

SOMMARIO - n. 4/2011

Ricerche: Formazione, imprese e apprendistato

PAUL RYAN <i>Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro</i>	913
MICHELE TIRABOSCHI <i>Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma</i>	947
PAOLO PASCUCCI <i>La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e... domani (ovvero prima e dopo l'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011)</i>	971
PIER ANTONIO VARESI <i>Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi</i>	1013
GIUSEPPE BERTAGNA <i>Apprendistato e formazione in impresa</i>	1027
SILVIA SPATTINI <i>L'apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità</i>	1052

Relazioni industriali e Risorse umane

EDOARDO ALES <i>Dal caso FIAT al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali</i>	1061
--	------

Osservatorio di giurisprudenza italiana

GIUSEPPE GIGLIO <i>Disturbo cronico dell'adattamento da costrittività organizzativa e malattia professionale (nota a Trib. Larino 12 ottobre 2010)</i>	1095
ANDREA BOLLANI, ALESSANDRO CORVINO <i>Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'articolo 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità (nota a C. cost. 9 novembre 2011, n. 303)</i>	1103
MARCO FERRARESI <i>L'irrisolta questione della imponibilità previdenziale delle somme corrisposte al lavoratore nell'ambito di un contratto di transazione (novativa) (nota a Cass. 23 settembre 2010, n. 20146)</i> ..	1118
VINCENZO VALENTINI <i>Sanzioni per lo "sciopero" (illegittimo) degli avvocati e competenze dell'Autorità di garanzia (nota a Cass. 30 novembre 2010, n. 24207)</i>	1130

MAURIZIO DEL CONTE *Somministrazione di lavoro e limiti al sindacato giudiziale* (nota a Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, n. 1378). 1136

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

GABRIELE BUBOLA *La certificazione dei contratti di lavoro non standard quale strumento di regolazione della concorrenza nelle procedure di selezione pubbliche*. 1145

FABIO ANTONILLI *Ccnl artigiano area meccanica del 16 giugno 2011: contenuti e novità dell'accordo di rinnovo*. 1154

DAVIDE VENTURI *Il distacco di lavoratori extracomunitari per lo svolgimento di prestazioni qualificate*. 1166

ELISABETTA CECCHI *I permessi degli amministratori locali: le modifiche introdotte dalla legge n. 148/2011*. 1172

IUNIO VALERIO ROMANO *Cumulo dei periodi assicurativi: un primo commento alla circolare Inps 9 settembre 2011, n. 116*. 1177

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

ROSITA ZUCARO *La Corte di giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti della Deutsche Lufthansa* (nota a C. Giust. 13 settembre 2011, C-447/09). 1187

ROBERTA CARAGNANO *La Corte di giustizia interviene sulla parità di trattamento tra uomini e donne e sulla rilevanza del genere quale fattore di rischio nelle prestazioni assicurative* (nota a C. Giust. 1° marzo 2011, C-236/09). 1194

Osservatorio internazionale e comparato

ALBERT TOLEDO OMS *Relazioni di lavoro e libertà religiosa in Spagna: una materia controversa*. 1203

MARIA GIOVANNONE, MARCO VIOLA *Amianto e sicurezza: presupposti e criteri di punibilità del datore di lavoro e della impresa in chiave comparata* (nota a Departement of Justice – Western District of New York, 22 settembre 2011). 1210

INDICE ANALITICO

Certificazione

- Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 [1145] – Legge 4 novembre 2010, n. 183 (articolo 30) [1145] (con nota di G. BUBOLA).
- Sentenza del Consiglio di Stato 25 novembre 2010, n. 8229 [1145] (con nota di G. BUBOLA).

Contrattazione collettiva

- Accordo di rinnovo del Ccnl artigiano area meccanica 16 giugno 2011 [1154] (con nota di F. ANTONILLI).

Discriminazioni

- Direttiva 2000/78/CE - Artt. 2, n. 5, 4, n. 1 e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Piloti di linea - Contratto collettivo - Clausola di cessazione automatica dei contratti di lavoro a 60 anni [1187] (C. Giust. 13 settembre 2011, *Prigge e al. v. Deutsche Lufthansa*, C-447/09, con nota di R. ZUCARO).

Distacco

- Interpello 27 giugno 2011, n. 28 (Confindustria) [1166] (con nota di D. VENTURI).

Infortuni e malattie professionali

- Malattie professionali - Malattie non tabellate - Disturbo depressivo generato da costrittività organizzative o mobbing - Indennizzabilità Inail - Sussistenza [1095] (Trib. Larino 12 ottobre 2010, con nota di G. GIGLIO).

Lavoro a termine

- Questione di costituzionalità dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della l. n. 183/2010 - Dedotta violazione degli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost. - Infondatezza delle questioni [1102] (C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, con nota di A. BOLLANI, A. CORVINO).

Lavoro pubblico

- Legge 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 [1172] (con nota di E. CECCHI).

Parità di trattamento

- Rinvio pregiudiziale - Diritti fondamentali - Lotta contro le discriminazioni - Parità di trattamento tra uomini e donne - Accesso a beni e servizi e loro fornitura - Premi e prestazioni assicurative - Fattori attuariali - Presa in considerazione del sesso dell'assicurato quale fattore per la valutazione dei rischi assicurativi - Contratti privati di assicurazione sulla vita - Direttiva 2004/113/CE - Art. 5, par. 2 - Deroga non soggiacente a limiti temporali - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Artt. 21 e 23 - Invalidità [1194] (C. Giust. 1° marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres*, causa C-236/09, con nota di R. CARAGNANO).

Previdenza

- Cessazione del rapporto di lavoro - Transazione sulle conseguenze patrimoniali - Natura novativa - Esclusione dell'obbligo contributivo [1118] (Cass. 23 settembre 2010, n. 20146, con nota di M. FERRARESI).
- Circolare Inps 9 settembre 2011, n. 116 [1177] (con nota di I.V. ROMANO).

Sciopero

- Lavoro subordinato - Sospensione del rapporto - Sciopero - In genere - Violazioni della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali - Ordinanza ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro - Natura - Applicativa delle sanzioni deliberate dalla Commissione di garanzia *ex art. 4* della l. n. 146/1990 - Opposizione - Censure rivolte contro la delibera della Commissione di garanzia - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie relativa ad illegittima astensione dalle udienze degli avvocati [1130] (Cass. 30 novembre 2010, n. 24207, con nota di V. VALENTINI).

Somministrazione di lavoro

- Ragioni giustificatrici della somministrazione a tempo determinato - Limiti del sindacato giudiziale [1136] (Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, n. 1378, con nota di M. DEL CONTE).

Spagna

- Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores [1203] (con nota di A. TOLEDO OMS).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Avance del Padrón municipal a 1 de enero de 2010*, Notas de Prensa, 29 aprile 2010 [1203] (con nota di A. TOLEDO OMS).

Stati Uniti

- Appalto - Demolizione edifici - Amianto - Sicurezza - Responsabilità datoriali - Punibilità ente [1210] (Departement of Justice – Western District of New York, 22 settembre 2011, con nota di M. GIOVANNONE, M. VIOLA).

Formazione, imprese e apprendistato

**Apprendistato: tra teoria e pratica,
scuola e luogo di lavoro**

Paul Ryan

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Significato del termine apprendistato. – **3.** Benefici e limiti dell'apprendistato. – **4.** Apprendistato ideale e reale. – **4.1.** Elementi peculiari dell'apprendistato. – **4.2.** Determinanti. – **5.** Conclusioni.

1. Introduzione.

Il termine “apprendistato” viene utilizzato per indicare esperienze molto diverse tra loro, dai lunghi periodi di servitù – in cui la componente formativa era piuttosto limitata –, tipici dell’Inghilterra della prima età moderna, ai programmi di formazione professionale offerti oggi da molte grandi imprese manifatturiere europee. Le caratteristiche istituzionali qualificanti dell’istituto si differenziano notevolmente anche tra i diversi paesi industrializzati, variando dalla trasparenza dell’economia di mercato “coordinata” tedesca, all’opacità dei sistemi inglesi e italiani orientati al mercato (¹).

* *King’s College Cambridge. Il contributo è in corso di pubblicazione in M. PILZ (ed.), The Future of VET in a Changing World, VS Verlag, Springer 2012, e già pubblicato come Working Paper no. 64, Swiss Leading House on Economics of Education, University of Zurich. Vorrei ringraziare Matthias Pilz, Uschi Backes-Gellner, Reinhard Bispinck, Marius Busemeyer, Thomas Deissinger, Philipp Gonon, Ewart Keep, Eva Kuda, David Paulson, Lisa Rustico, Peter Senker, Silvia Teuber, Michele Tiraboschi, Karin Wagner, Felix Wenzelmann e i partecipanti alla conferenza di Colonia per i commenti, i suggerimenti e la collaborazione.*

Traduzione dall’inglese a cura di Elvira Sessa.

(¹) K.D.M. SNELL, *Annals of the Labouring Poor*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, cap. 5; P. RYAN *et al.*, *Financial Aspects of Apprenticeship Training in Germany, Great Britain and Switzerland*, Hans Böckler Stiftung Arbeitspapier, 2011, n. 241; S.C. WOLTER, P. RYAN, *Apprenticeship*, in R. HANUSHEK, S. MACHIN, L. WÖSSMAN (eds.), *Handbook of the Economics of Education*, Elsevier North-Holland, Amsterdam, 2011, vol. 3, 521-576.

Un modo per individuare gli elementi comuni a pratiche tanto diverse tra loro consiste nell'analisi di alcuni aspetti costitutivi specifici dell'apprendistato. Sono state elaborate diverse tassonomie per lo studio delle differenze transnazionali nei sistemi di istruzione e formazione professionale, che si fondano su molteplici criteri di classificazione, quali il ruolo dei datori di lavoro, delle parti sociali, delle relazioni industriali, dei sistemi di istruzione e dello Stato ⁽²⁾. Sebbene l'approccio normativo contribuisca spesso a strutturare questo tipo di ricerche, i quadri di riferimento proposti sono generalmente intesi in termini positivi, cioè proponendo una organizzazione dei risultati e l'analisi della causalità, senza determinarne il merito.

