.

Le sei forme di lavoro erano le seguenti: *standard employees* (lavoratori dipendenti standard); *public officials* (lavoratori nelle pubbliche amministrazioni); *liberal professionals* (lavoro dei liberi professionisti); *individual entrepreneurial workers* (lavoro personale dei lavoratori autonomi (c.d. *freelances*, consulenti interni ecc.); *marginal casual workers* (lavoro personale di tipo marginale – lavori a tempo determinato, lavoro occasionale, lavoro part-time, lavoro volontario); *labour market entrants* (lavoro personale “di entrata” – apprendisti, stagisti).

Nella bozza per l'elaborazione di uno statuto dei lavori presentata da Pietro Ichino gli elementi specifici che possono contraddistinguere le diverse forme di lavoro – e di conseguenza anche le diverse protezioni, ulteriori rispetto a quelle fondamentali attribuite a tutti i lavoratori (la cerchia delle tutele fondamentali comprende: salute e sicurezza, tutela antidiscriminatoria e retribuzione oraria minima) – sono: 1) la posizione di subordinazione tecnica; 2) la posizione di dipendenza economica – contraddistinta, come ricordato sopra, dagli elementi della monocommittenza e della continuità del rapporto; 3) il vincolo del luogo di lavoro; 4) il contenuto formativo del contratto; 5) una

causa di pubblica utilità, che viene pensata per rispondere da un lato alla domanda di servizi alla persona, e dall'altro all'offerta di lavoro da parte di lavoratori a rischio di marginalizzazione nel mercato del lavoro (anziani, donne disoccupate ecc.).

È nella consapevolezza degli autori di questi studi il fatto che una simile prospettiva di ridefinizione delle categorie definitorie, sebbene ancora in fase embrionale, sia suscettibile di fronteggiare alcune delle maggiori problematiche nell'attuale disciplina dei rapporti di lavoro.

In primo luogo essa ha il merito della estensione del raggio di competenza del diritto del lavoro, al di là del rapporto di lavoro subordinato, senza la sottovalutazione dei rischi connessi (che derivano dall'accoglimento di aree disciplinari tradizionalmente estranee alla *ratio* fondante del diritto del lavoro, ovvero, la protezione del lavoratore nella sua posizione di debolezza).

Studi come quelli cui si è appena fatto cenno convincono in qualità di tentativi di perfezionamento tecnico del diritto del lavoro, in tempi di necessaria ridefinizione e ammodernamento, prima ancora che sotto il profilo delle scelte politiche da cui sono mossi.

Infatti, una volta riconosciute le diverse categorie definitorie (*definitional categories*), al di là del binario divisorio e fuorviante "lavoro subordinato-lavoro autonomo", e una volta superata anche la rigidità che vede da un lato la normativa derivante dalla giurisprudenza dall'altro quella derivante dal legislatore, risultano chiari i momenti evolutivi.

Sul fronte della *common law*, è chiaro che il riferimento a categorie definitorie condivise consente una migliore comprensione delle differenze esistenti tra le diverse tipologie di rapporti di lavoro, anche al fine di elaborare per essi una disciplina ottimale.

Come esempio di questo risultato Freedland offre la considerazione della legislazione sull'orario di lavoro in connessione con la legge inglese sul salario minimo (*Working Time Regulations Act 1998* e ss. e *National Minimum Wage Act 1998*): nell'applicare queste due normative a un dato caso, l'interprete si trova, attualmente, in mancanza di una categoria definitoria di riferimento, nell'imbarazzo derivante dalla possibilità per le parti di formulare accordi diversi quanto all'orario (sul quale la legge pone dei limiti quantitativi), da un lato, e quanto al salario (su cui la legge dispone un trattamento minimo) dall'altro lato. Questa situazione può vanificare del tutto la *ratio* della normativa sui livelli minimi di salario: infatti, quando il salario sia completamente connesso al tempo di lavoro, le tutele coabitano in modo complementare e razionale, ma quando il compenso sia accordato in maniera del tutto non connessa al tempo - cosa che avviene tipicamente nel rapporto di lavoro autonomo in cui si viene pagati per risultato - allora, la mancanza di categorie definitorie vincolanti implica il rischio di una possibile frustrazione delle tutele.