Al contrario, l'approccio di questo articolo è monodimensionale e normativo. L'istituto dell'apprendistato viene esaminato alla luce di uno specifico modello duale: la sintesi di teoria e pratica, da un lato, e dell'aula scolastica e del posto di lavoro, dall'altro. Tale modello è stato promosso da diversi pedagogisti, in particolare Kerschensteiner, che proponeva l'apprendistato come uno strumento di formazione tecnica e anche generale, invece che soltanto professionale e di tipo pratico. Emerge, quindi, la opportunità per gli apprendisti di avere uno *status* che presenti tanto elementi tipici della condizione di studente a tempo pieno quanto di quella di lavoratore, rimanendo tuttavia, allo stesso tempo, nettamente separato da entrambe.

La prima domanda riguarda fino a che punto il modello ideale di apprendistato si realizzi nella pratica. La questione viene qui esaminata attraverso l'analisi degli elementi che definiscono i sistemi di apprendistato: lo *status* contrattuale degli apprendisti, il loro diritto a partecipare al conflitto industriale, le modalità con cui si determina il loro compenso e i livelli retributivi. Questi quattro elementi sono stati scelti in parte per interesse e in parte perché sovente ignorati dalla letteratura istituzionale sull'apprendistato. Il materiale analizzato si riferisce soprattutto alla Gran Bretagna e alla Germania del dopoguerra, a cui si aggiungono, su questioni specifiche, dati relativi all'Italia e alla Svizzera. L'attuazione del modello sulla base dei quattro elementi menzionati risulta, nella pratica, incerta e imperfetta. Lo *status* dell'apprendista non è sempre distinto da quello di studente a tempo pieno o da quello di lavoratore ed è mutato notevolmente nel corso del tempo, in particolare

⁽²⁾ Si vedano, ad esempio, M. BUSEMEYER, *Asset specificity, institutional complementarities and the variety of skill regimes in coordinated market economies*, in *Socio-Economic Review*, 2009, vol. 7, n. 3, 375-406; H. STEEDMAN, *The State of Apprenticeship in 2010. A Report for the Apprenticeship Ambassadors Network*, Centre for Economic Performance, London School of Economics, Londra, 2010.

in Gran Bretagna e in Italia, ma anche in sistemi relativamente più consolidati quali Germania e Svizzera.

La seconda domanda mira, pertanto, a individuare la causa di tale distanza tra il modello ideale e la realtà, e le ragioni che determinano frequenti variazioni dello *status* di apprendista in una o nell'altra direzione. Tale questione è solo accennata in questa sede e la risposta risiede in parte nella natura dell'apprendistato quale fase transitoria nella vita di un individuo, in parte nell'economia della formazione, e in parte negli intenti e nei poteri degli attori coinvolti: datori di lavoro, sindacati, politici, funzionari pubblici e insegnanti della formazione professionale.

L'articolo è più investigativo che definitivo, poiché attiene più alla indagine interdisciplinare che al rigore intradisciplinare. Si perdonino pertanto eventuali lacune o imprecisioni, nella speranza che ciò possa incoraggiare ulteriori ricerche su aspetti che tendono ad essere trascurati negli studi comparati transnazionali.

2. Significato del termine apprendistato.

Tradizionalmente, il termine "apprendistato" indicava l'affiancamento di un giovane lavoratore a un datore di lavoro per alcuni anni, durante i quali le prestazioni lavorative venivano ricambiate dall'opportunità di apprendere un mestiere⁽³⁾. Oggi, almeno nell'Europa continentale transalpina, l'apprendistato prevede anche un'istruzione formale. Un'ampia definizione, coerente con il modello ideale sopra presentato, vede l'apprendistato come un programma di apprendimento che coniuga istruzione formale part-time e formazione ed esperienza sul posto di lavoro, terminando con il conseguimento di una qualifica professionale ufficialmente riconosciuta⁽⁴⁾.

L'elemento chiave dell'apprendistato è allora la combinazione, all'interno di un programma integrato e orientato all'occupazione, di teoria e pratica, in altre parole di conoscenza tecnica e di abilità pratiche. A tale dualità pedagogica corrisponde una differenziazione dei luoghi in cui tali attività si svolgono, con un'alternanza tra aula e ambiente di lavoro. In breve, le conoscenze tecniche vengono sviluppate

⁽³⁾ K.D.M. SNELL, *The apprenticeship system in British history: the fragmentation of a cultural institution*, in *History of Education*, 1996, vol. 25, n. 4, 303-321.

⁽⁴⁾ Definizioni analoghe sono state utilizzate da H. STEEDMAN, H. GOSPEL, P. RYAN, *Apprenticeship: a Strategy for Growth*, Centre for Economic Performance, London School of Economics, Londra, 1998, 11, e S.C. WOLTER, P. RYAN, *op. cit.*, 522-523.

in classe, le abilità pratiche sul luogo di lavoro. Tale sintesi rappresenta il modello ideale di apprendistato analizzato nel presente contributo.

La fusione delle suddette componenti distingue l'apprendistato da altri tipi di apprendimento professionale – da un lato, dalla formazione scolastica professionale a tempo pieno, che tipicamente non prevede formazione in azienda se non per brevi esperienze; dall'altro, dalla formazione *on-the-job* e dai programmi formativi presenti nel mercato del lavoro, che tradizionalmente non contemplano la componente astratta dell'apprendimento in aula.

La differenza tra l'apprendistato e le altre forme di apprendimento risiede principalmente nella distribuzione delle due componenti sopra descritte piuttosto che nella tipologia delle attività svolte. Come anticipato, infatti, alcuni programmi di istruzione e formazione professionale a tempo pieno prevedono esperienze di lavoro; altri programmi di formazione *on-the-job* contemplano apprendimento *off-the-job*, talvolta concepito come attività educativa. Pertanto, è necessario definire l'apprendistato secondo due direttrici: da un lato, evidenziando le differenze tra l'istituto e gli altri programmi di formazione *on-the-job* o di formazione per il mercato del lavoro, in termini di contenuti e tempo dedicato all'apprendimento *off-the-job*; dall'altro, tra l'apprendistato e l'istruzione professionale *stricto sensu*, in relazione al ruolo attribuito all'esperienza di lavoro e alla formazione in assetto lavorativo.

La prima questione appare maggiormente problematica. Mentre in Germania l'apprendistato può essere chiaramente distinto da altre forme di formazione professionale, lo stesso non può dirsi dell'*apprenticeship*, così come il termine è oggi ampiamente inteso in Gran Bretagna e neppure per l'"apprendistato" in Italia.

In Inghilterra ⁽⁵⁾, mentre in alcuni casi la formazione avviene nell'ambito del Programma di apprendistato – come ad esempio nel settore ingegneristico, dove l'istruzione e la formazione professionale part-time si coniugano con la formazione in azienda, conformemente alla definizione di apprendistato di cui si è detto – in molti altri casi non esiste tale corrispondenza. Questa differenza dipende dal fatto che gli standard formativi variano notevolmente per profilo professionale e settore, in base alle decisioni di singoli Sector Skills Councils, e i piani formativi che questi Consigli hanno adottato per i vari tipi di professio-

⁽⁵⁾ I termini "Gran Bretagna" e "Inghilterra" sono qui utilizzati come sinonimi. Il trasferimento delle competenze in materia di formazione e le conseguenti differenze nella prassi tra la Scozia e l'Irlanda del Nord rispetto all'Inghilterra e al Galles mostrano comunque che gli sviluppi qui descritti relativi allo scorso decennio fanno riferimento, in senso stretto, soltanto all'Inghilterra e al Galles (qui "Inghilterra").

ni nei servizi, in particolare nell'amministrazione, nel commercio al dettaglio, nell'assistenza ai clienti, nella cura dei bambini, non prevedono una significativa formazione *off-the-job* e nessuna istruzione formale. Il termine *apprenticeship* è, in effetti, giunto a indicare, nella Inghilterra contemporanea, qualunque programma di apprendimento con finanziamento pubblico basato sulla formazione in azienda che soddisfi i (generalmente poco impegnativi) requisiti per il sussidio pubblico, indipendentemente da quanto limitata sia la componente formativa. È quindi importante distinguere l'apprendistato, quale categoria funzionale sopra descritta, dal Programma di apprendistato, organizzato e finanziato dal governo. In questo caso, l'uso del termine "apprendistato" è spesso ambiguo, puramente di facciata e discutibile ⁽⁶⁾.

Problemi analoghi si riscontrano anche in Italia. Le riforme legislative del 2003, che miravano a una distinzione tra apprendistato e altri programmi presenti nel mercato del lavoro, prevedono tre forme di apprendistato: "diritto dovere", organizzato come parte della istruzione e formazione della scuola secondaria superiore; "apprendistato professionalizzante", pensato per rispondere ai fabbisogni particolari dei datori di lavoro; "apprendistato di alta formazione", di livello successivo alla scuola secondaria superiore. La prima e la terza di queste forme devono includere formazione professionale part-time, non soltanto formazione sul lavoro e, come tali, rientrano nella definizione di apprendistato. La seconda forma non richiede (senza escluderla) formazione professionale part-time, pertanto, nella maggior parte dei casi, l'apprendistato ricade in realtà al di fuori della definizione qui presentata, nonostante tale forma di apprendistato sia di gran lunga quella mag-

⁽⁶⁾ P. RYAN, H. GOSPEL, P. LEWIS, *Educational and contractual attributes of the apprenticeship programmes of large employers in Britain*, in *Journal of Vocational Education and Training*, 2006, vol. 58, n. 3, 359-383; P. RYAN *et al.*, *Large employers and apprenticeship training in Britain*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2007, vol. 45, n. 1, 127-153; A. WOLF, *Review of Vocational Education – the Wolf Report*, Department for Education, Londra, 2011; i partecipanti al Programma di apprendistato sono tenuti a seguire attività formative all'esterno dell'azienda, le c.d. "ore di apprendimento guidato" (*Guided Learning Hours*). Il numero minimo di ore è stato recentemente incrementato, da 90 nel 2004 a 280 (per ogni anno di apprendistato). Tale monte ore può essere raggiunto anche nell'ambito dell'istruzione professionale part-time, ma non è obbligatorio. Non sono peraltro disponibili dati relativi alla percentuale di apprendisti che riceve una formazione professionale part-time presso istituti di istruzione formale (P. RYAN, H. GOSPEL, P. LEWIS, *Educational and contractual attributes of the apprenticeship programmes of large employers in Britain*, cit., tavola 1; BIS, *Specification of Apprenticeship Standards for England (SASE)*, Department for Business, Innovation and Skills, Londra, 2009).

giormente diffusa, interessando il 72% del totale degli apprendisti nel 2009. Come in Inghilterra, anche in Italia molti apprendisti non intraprendono ciò che può propriamente essere denominato apprendistato ⁽⁷⁾.

La seconda difficoltà, relativa alla distinzione tra apprendistato e istruzione e formazione professionale incardinata nel sistema scolastico, appare evidente se si considera il criterio adottato dall'OCSE che definisce «combined school and work-based programmes», vale a dire programmi di alternanza scuola-lavoro (e, dunque, potenzialmente di apprendistato), quei programmi di formazione professionale in cui almeno il 25% del tempo venga trascorso dal discente sul luogo di lavoro. Sono inclusi programmi caratterizzati principalmente dall'insegnamento in aula, dove solamente un giorno alla settimana viene trascorso sul posto di lavoro, come quei percorsi di studio di livello secondario superiore che prevedono esperienze lavorative. La questione, tuttavia, genera non poche preoccupazioni, in quanto tali programmi sembrano essere piuttosto rari e, ove presenti, spesso sono rivolti agli alunni della scuola secondaria inferiore ⁽⁸⁾.

3. Benefici e limiti dell'apprendistato.

Se da un lato la definizione dell'apprendistato può essere considerata una questione secondaria, dall'altro essa acquisisce notevole rilievo in termini sociali ed economici: più la definizione è ampia, più i benefici si riducono rispetto agli svantaggi.

L'analisi dei benefici prende in esame tre dimensioni: l'aspetto formativo, le competenze e la transizione scuola-lavoro. In primo luogo, rispetto all'insegnamento scolastico a tempo pieno (in generale) e ai *curricula* di impronta accademica (in particolare), l'apprendimento "contestualizzato" che caratterizza l'apprendistato è per alcuni discenti sia maggiormente motivante che più semplice rispetto all'apprendimento astratto tipico dei programmi formativi in aula. I benefici motivazionali

⁽⁷⁾ M. TIRABOSCHI, *Productive employment and the evolution of training contracts in Italy*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2006, vol. 22, n. 4, 635-649; ISFOL, *Monitoraggio sull'Apprendistato. XI Rapporto*, ISFOL, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Roma, 2010, 7; L. RUSTICO, *Apprendistato in Italia: stato dell'arte*, 2 maggio 2011, in www.fareapprendistato.it, tabella 1.

⁽⁸⁾ Si vedano OECD, *Education at a Glance: OECD Indicators*, OECD, Parigi, 2008, 325, e S.C. WOLTER, P. RYAN, *op. cit.*

e cognitivi sono espressi chiaramente nel commento di una apprendista in servizio presso una casa automobilistica inglese: «ora sono qui (sul posto di lavoro) e mi piace la matematica perché è correlata al lavoro. Perché non si insegna la matematica applicata alle auto a scuola? Sarebbe molto meglio: la si potrebbe comprendere e capire che significa»⁽⁹⁾. I benefici derivanti dall'«apprendimento *attraverso* il lavoro», rispetto all'«apprendimento *per* il lavoro», erano già stati in questi stessi termini evidenziati un secolo fa da Kerschensteiner e Dewey, rispettivamente in Germania e negli Stati Uniti⁽¹⁰⁾.

In secondo luogo, rispetto ai programmi scolastici a tempo pieno, le competenze acquisite in apprendistato traggono beneficio dalla interazione dell'apprendimento con la produzione. Gli apprendisti entrano in contatto con i metodi di produzione e le esigenze lavorative reali ed economicamente realizzabili tipiche dei luoghi di lavoro veri e propri, piuttosto che con i loro sostituti simulati o immaginati nelle aule⁽¹¹⁾. Pertanto, il successo competitivo delle grandi imprese manifatturiere, presenti in misura diversa in tutti e quattro i paesi qui considerati, è in parte riconducibile al fatto che i loro apprendisti imparano in azienda a utilizzare le attrezzature e le tecniche più moderne. Per contrasto, lo sviluppo della tradizionale formazione professionale negli Stati Uniti è stato spesso ostacolato dall'impiego di attrezzature obsolete e dalla assenza di reali condizioni di produzione nelle aule scolastiche⁽¹²⁾.

In terzo luogo, l'apprendistato è associato a una migliore transizione scuola-lavoro. Ciò si manifesta, a livello nazionale, nella proporzione inversa tra la dimensione e la qualità dei programmi di apprendistato

⁽⁹⁾ L. UNWIN, J. WELLINGTON, *Young People's Perspectives on Education, Training and Employment*, Kogan Page, London, 2001, 37.

⁽¹⁰⁾ W.N. GRUBB, "The cunning hand, the cultured mind": Sources of support for curriculum integration, in ID. (ed.), *Education through Occupations in American High Schools*, Teachers' College Press, New York, 1995, vol. 1, 11-25; C. WINCH, "Bildung durch Ausbildung": Georg Kerschensteiner and liberal vocational education (1854-1932), Department of Education, King's College London, inedito, 2006; P. GONON, *The Quest for Modern Vocational Education? Georg Kerschensteiner between Dewey, Weber and Simmel*, Peter Lang, Berne, 2009. Un ulteriore vantaggio indiretto dell'apprendistato in termini di apprendimento è l'incentivo, per gli allievi della scuola secondaria inferiore, a imparare di più per migliorare le proprie possibilità di accesso a un programma di apprendistato maggiormente ambito (D. SOSKICE, *Reconciling markets and institutions: the German apprenticeship system*, in L.M. LYNCH (ed.), *Training and the Private Sector*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, 25-60).

⁽¹¹⁾ W. STREECK, *Skills and the limits of neo-liberalism: the enterprise of the future as a place of learning*, in *Work, Employment and Society*, 1989, vol. 3, n. 1, 89-104.

⁽¹²⁾ W.N. GRUBB, *op. cit.*

dei vari paesi e i relativi tassi di disoccupazione giovanile (quanto meno relativamente alla popolazione adulta) e, a livello individuale, per la correlazione positiva che intercorre tra l'aver svolto un apprendistato e i risultati in termini di remunerazione e di occupazione nelle prime fasi della carriera. I meccanismi che legano l'apprendistato a dati economici positivi per i giovani sembrano risiedere, in aggiunta agli effetti pedagogici e allo sviluppo di competenze sopra citati, nell'acquisizione di maggiori informazioni e contatti nel mercato del lavoro⁽¹³⁾. Tali benefici contribuiscono a spiegare, e potenzialmente confermano, la crescita dell'interesse politico nei confronti dell'apprendistato nelle economie avanzate in seguito all'aumento della disoccupazione giovanile a partire dagli anni Settanta e all'intensificarsi della concorrenza internazionale negli anni Ottanta⁽¹⁴⁾.

L'apprendistato tuttavia presenta alcuni limiti. In primo luogo, dal punto di vista formativo, i benefici sono selettivi: i discenti più inclini all'apprendimento teorico apprendono più efficacemente in situazioni non contestualizzate e maggiormente astratte; per altri, la metodologia di apprendimento seguito non ha nessuna importanza. Non si conosce la percentuale di discenti in queste categorie, sebbene alcune ipotesi sul punto siano implicite nelle politiche governative per la promozione dell'istruzione superiore. In ogni caso, l'esistenza di questi gruppi è indubbia⁽¹⁵⁾.

In secondo luogo, non tutti i programmi di apprendistato si pongono come obiettivo primario l'apprendimento. I datori di lavoro possono ricorrere all'apprendistato non tanto per sviluppare competenze future (formazione orientata all'investimento), ma come lavoro a basso costo nel presente (formazione orientata alla produzione)⁽¹⁶⁾. I contenuti formativi sono, in questo caso, limitati e una stretta relazione tra ap-

⁽¹³⁾ P. RYAN, *The school-to-work transition: a cross-national perspective*, in *Journal of Economic Literature*, 2001, vol. 39, n. 1, 34-92.

⁽¹⁴⁾ R. CHRISTOPOULOU, P. RYAN, *Youth outcomes in the labour markets of advanced economies: decline, deterioration and causes*, in I. SCHOON, R. SILBERSTEIN (eds.), *Transitions from School to Work: Globalization, Individualization and Patterns of Diversity*, CUP, Cambridge, 2009, 67-94.

⁽¹⁵⁾ F. RAUNER, *Demarcations between vocational and academic education and how to overcome them*, in M. PILZ (ed), *The Future of VET in a Changing World*, VS Verlag, Springer 2012, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁶⁾ J. MOHRENWEISER, T. ZWICK, *Why do firms train apprentices? The net cost puzzle reconsidered*, in *Labour Economics*, 2009, vol. 16, n. 6, 631-637; J. MOHRENWEISER, U. BACKES-GELLNER, *Apprenticeship training – what for: investment or substitution*, in *International Journal of Manpower*, 2010, vol. 31, n. 5, 545-562; S.C. WOLTER, P. RYAN, *op. cit.*

prendistato e produzione può costituire un inconveniente piuttosto che un beneficio.