Un altro esempio che dimostra il progresso derivante dall'introduzione di categorie definitorie condivise viene fornito da Freedland nell'ambito dell'obbligo di fedeltà e non concorrenza del lavoratore, obbligo tradizional-

mente previsto in capo al solo *employee* e che di fatto la giurisprudenza e il legislatore stanno estendendo anche ad altre forme di lavoro attraverso interventi sporadici (in Italia, l'art. 64, d.lgs. 276/2003, prevede questo obbligo in capo ai lavoratori a progetto, mentre non si può dire che la giurisprudenza abbia affermato una generalizzazione di questo principio a tutta l'area del lavoro c.d. parasubordinato). La matrice generale consente, anche in questo ambito, di comprendere una più ampia gamma di rapporti di lavoro (non solo subordinati, ma anche parasubordinati). In altre parole, l'uso di una matrice unica – che offra non di meno una pluralità di applicazioni disciplinari – genera la fiducia a che il tetto non cadrà quando ci si allontani dalla traccia nota per indagare spazi nuovi («the use of multidimensional analytical framework encourages confidence that the roof does not fall in when this kind of experimentation is attempted»).

Un secondo fattore di progresso, derivante dall'introduzione di ampie *definitional categories*, è il fatto che esse consentono teoricamente la continuità (e sistematicità) di disciplina fra contratti diversi svolti dallo stesso lavoratore.

Ottenere una continuità e una sistematicità di disciplina tra diversi contratti di lavoro – dipendente, autonomo, o anche rispetto a fattispecie aderenti all'area commerciale (per esempio, le contrattazioni con finalità previdenziali) – è un risultato (potenziale) che si riferisce alla necessità, in una prospettiva riformista, di considerare i legami che sussistono tra diverse fattispecie contrattuali.

Dovrebbero, in questa prospettiva, essere considerate non solo le fattispecie contrattuali tipicamente lavoriste, ma anche quelle relazioni (pertinenti all'area strettamente commerciale/previdenziale) non di meno connesse alla prestazione lavorativa e talvolta incisive in maniera sostanziale sul rapporto di lavoro. Come esempio viene dato quello di un rapporto di lavoro connessa stipulazione di una pensione complementare finanziata dall'impresa datrice di lavoro: il caso in cui il datore di lavoro possa finanziare la prestazione previdenziale del lavoratore è diverso dal caso in cui il datore non possa farlo, basti pensare a quanto nel primo caso sia maggiormente giustificata una politica di fidelizzazione del lavoratore, o a quanto possa essere ridotta proporzionalmente, sempre nel primo caso, la tutela per il reddito minimo.

La ricerca di una continuità disciplinare tra i diversi contenuti contrattuali mira a ottenere una maggiore comprensione e una maggiore aderenza della regolamentazione stessa al caso in questione.

5. Possono essere tratte le seguenti conclusioni di rilievo. Trattati comuni alla tradizione anglosassone-inglese e a quella italiana continentale, sulla strada per la ridefinizione del rapporto di lavoro, quindi per l'individuazione del campo di applicazione delle tutele per i lavoratori, sono:

1) la necessità di introdurre categorie definitorie vincolanti del rapporto di lavoro più ampie di quella tradizionale di rapporto di lavoro subordinato, tali da ricomprendere tutti i rapporti di lavoro svolto in modo personale (contratto di lavoro unico – *personal employment contract*);

2) la necessaria presenza, all'interno di questa ampia categoria definitoria, di almeno due tipi di lavoro dipendente: distinzione tra lavoro subordinato in senso tecnico (subordinazione al potere direttivo – *control test*) e lavoro economicamente dipendente (*economic dependence – economic reality test*).

Barbara Grandi
Assegnista di ricerca – Università di Roma La Sapienza