L'apprendistato può diventare una modalità di sfruttamento di lavoro a basso costo, come denunciato da diversi commentatori in Gran Bretagna nel secolo scorso e nella Germania occidentale dell'immediato dopoguerra⁽¹⁷⁾. Tali rilievi critici hanno spinto, in Svezia, a un quasi totale abbandono, all'inizio degli anni Settanta, dell'apprendistato in favore della formazione professionale a tempo pieno⁽¹⁸⁾. Tali preoccupazioni continuano ad avere rilevanza oggi nei casi in cui sono assenti specifici standard di apprendimento, o quando questi non sono sufficientemente elevati oppure non vengono applicati, come accade in molti paesi in via di sviluppo, e sovente anche in Inghilterra e in Italia⁽¹⁹⁾.

Un ulteriore limite dell'apprendistato quale modalità di acquisizione di competenze risiede nella difficoltà di creare un *continuum* coerente tra teoria e pratica. Frequenti sono le critiche all'insufficiente coordinamento tra scuola professionale (*Berufsschule*) e lavoro in Germania. Gli insegnanti nelle scuole professionali vengono spesso accusati di avere un approccio eccessivamente teorico, disdegnando l'apprendimento pratico basato sulle esperienze in azienda. Alcuni datori di lavoro vengono, invece, criticati per il loro scarso interesse alla istruzione tecnica degli apprendisti. È, infatti, tipicamente assente un efficace coordinamento tra le due parti – scuola e impresa – nella gestione dell'apprendimento. Tale questione rappresenta una importante sfida politica per l'apprendistato in Germania⁽²⁰⁾.

Infine, per quanto concerne la transizione scuola-lavoro, i benefici dell'apprendistato per i singoli partecipanti, rispetto all'istruzione pro-

(17) J. GOLLAN, *Youth in British Industry*, Gollancz, London, 1937; M.E. TAYLOR, *Education and Work in the Federal Republic of Germany*, Anglo-German Foundation, Londra, 1981.

(18) A. NILSSON, *Vocational education and training in Sweden 1850-2008 – a brief presentation*, in *Bulletin of Institute of Vocational and Technical Education*, 2008, n. 5, 78-91.

(19) M. TIRABOSCHI, *Productive employment and the evolution of training contracts in Italy*, cit., 635-649.

(20) F. ACHTENHAGEN, W.N. GRUBB, *Vocational and occupational education: pedagogical complexity, institutional diversity*, in V. RICHARDSON (ed.), *Handbook of Research on Teaching*, American Educational Research Association, Washington, DC, 2001, IV ed., 615 ss.; D. EULER (ed.), *Handbuch der Lernortkooperation*, Bertelsmann, Bielefeld, 2003; K. HOECKEL, R. SCHWARTZ, *Learning for Jobs. OECD Review of Vocational Education and Training: Germany*, OECD, Parigi, 2010, 40-43; BUNDESINSTITUT FÜR BERUFSBILDUNG, *Lernortkooperation in der beruflichen Bildung*, Presentazione dei progetti di ricerca, 2011 (www.bibb.de/de/16815.htm).

fessionale a tempo pieno, tendono ad essere limitati alle maggiori probabilità di impiego nel primo decennio di lavoro, vale a dire che nel lungo periodo, i benefici dell'apprendistato non sono paragonabili, in termini di tassi di occupazione e remunerazione, a quelli derivanti dall'aver dedicato più anni all'istruzione a tempo pieno ⁽²¹⁾.

In secondo luogo, l'apprendistato è esposto ai mutamenti ciclici, in due sensi. Considerato in termini di opportunità per i giovani, è soggetto al ciclo economico: durante le flessioni economiche, i datori di lavoro riducono le assunzioni di apprendisti. Considerato in termini di abilità datoriale di attrarre i giovani, le fluttuazioni demografiche (crescita e diminuzione demografica) riducono il numero di giovani disponibili. Tali fluttuazioni si ripercuotono comunque anche sul sistema scolastico in assenza dell'apprendistato ⁽²²⁾. Dati tali mutamenti ciclici, il valore dell'apprendistato deve essere ricercato soprattutto nel contributo a lungo termine e strutturale all'istruzione, alla diffusione di competenze e all'aumento della produttività, piuttosto che essere considerato una soluzione alle difficoltà congiunturali.

4. Apprendistato ideale e reale.

Il modello basato sulla sintesi di teoria e pratica, da un lato, e scuola e luogo di lavoro, dall'altro, suggerisce come un sistema di apprendistato debba coniugare elementi costitutivi di entrambi i sistemi senza appartenere esclusivamente a nessuno di questi. L'apprendista dovrebbe condividere alcune caratteristiche dello studente e del lavoratore, ma essere distinto chiaramente da ciascuno di loro. Tale modello trova espressione nel concetto di "sistema duale" (*duale Ausbildung*), utilizzato per definire l'apprendistato in Germania. Il termine indica il «sistema di cooperazione tra l'azienda e la scuola professionale nella fase iniziale della formazione». Sebbene programmi di istruzione part-time per giovani adolescenti esistessero sin dall'introduzione di percorsi scolastici alternativi (*continuation schools*) nel tardo XIX secolo, il termine è stato introdotto solo negli anni Sessanta dalla legge sulla formazione professionale (*Vocational Training Act*) del 1969 che poneva l'accento

⁽²¹⁾ P. RYAN, *The school-to-work transition*, cit., § 7.2.

⁽²²⁾ G. BRUNELLO, *The Effect of Economic Downturns on Apprenticeships and Initial Workplace Training: a Review of the Evidence*, OECD, Parigi, 2009; S. MÜHLEMANN, S.C. WOLTER, A. WÜEST, *Apprenticeship training and the business cycle*, in *Empirical Research in Applied Economics*, 2009, vol. 1, n. 2, 173-186).

sulla necessità di condividere le responsabilità formative dell'apprendistato tra le scuole professionali e i datori di lavoro ⁽²³⁾.

Il presente contributo analizza le modalità in cui il modello duale viene realizzato nella pratica sulla base di quattro elementi: condizioni contrattuali, partecipazione alle controversie industriali, determinazione delle retribuzioni e livelli retributivi. Tali elementi sono stati selezionati in parte a titolo esemplificativo, ma anche perché, per quanto importanti, vengono raramente trattati dalla letteratura istituzionalista (vedi *supra*, § 1).

Elementi potenzialmente rilevanti che non vengono qui considerati riguardano la ripartizione del tempo tra scuola e lavoro; il diritto e la disponibilità a svolgere straordinari; i diritti alle ferie; gli obblighi relativi alle imposte sul reddito e ai contributi previdenziali; l'età di ingresso nel mondo del lavoro, l'assunzione da parte dell'azienda al termine dell'apprendistato e le opportunità di proseguire nell'istruzione formale al termine della formazione. Evidentemente, una trattazione completa dovrebbe includere anche i suddetti aspetti.

La ripartizione del tempo tra scuola professionale e luogo di lavoro è una questione strettamente correlata al modello descritto nel presente contributo e la sua esclusione richiede una spiegazione. Si tratta infatti di un elemento, per certi versi, ovvio. Nell'Europa continentale transalpina, gli apprendisti devono dedicare almeno un sesto, e generalmente un quinto, del loro tempo a corsi part-time presso scuole professionali

⁽²³⁾ T. DEISSINGER, *Germany's Vocational Training Act: its function as an instrument of quality control within a tradition-based vocational training system*, in *Oxford Review of Education*, 1996, vol. 22, n. 3, 317-336; M. BUSEMEYER, *Die Sozialpartner und der Wandel in der Politik der beruflichen Bildung seit 1970*, in *Industrielle Beziehungen*, 2009, vol. 16, n. 3, 273-294. Il modello duale è, nella pratica, contaminato dalla presenza di un numero sempre crescente di casi di "formazione cooperativa" in cui gruppi di datori di lavoro, generalmente imprese di piccole e medie dimensioni, si accordano per provvedere, *in toto* o parzialmente, alla formazione *off-the-job*. Tali accordi sono particolarmente diffusi nel settore ingegneristico in Svizzera e in Gran Bretagna (S. MÜHLEMANN *et al.*, *Lerhlingsausbildung – ökonomische betrachtet*, Rüegger, Chur, 2007, cap. 10; H. GOSPEL, J. FOREMAN, *The provision of training in Britain: case studies of inter-firm coordination*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2006, vol. 44, n. 2, 191-214). L'apprendistato viene poi completamente snaturato, in quei casi, piuttosto frequenti nell'ambito del Programma di apprendistato in Inghilterra, in cui un ente di formazione si assume la gestione del percorso formativo (P. LEWIS, P. RYAN, *Does inspection under-rate training by employers? Evidence from England*, in *Empirical Research in Vocational Education and Training*, 2009, vol. 1, n. 1, 39-64).

(vale a dire in percorsi di istruzione formale, lontano dai luoghi di lavoro)⁽²⁴⁾.

In Gran Bretagna, al contrario, ciò avviene solamente nel settore manifatturiero tradizionale, in particolare nel settore metalmeccanico; mentre la maggior parte degli apprendistati nel settore dei servizi prevede una limitata o nessuna formazione professionale⁽²⁵⁾. La differenza tra la Gran Bretagna e gli altri paesi è evidente, mentre l'efficacia del sistema è controversa. I fautori di un tipo di valutazione basata sulle competenze, frequente oggi in Gran Bretagna, ritengono che la alternanza di scuola e lavoro non sia essenziale ai fini dell'apprendimento, e che un programma esclusivamente basato sull'esperienza lavorativa rappresenti la soluzione ottimale⁽²⁶⁾. La questione richiederebbe tuttavia una analisi più approfondita di quanto sia possibile in questa sede⁽²⁷⁾.

4.1. Elementi peculiari dell'apprendistato.

Il presente contributo propone l'analisi di quattro elementi principali, quali lo *status* contrattuale degli apprendisti, i loro diritti nell'ambito delle vertenze sindacali, la determinazione del salario e i livelli retributivi (vedi *supra*, § 1).

Status contrattuale. – La formazione in azienda può essere stabilita da un contratto di formazione, da un contratto di lavoro, o da entrambi. Il

⁽²⁴⁾ Soggetti datoriali di grandi dimensioni, come le catene di vendita al dettaglio, offrono internamente la formazione part-time necessaria senza ricorrere alle scuole professionali (*Berufsschulen*).

⁽²⁵⁾ A. ULLMAN, G. DEAKIN, *Apprentice Pay: a Survey of Earnings by Sector*, Department for Education and Skills, Londra, 2005, Research Report 674.

⁽²⁶⁾ «In alcuni settori e imprese, in particolare nei settori in cui “tradizionalmente” si svolge l'apprendistato, quali il settore ingegneristico, una parte significativa della formazione sarà *off-the-job*. In altri casi, la formazione sarà efficacemente svolta *on-the-job* [...] attualmente la formazione avviene in una molteplicità di modi e di luoghi [...] il luogo di lavoro rappresenta un ambiente formativo diverso dall'aula scolastica [...] deve essere fatto di più per assicurarsi che il programma risponda ai bisogni delle imprese» (CBI, *CBI response to the Specification of Apprenticeship Standards for England*, Confederation of British Industry, Londra, 2009, 2). Tale visione, in cui si considera l'aula scolastica come antitetica e non complementare al luogo di lavoro nel processo di apprendimento, contrasta evidentemente con il modello qui esposto.

⁽²⁷⁾ Per un'analisi della questione relativa alle “competenze” si veda A. WOLF, *Competence-Based Assessment*, Open University Press, Buckingham, 1995, e J. WINTER-TON, *Competence across Europe: highest common factor or lowest common denominator?*, in *Journal of European Industrial Training*, 2009, vol. 33, n. 8/9, 681-700).

modello di apprendistato prevede innanzitutto che il contratto di apprendistato sia nettamente distinto dal contratto di lavoro, definendo nel dettaglio diritti e doveri formativi dell'apprendista e del datore, così come il contratto di lavoro stabilisce diritti e doveri di entrambe le parti relativamente agli aspetti lavorativi, e, in secondo luogo, prevede che gli apprendisti abbiano solo un contratto di formazione.

Una situazione di questo tipo esisteva nella Germania dell'Ovest del dopoguerra, dove l'apprendista riceveva un contratto di formazione, che descriveva dettagliatamente diritti e doveri formativi di entrambe le parti, ma non un contratto di lavoro. Tale situazione è rimasta invariata sino all'introduzione della legge sulla formazione professionale (*Vocational Training Act*) del 1969. Nelle discussioni antecedenti l'adozione di tale norma, il partito socialdemocratico (SPD) chiese che gli apprendisti ottenessero lo *status* di lavoratore e non semplicemente quello di apprendista. La proposta fu respinta dai rappresentanti dei datori, i quali temevano che ciò avrebbe comportato un incremento retributivo per gli apprendisti e un conseguente aumento dei costi di formazione⁽²⁸⁾. La legge ha comunque aperto le porte al contratto di lavoro per gli apprendisti, stabilendo che, fatte salve diverse disposizioni, i principi legali del contratto di lavoro dovessero essere applicati anche al contratto di apprendistato⁽²⁹⁾.

Non sorprende come, dal 1972, la legge federale abbia formalmente classificato l'apprendistato come una forma di lavoro⁽³⁰⁾. Oggi, sia in Germania che in Svizzera, salva esplicita indicazione contraria, i giovani in apprendistato godono dello *status* di lavoratore, non solo di quello di apprendista⁽³¹⁾.

In Inghilterra, i contratti di formazione formali per gli apprendisti risalgono ai contratti di apprendistato previsti dallo Statuto degli artigiani del 1563⁽³²⁾, ma potrebbero essere anche antecedenti. La deregolamentazione dell'apprendistato nel 1814 ha portato, negli anni Venti, alla stipula, nella maggior parte dei casi, quanto meno nel settore metal-

⁽²⁸⁾ M.E. TAYLOR, *op. cit.*, 207.

⁽²⁹⁾ *Bundesregierung*, 1969, 1112, §3(2).

⁽³⁰⁾ BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ, *Betriebsfassungsgesetz*, Berlin, 2001.

⁽³¹⁾ *Betriebsfassungsgesetz*, §5, Abs. 1; *Obligationenrecht*, Art. 344-6; A. BERENSTEIN, P. MAHON, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, § 175-8; E. WETTSTEIN, P. GONON, *Berufsbildung in der Schweiz*, HEP Verlag, Berne, 2009, 99.

⁽³²⁾ J. LANE, *Apprenticeship in England, 1600-1914*, University College London Press, Londra, 1996.

meccanico, di accordi di apprendistato puramente verbali⁽³³⁾. La distinzione legislativa tra contratto di apprendistato e contratto di servizio (inteso come contratto di lavoro) ha continuato a ridursi, tanto che negli anni Settanta i giuristi consideravano il contratto di apprendistato semplicemente come una diversa forma di contratto di lavoro stabilita per legge, caratterizzato innanzitutto dalla sua durata a tempo determinato e dalla presenza di requisiti formativi⁽³⁴⁾.

La convergenza nel lungo periodo tra contratti di apprendistato e contratti di lavoro, nel Common Law inglese, è il risultato degli sforzi dei datori di lavoro di liberarsi di tre tradizionali obblighi nei confronti degli apprendisti: sostituendo i formali contratti sinallagmatici con accordi verbali; fornendo agli apprendisti una formazione relativa a compiti specifici piuttosto che insegnar loro “il mestiere”; introducendo, infine, la possibilità di licenziamento in caso di flessioni economiche. Gli apprendisti (e i sindacati a nome loro) reagirono a questi trattamenti generalmente riservati ai comuni lavoratori, rivendicando una rappresentanza sindacale e la copertura della contrattazione collettiva⁽³⁵⁾.

Gli ultimi decenni sono stati caratterizzati dalla presenza di programmi formativi pubblici, con le conseguenti ambiguità relative allo *status* dei partecipanti. Il governo britannico ha recentemente legiferato per chiarire la loro posizione contrattuale. La legge sull'apprendistato del 2009 stabilisce come l'Accordo di apprendistato, che deve essere rilasciato a tutti gli apprendisti, rappresenti un contratto di lavoro e non un contratto di apprendistato⁽³⁶⁾. La legge, quindi, tramite il contratto distingue l'apprendista dall'apprendistato, collocandolo saldamente nel mondo del lavoro.

Tale sviluppo apparentemente eccezionale potrebbe essere interpretato come una prova evidente della fine dell'ideale di apprendistato in In-

⁽³³⁾ P. RYAN, *The embedding of apprenticeship in industrial relations: British engineering, 1925-65*, in P. AINLEY, H. RAINBIRD (eds.), *Apprenticeship: Towards a New Paradigm of Learning*, Kogan Page, Londra, 1999, 42.

⁽³⁴⁾ B.A. HEPPLER, P. O'HIGGINS, *Employment Law*, Sweet and Maxwell, Londra, 1981, IV ed., cap. 12.

⁽³⁵⁾ P. RYAN, *The embedding of apprenticeship in industrial relations*, cit.

⁽³⁶⁾ «Un accordo [di apprendistato, *n.d.a.*] non va considerato, in base a quanto sancito dal Common Law o nella legislazione, come un contratto di apprendistato (secondo quanto riconosciuto dal Common Law) ma va considerato come un contratto di servizio [vale a dire di lavoro, *n.d.a.*]» (Parliament, 2009, Part. 1, Ch. 1, Section 35, #71). Una eccezione a tale disposizione esiste già per gli atleti in preparazione ai giochi olimpici del 2012, che percepiscono un contributo pubblico nell'ambito del Programma di apprendistato sebbene non ricevano la formazione da un datore (<http://nds.coi.gov.uk/content/Detail.aspx?ReleaseID=416250&NewsAreaID=2>).

ghilterra. Oppure, in alternativa, in virtù della secolare convergenza tra lo *status* legale dei contratti di apprendistato e il lavoro, la distinzione tra l'accordo di apprendistato e il contratto di lavoro, da un lato, e il contratto di apprendistato, dall'altro, parrebbe priva di importanza. La ragione che presuntivamente avrebbe portato a tale distinzione è però significativa e risiede nella necessità di sollevare il datore di lavoro che decida di licenziare un apprendista, prima del completamento dell'apprendistato, dall'obbligo di corrispondere allo stesso una indennità superiore a quella conferita al lavoratore standard, come altrimenti previsto dal contratto di apprendistato ⁽³⁷⁾. La legge del 2009 conclude così il processo di convergenza tra lo *status* di apprendista e quello di lavoratore, evidenziando al contempo quanto risibili siano le differenze tra apprendista e lavoratore ⁽³⁸⁾.

La convergenza tra Accordo di apprendistato e contratto di lavoro è legata a due fattori che spinsero i successivi governi britannici a promuovere e, infine, a richiedere lo "*status* di lavoratore" per i partecipanti al Programma di apprendistato. Il primo fattore è di matrice storica: la necessità di creare una distinzione tra il programma e quello che l'ha preceduto, lo *Youth Training Scheme*, nel quale lo "*status* di apprendista" privo di diritti occupazionali si accompagnava a ridotte retribuzioni (gli apprendisti ricevevano una indennità di formazione, finanziata con denaro pubblico), scarsa qualità dei percorsi formativi e sfruttamento del

⁽³⁷⁾ La Corte di Appello, in *Flett v. Matheson* (2006), ha stabilito che un soggetto partecipante al (moderno) Programma di apprendistato può validamente richiedere lo *status* legale di apprendista conformemente alla Common Law, e, in quanto tale, qualora licenziato durante il periodo di apprendistato, ha diritto a un indennizzo da parte del datore di lavoro, non soltanto per la retribuzione perduta in relazione al restante periodo di lavoro non svolto, ma anche per i danni subiti in termini di minori opportunità retributive future dovute al mancato completamento del percorso formativo (J. BOWERS, *A Practical Approach to Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, VIII ed., 240-241; INDICATOR, *What's new in employment law 2006/07?*, Special Report, 2007, 5-6 (www.indicator.co.uk/upload/UKEMLADS_sample.pdf). La legge del 2009 elimina la possibilità di avanzare tali richieste, negando lo *status* di apprendista definito in base alla Common Law. La ragione del cambiamento nello *status* contrattuale è espressa nella nota ufficiale che accompagna la bozza di legge: «intendiamo garantire che il sistema sia sufficientemente flessibile affinché non siano imposti ulteriori oneri ai datori ad eccezione dell'obbligo di stipula dell'Accordo di Apprendistato» (DIUS/DCSF, *World Class Apprenticeships*, Department for Industry, Universities and Skills/Department for Children, Schools and Families, Londra, 2009, 2).

⁽³⁸⁾ MAAC, *Modern Apprenticeships: the Way to Work, Report of the Modern Apprenticeship Advisory Committee*, Department for Education and Skills, Londra, 2001; P. LEWIS, P. RYAN, *op. cit.*, tabella 1; DIUS/DCSF, *op. cit.*

lavoro giovanile ⁽³⁹⁾. Il secondo fattore è di tipo strutturale: contrastare l'elevata presenza di enti di formazione specializzati, tra i primi appaltatori dei Programmi di apprendistato, rafforzando il legame tra apprendista e datore di lavoro ⁽⁴⁰⁾.

La convergenza tra i contratti di apprendistato e i contratti di lavoro, tanto in Germania quanto in Gran Bretagna, comporta un indebolimento del modello di apprendistato. Per come si è realizzata, tuttavia, il suo valore viene comunque ridotto: in entrambi i paesi, è lo *status* di lavoratore che viene introdotto nel contratto di formazione, piuttosto che essere inglobato in un contratto di lavoro separato ⁽⁴¹⁾. Inoltre, il contratto di lavoro, in senso lato, si "annida" nel contratto di apprendistato, che di per sé costituisce un caso particolare di contratto di lavoro a tempo determinato ⁽⁴²⁾. Entrambi i contratti definiscono le stesse condizioni minime (orario di lavoro, diritti alle ferie, periodo di prova, procedure disciplinari ecc.), ma il contratto di formazione si estende oltre il contratto di lavoro, includendo diritti e doveri reciproci stabiliti dalla legge in materia di formazione, la quale prevede per i datori di lavoro tedeschi il dovere di impiegare personale qualificato per la formazione ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ D. LEE ET AL., *Scheming for Youth: a Study of YTS in the Enterprise Culture*, Open University Press, Milton Keynes, 1990.

⁽⁴⁰⁾ La legge del 2009 sancisce anche la prevalenza, in senso stretto, degli interessi datoriali nell'organizzazione dell'apprendistato: il principio, ampiamente riconosciuto, secondo cui la priorità dell'apprendistato consiste nel diritto dell'apprendista a completare il percorso formativo, viene aggirato in base alla convenienza, nel tentativo da parte del governo di attirare un numero maggiore di datori.

⁽⁴¹⁾ «Das Ausbildungsverhältnis ist kein Arbeitsverhältnis. Auf den Berufsausbildungsvertrag sind aber arbeitsrechtliche Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze anwendbar [L'apprendistato è un rapporto di lavoro. Ad esso sono applicabili le leggi e i principi giuridici del contratto di formazione professionale]» (M. KULL, M. BITMANN, *Der Ausbildungsvertrag*, 2006, 1 – www.brennecke-partner.de/66435/Der-Ausbildungsvertrag); vedi anche M. WEISS, M. SCHMIDT, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2008, § 139. Per la Svizzera, tuttavia, A. BERENSTEIN, P. MAHON, *op. cit.*, § 175-176, ritengono sia ancora importante distinguere tra contratti di lavoro e di apprendistato.

⁽⁴²⁾ In Italia, l'apprendistato non costituisce neppure, secondo alcune interpretazioni, un contratto a tempo determinato, in quanto si applicano le restrizioni normative sui licenziamenti, che lo rendono, *de facto*, a tempo indeterminato (P.A. VARESI, *I contratti di lavoro con finalità formative*, Franco Angeli, Milano, 2001, 154; M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: tabula rasa per un vero rilancio*, in *Boll. spec. Adapt*, 6 maggio 2011, n. 24).

⁽⁴³⁾ S. DEAKIN, G. MORRIS, *Labour Law*, Hart, Oxford, 2009, V ed., 144-146. Il concetto di inserimento del contratto di lavoro all'interno del contratto di apprendistato non è esatto. In Gran Bretagna, ad esempio, fino alla legge del 2009 per un datore di lavoro era più difficile licenziare, prima del termine del contratto a tempo determina-

La convergenza contrattuale è pertanto simbolica piuttosto che sostanziale, ma ciò nonostante non è priva di valore. L'equivalenza esplicita tra Accordo di apprendistato e contratto di lavoro in Gran Bretagna coincide, nell'ambito del Programma di apprendistato, con il frequente ricorso a modalità di formazione in azienda e *on-the-job*, a scapito della formazione presso scuole professionali e all'istruzione tecnica che risultano marginali.

Diritto di sciopero. – Un secondo elemento distintivo del contratto è il diritto degli apprendisti a partecipare alle vertenze sindacali. In questo senso la questione che si pone è duplice. La prima riguarda la libertà in capo agli apprendisti di intraprendere azioni industriali in maniera indipendente, vale a dire in autonomia rispetto alle iniziative organizzate da un sindacato; la seconda concerne la possibilità degli apprendisti di partecipare a più ampi movimenti sindacali nei confronti dei datori in qualità di membri dei sindacati coinvolti.

Lo *status* degli apprendisti che godono di entrambi i diritti può essere considerato più vicino a quello di lavoratore piuttosto che di studente a tempo pieno. L'analisi dei suddetti aspetti è qui circoscritta, per ragioni di spazio, alla Germania e alla Gran Bretagna.

In merito al primo punto, gli apprendisti non hanno diritto, per legge, a dar vita ad azioni industriali né in Gran Bretagna né in Germania. In Germania il contratto impone agli apprendisti di presentare le proprie rimostranze alla commissione di conciliazione competente (*Schlichtungsausschuss*), che fa parte delle funzioni formative della Camera di commercio locale, senza alcun diritto di scioperare autonomamente in merito a questioni relative ai programmi di formazione⁽⁴⁴⁾.

to, un apprendista piuttosto che un dipendente (D. GREEN, *All work and no pay – why interns should be treated as more than just a source of cheap labour*, in www.legalweek.com/legal-week/feature/2047558/pay-interns-treated-source-cheap-labour, 2011). Analogamente, in Germania la legge impone al datore di non richiedere agli apprendisti di svolgere un lavoro che non sia parte del mestiere che stanno apprendendo, in contrapposizione con la libertà del datore di stabilire a propria discrezione i compiti dei regolari dipendenti (T. DEISSINGER, *op. cit.*).

⁽⁴⁴⁾ T. DEISSINGER, *op. cit.*; BUNDESINSTITUT FÜR BERUFSBILDUNG, *Ausbildungsvertragmuster und Merkblatt*, Bundesinstitut für Berufsbildung, Bonn, 2005, § 9 (www.bibb.de/veroeffentlichungen/de/publication/show/id/1499).

Ciò non ha impedito agli apprendisti di intraprendere azioni sindacali non ufficiali durante le agitazioni dei primi anni Settanta (K. ANDRESEN, *Die bundesdeutsche Lehrlingsbewegung von 1968 bis 1972. Konturen eines vernachlässigten Phänomens*, in P. BIRKE, B. HÜTTNER, G. OY (eds.), *Alte Linke – Neue Linke? Die sozialen Kämpfe der 1968er Jahren in der Diskussion*, Dietz, Berlino, 2009, 87-102; K. ANDRESEN, *“Gebremste radikalisierung” – zur Entwicklung der Gewerkschaftsjugend von 1968*

Nelle grandi imprese, gli apprendisti hanno inoltre la possibilità di rivolgersi al Consiglio della gioventù e dell'apprendista, un organo rappresentativo che gli apprendisti e i giovani lavoratori hanno il diritto di eleggere conformemente alla legge sulla codeterminazione ⁽⁴⁵⁾.

In Gran Bretagna, la separazione delle relazioni di lavoro dalla regolamentazione legale ha reso tradizionalmente irrilevante ogni diritto formale allo sciopero, portando alla proclamazione, durante il secolo scorso, di diversi scioperi non ufficiali da parte degli apprendisti, finalizzati al perseguimento di propri interessi particolari ⁽⁴⁶⁾. Le restrizioni normative che sin dal 1980 sono state apposte al diritto di sciopero dei lavoratori in generale impediscono agli apprendisti in Inghilterra di indire legalmente scioperi senza il sostegno formale dei loro sindacati, pertanto la loro posizione è identica a quella dei lavoratori regolari ⁽⁴⁷⁾.

Il diritto degli apprendisti a scioperare in autonomia è oggi una questione marginale. Più importante è la questione relativa alla possibilità da parte degli apprendisti di unirsi a più ampi contenziosi industriali a fianco dei lavoratori. Il modello di apprendistato suggerisce che gli apprendisti dovrebbero essere esclusi da tali iniziative, coerentemente con il loro *status* di studenti piuttosto che di lavoratori. Eppure, storicamente sia i datori di lavoro che i sindacati hanno cercato di conquistare la fiducia degli apprendisti nel corso delle controversie industriali: i datori, al fine di ridurre le ripercussioni dello sciopero sulla produzione ricorrendo al lavoro degli apprendisti; i sindacati, per accrescere la pressione sui datori, tenendo lontani gli apprendisti dai luoghi di lavoro.

Tale questione si è sviluppata in maniera differente nel corso del tempo e nei diversi settori. In particolare, nel settore ingegneristico britannico il sostegno degli apprendisti durante le azioni sindacali ha per lungo tempo rappresentato l'oggetto del contendere tra il fronte sindacalista e

bis Mitte der 1970er Jahre, in *Mitteilungsblatt des Instituts für soziale Bewegungen*, 2010, vol. 43, 141-158).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. www.betriebsrat.com/jav-jugendvertretung-wahl. I consigli della gioventù possono essere istituiti solo su iniziativa del datore di lavoro, dei consigli di fabbrica o dei sindacati. La presenza di tali consigli riduce ulteriormente la distanza tra apprendistato e lavoro, in quanto, agli apprendisti che ne fanno parte, è praticamente garantita l'assunzione da parte dell'azienda come lavoratori qualificati al termine del percorso formativo.

⁽⁴⁶⁾ P. RYAN, *Apprentice strikes in the twentieth century UK engineering and shipbuilding industries*, in *Historical Studies in Industrial Relations*, 2004, n. 18, 1-63; ID., *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland: Markets and Institutions*, Research Paper 96, SKOPE, Oxford/Cardiff, 2010.

⁽⁴⁷⁾ W. BROWN *et al.*, *The effects of British industrial relations legislation 1979-97*, in *National Institute Economic Review*, 1997, 161, 69-83.

quello datoriale. Nella prolungata serrata del 1922, le due parti si sono adoperate per conquistare l'appoggio degli apprendisti, un terzo dei quali ha scioperato a sostegno della causa sindacale, mentre il resto è rimasto al lavoro. La controversia è stata risolta nel 1965 da un accordo procedurale settoriale che ha costretto il sindacato a escludere gli apprendisti da tutte le azioni industriali, introducendo per l'apprendista che avesse partecipato a uno sciopero misure disciplinari da parte del sindacato, costringendo al contempo il datore a non servirsi degli apprendisti per svolgere il lavoro degli scioperanti ⁽⁴⁸⁾. L'accordo, escludendo l'apprendistato dai contenziosi, lo ha eccezionalmente avvicinato al modello ideale di apprendistato ⁽⁴⁹⁾.

Nella Germania occidentale, la richiesta di riconoscimento del diritto di sciopero per gli apprendisti è stata ripetutamente respinta nei decenni successivi alla guerra. I rappresentanti degli apprendisti nei sindacati del settore metalmeccanico hanno reclamato più volte questo diritto, incontrando una forte resistenza da parte dei datori di lavoro ⁽⁵⁰⁾. La questione è stata infine risolta tramite una decisione del 1984 della Corte federale del lavoro che riconosceva il diritto degli apprendisti a prendere parte alle azioni collettive ufficiali, o quantomeno agli scioperi "di avvertimento" e agli scioperi brevi, a patto che tra le ragioni dello sciopero vi fossero questioni che riguardassero direttamente le loro condizioni di lavoro, quali, ad esempio, la retribuzione o la loro assunzione al termine del periodo formativo ⁽⁵¹⁾. In questo senso, e a differenza di quanto accaduto negli anni Sessanta nel settore metallurgico in Gran Bretagna, la distinzione tra apprendisti e lavoratori si è ulteriormente ridotta.

Elementi riconducibili al modello di apprendistato sono stati comunque preservati nella legislazione del 1984, che impose specifici limiti al diritto di sciopero degli apprendisti. Questi ultimi non possono scioperare nei periodi dedicati alla formazione presso le scuole professionali (generalmente un giorno la settimana) e la loro partecipazione alle verten-

⁽⁴⁸⁾ P. RYAN, *The embedding of apprenticeship in industrial relations*, cit., 46, 50-51.

⁽⁴⁹⁾ L'accordo ha coinciso con l'istituzione dell'Engineering Industry Training Board con il compito di garantire elevati standard formativi (P. SENKER, *Industrial Training in a Cold Climate: an Assessment of Britain's Training Policies*, Avebury, Aldershot, 1991). Non è stato ancora chiarito se l'accordo volesse evitare il coinvolgimento degli apprendisti nelle ondate di sciopero del decennio successivo, ma ciò appare improbabile.

⁽⁵⁰⁾ Per esempio, IG METALL, *Protokoll der 9. ordentliche Jugendkonferenz der IG Metall*, IG Metall, Francoforte, 1971, n. 34, 356.

⁽⁵¹⁾ M. WEISS, M. SCHMIDT, *op. cit.*, § 508.

ze non deve interferire con la valutazione finale prevista per il terzo e quarto anno di apprendistato. Inoltre, la partecipazione degli apprendisti viene di fatto stabilita dal comitato sindacale per lo sciopero a livello locale, e non dagli apprendisti stessi. Ciò nonostante, la questione è rimasta controversa. I due maggiori sindacati tedeschi affermano che alcuni datori comunicano ancora agli apprendisti che non è previsto il diritto di sciopero ⁽⁵²⁾.

Sistemi retributivi. – In ambito retributivo, due sono gli aspetti esaminati in questa sede. In primo luogo, si determina se all'apprendista venga corrisposta una retribuzione o un'indennità di formazione; in secondo luogo, se l'apprendista abbia diritto a premi di rendimento in base alla sua prestazione lavorativa. L'apprendista, cui viene corrisposta una retribuzione piuttosto che una indennità e il cui livello retributivo dipende dalla propria prestazione sul lavoro, è più simile al lavoratore di quanto non sia chi riceve solo una indennità forfettaria.

La distinzione tra apprendistato e lavoro è evidenziata in Germania dal ricorso a termini differenti per indicare la retribuzione per le due categorie. Agli apprendisti è corrisposta una indennità (*Vergütung*), ai lavoratori uno stipendio o salario (*Lohn, Gehalt*). La Svizzera prevede una distinzione simile, ma con una differenza terminologica meno marcata, in quanto la retribuzione degli apprendisti è denominata "stipendio di apprendista" (*Lehrlingslohn*). In entrambi i paesi, la differenza di *status* tra apprendista e lavoratore viene quindi ribadita anche da un punto di vista terminologico.

La distinzione tra apprendisti e lavoratori nella Germania dell'Ovest del dopoguerra era meno evidente, in quanto per entrambe le categorie la determinazione salariale avveniva tramite contrattazione collettiva (*Tarif*) al livello settoriale regionale. Alcuni meccanismi di determinazione retributiva per gli apprendisti rimanevano comunque distinti da quelli

⁽⁵²⁾ *Bundesarbeitsgericht* 12 settembre 1984, AP n. 81, citato da IG METALL, *Streiklexikon für Auszubildende*, IG Metall, Francoforte, 2006 (www2.igmetall.de/homepages/recklinghausen/file_uploads/4363.pdf) e VER.DI, *Ausbildung von A nach Z*, Ver.di, Berlino, 2006 (<http://jugend.verdi.de/ausbildungsexperten/service/abc>); A. WIEN, *Arbeitsrecht: Eine praxisorientierte Einführung*, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2009, 173; J. VON BROECKEL, *Übersicht über das Arbeitskampfrecht in Deutschland*, 2010 (www.janvonbroeckel.de/arbeitsleben/arbeitskampfrecht.pdf). Quando Ver.di, sindacato dei servizi, ha chiamato 450 apprendisti, accanto a 700 lavoratori, per un secondo sciopero di avvertimento nell'aprile 2011 contro una clinica di Lipsia non sindacalizzata, per ottenere la copertura del contratto collettivo, pare che i manager della clinica abbiano detto agli apprendisti di non avere il diritto di scioperare, e solo 100 apprendisti hanno partecipato alla vertenza, alcuni di essi durante la pausa pranzo (<http://jugend.verdi.de/news/zeichen-stehen-auf-streik>).

dei lavoratori. In primo luogo, le indennità degli apprendisti erano stabilite in accordi collettivi separati da quelli che fissavano gli stipendi dei lavoratori, così che gli incrementi negli stipendi dei lavoratori non fossero sempre accompagnati da incrementi nelle indennità degli apprendisti⁽⁵³⁾. In secondo luogo, gli accordi collettivi degli apprendisti stabilivano, come successivamente previsto dalla legge del 1969, una retribuzione su base mensile, a differenza di quella a base oraria in vigore per i lavoratori manuali, da cui si evince la differenza negli orari di lavoro fissati per le due categorie⁽⁵⁴⁾.

In terzo luogo, le indennità per gli apprendisti erano, e sono tuttora, espresse sotto forma di somme di denaro predefinite, non quali percentuali dei ratei di base relativi ai lavoratori qualificati, come invece nel settore ingegneristico post bellico in Gran Bretagna caratterizzato da una distinzione meno marcata tra apprendistato e lavoro. Da questi elementi emerge come in Germania la distinzione fosse più netta.

In relazione al primo elemento, tuttavia, dagli anni Sessanta, le indennità degli apprendisti sono state sempre discusse nelle stesse negoziazioni, nonché incluse negli stessi accordi collettivi che definivano le retribuzioni per i lavoratori, garantendo così che gli apprendisti venissero regolarmente interessati dagli incrementi retributivi. Modalità e tempi variavano in base alla regione e al settore. Nel settore metalmeccanico, ad esempio, gli accordi sono stati unificati a partire dal 1963 in Baviera, mentre in Assia sono rimasti separati anche nel corso degli anni Settanta, sebbene riportassero ormai le stesse date di stipula, a indicare la loro negoziazione congiunta nell'ambito di un'unica trattativa salariale⁽⁵⁵⁾.

Le modalità di fissazione dei salari in Svizzera per gli apprendisti e per i lavoratori, invece, sono rimaste maggiormente distinte. La copertura del contratto collettivo, già piuttosto ridotta per i lavoratori, è trascura-

⁽⁵³⁾ In Assia (per esempio, si veda IG Metall 1954, *Lehrlingsvergütung 5. Hessen, gewerbliche Industrie/2. Zentrale Tarifsammlung Nr. 16. Frankfurt, IGM Vorstand*), le indennità di apprendistato sono rimaste inalterate nei cinque anni successivi alla guerra in cui si è registrato, però, un incremento degli stipendi dei lavoratori (1951-1953, 1956, 1958).

⁽⁵⁴⁾ Una legislazione protettiva è intervenuta per impedire che apprendisti di età inferiore ai 18 anni svolgessero lavoro straordinario (Bundesministerium der Justiz, 1976, §8(1)).

⁽⁵⁵⁾ La convergenza nella definizione dei salari degli apprendisti e dei lavoratori regolari nella Germania postbellica ha dato l'opportunità ai sindacati tedeschi di coinvolgere gli apprendisti nelle controversie industriali, in quanto le questioni trattate nelle negoziazioni generali in materia retributiva (*Tarif*) riguardavano tanto gli apprendisti quanto i lavoratori.

bile per gli apprendisti, la cui retribuzione viene in effetti stabilita dai singoli datori di lavoro. Ne deriva una più netta distinzione degli apprendisti dai comuni lavoratori. I datori non soltanto tipicamente escludono gli apprendisti dai regolari incrementi retributivi dei lavoratori, ma in alcuni casi mantengono persino inalterate le loro indennità per anni. In che misura ciò sia da imputare a meccanismi di compensazione del mercato, all'inerzia o al potere dei datori di lavoro resta da verificare⁽⁵⁶⁾.

Invece, agli apprendisti inglesi è stata tradizionalmente corrisposta una retribuzione come ai lavoratori e, tramite l'introduzione di diversi livelli retributivi che dagli anni Sessanta hanno definito i loro compensi come percentuale del salario del lavoratore specializzato, hanno generalmente condiviso le trattative salariali con quelle degli altri lavoratori⁽⁵⁷⁾.

Dalla necessità per gli apprendisti di acquisire lo *status* di lavoratori, associata all'abolizione di alcune tipologie di programmi di apprendistato nei quali un ente di formazione svolgeva *in toto* il ruolo di datore di lavoro, consegue che a tutti gli apprendisti debba essere corrisposto un salario e non semplicemente un'indennità di formazione. Sebbene molte delle esperienze effettuate nell'ambito del Programma di apprendistato difficilmente siano da considerarsi un vero apprendistato, come già menzionato sopra, l'eliminazione di varianti "non retribuite" nel 2011 contribuisce alla convergenza dell'apprendistato verso il lavoro⁽⁵⁸⁾.

La seconda questione relativa ai sistemi retributivi riguarda la possibilità da parte degli apprendisti di ricevere premi di produttività previsti dalle imprese per i propri dipendenti. Poiché la loro posizione è prioritariamente quella di persone in fase formativa e non di forza lavoro

⁽⁵⁶⁾ P. RYAN *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit.; P. RYAN *et al.*, *Financial Aspects of Apprenticeship Training in Germany, Great Britain and Switzerland*, cit.; S. MÜHLEMANN, P. RYAN, S.C. WOLTER, *Monopsony power, pay structure and training*, IZA Discussion Paper 5587, 2011.

⁽⁵⁷⁾ La definizione in percentuale dei livelli retributivi per gli apprendisti del settore ingegneristico risale almeno al periodo tra le due guerre, quando le associazioni locali datoriali li utilizzavano per stabilire i massimi retributivi. La sindacalizzazione ha portato negli anni Trenta alla loro conversione in minimi, ma la loro importanza è stata temporaneamente indebolita dall'incremento dei salari forfettari nel 1952 e nel 1960 (P. RYAN, *Apprentice strikes in the twentieth century UK engineering and shipbuilding industries*, cit.).

⁽⁵⁸⁾ NAS, *Apprenticeships – Delivery Models*, National Apprenticeship Service, Londra, 2011 (www.apprenticeships.org.uk/Partners/Policy/Apprenticeship-Delivery-Models.aspx).

produttiva, secondo il tipo ideale di apprendistato, gli apprendisti non dovrebbero ricevere premi relativi alla loro prestazione lavorativa. Il premio di rendimento, infatti, incoraggia sia il datore di lavoro che l'apprendista a focalizzare la formazione su compiti di lavoro altamente specifici, in cui possano essere raggiunti alti livelli di produzione e profitto.

Nella Gran Bretagna del dopoguerra, sono stati corrisposti premi di rendimento a molti apprendisti metalmeccanici: nel 1960, il 47% degli apprendisti nel settore ingegneristico e il 76% nella cantieristica navale ha ricevuto premi ⁽⁵⁹⁾. Una richiesta ricorrente da parte dei rappresentanti degli apprendisti è stata l'abolizione di tali bonus, per scoraggiare la tendenza a una eccessiva specializzazione durante la formazione ⁽⁶⁰⁾. La percentuale di apprendisti che ha ricevuto premi di risultato si è fortemente ridotta dopo il 1964, in concomitanza con l'innalzamento degli standard formativi stabiliti dal Comitato di formazione del settore ingegneristico (Engineering Industry Training Board – EITB), ma non si è azzerata. L'EITB potrebbe aver contribuito a ridurre l'assegnazione di premi di risultato che si ripercuotono negativamente sulla qualità della formazione, ma non introdusse nessuna misura che legasse/collegasse l'erogazione di sovvenzioni per la formazione alla riduzione dell'impiego di apprendisti nel lavoro a cottimo ⁽⁶¹⁾.

Nella Germania del dopoguerra, l'impiego di apprendisti nel lavoro a cottimo è stato abolito dalla legge sulla tutela del lavoro giovanile del 1976. Il contributo di tale misura alla differenziazione tra apprendistato e lavoro è stato comunque limitato in quanto la norma si applicava sia ai lavoratori che agli apprendisti purché al di sotto dei 18 anni ⁽⁶²⁾. Tale

⁽⁵⁹⁾ P. RYAN, *Apprentice strikes in the twentieth century UK engineering and shipbuilding industries*, cit., tabella 4; P. RYAN et al., *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit., 341.

⁽⁶⁰⁾ Richieste relative all'abolizione dei premi di rendimento per gli apprendisti erano presenti nei programmi di nove delle diciannove conferenze per i giovani organizzate dal maggiore sindacato del settore ingegneristico tra il 1946 e il 1964. Tali richieste hanno incontrato una puntuale opposizione a causa della volontà da parte degli apprendisti a cottimo di incrementare i propri guadagni, ma non sono state accolte solamente nel 1949 e nel 1950 (AEU, *Seventh Annual Youth Conference – 1950. Minutes and Reports of Proceedings*, Amalgamated Engineering Union, Londra, 1950).

⁽⁶¹⁾ Non è disponibile nessun documento dell'EITB sulla questione, ma il principale storico dell'istituto, Peter Senker, in una comunicazione privata, afferma che non esistono dati che confermano politiche di questo tipo.

⁽⁶²⁾ BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ, *Jugendarbeitsschutzgesetz*, Berlino, 2008 (www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/jarbschg/gesamt.pdf), §23 (*Akkordarbeit, tempoabhängige Arbeiten*).

clausola ha contribuito a ridurre il peso dell'atto normativo stesso ai fini della definizione di uno *status* di apprendista, a causa del costante incremento nell'età media di ingresso in apprendistato, che ha raggiunto i 19,4 anni di età nel 2007 ⁽⁶³⁾.

Attualmente in Gran Bretagna, Germania e Svizzera, alcuni, anzi probabilmente molti, apprendisti ricevono retribuzioni il cui livello è basato sul loro rendimento. Uno studio recente di 45 stabilimenti nei settori ingegneristico e della vendita al dettaglio in Gran Bretagna, Germania e Svizzera ha mostrato come oltre la metà di essi corrisponda ai propri apprendisti qualche forma di premio di risultato con variazioni minime da paese a paese o tra i diversi settori (tabella 1) ⁽⁶⁴⁾.

In alcune di queste imprese, gli apprendisti ricevono premi di rendimento assegnati automaticamente a tutti i lavoratori del reparto o dello stabilimento in cui essi lavorano, in particolare nel caso di compensi a provvigione. Anche tale pratica è riconducibile a una analogia di fondo tra la percezione della posizione degli apprendisti e quella dei lavoratori.

Ancora più sorprendentemente, un terzo dei datori di lavoro esaminati (15 su 45), e in particolare quelli svizzeri (6 su 8), ha distribuito *singolarmente* agli apprendisti premi di risultato per il proprio rendimento sul lavoro e talvolta anche per i risultati conseguiti presso la scuola professionale ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ P. RYAN *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit., tabella 10. Tutti gli studi relativi ai costi di formazione a carico dei datori condotti dall'Istituto federale per la formazione professionale (Bundesinstitut für Berufsbildung) sin dagli anni Settanta si basano sul presupposto secondo cui gli apprendisti (e i lavoratori specializzati) non ricevono premi di risultato, nonostante la riduzione del numero di apprendisti protetti dalla legge del 1976 (si veda, per esempio, U. BEICHT *et al.*, *Kosten und Nutzen der betrieblichen Berufsausbildung in Deutschland*, Bundesinstitut für Berufsbildung, Bonn, 2004, 22-23; F. WENZELMANN *et al.*, *In-company vocational training – a worthwhile investment for enterprises*, in *BIBB Report*, 2009, 8/09).

⁽⁶⁴⁾ Il campione dei datori di lavoro non è stato scelto in modo casuale, perciò il risultato nella tabella 1 potrebbe non essere altamente rappresentativo. La tabella esclude i dieci rivenditori inglesi al dettaglio presenti nello studio originale che non avevano apprendisti nello stabilimento o nel reparto analizzato.

⁽⁶⁵⁾ Poiché alcune delle imprese che distribuiscono premi di rendimento ai propri apprendisti non corrispondono bonus agli apprendisti nella prima fase del percorso formativo, i dati mostrano probabilmente una distanza dal modello maggiore di quella reale.

Tabella 1 – Incidenza dei premi di rendimento per gli apprendisti nelle imprese corrispondenti in due settori e tre paesi

Numero di stabilimenti (imprese) per categoria									
		Imprese che distribuiscono premi a tutti gli apprendisti				Criteri utilizzati nella valutazione del rendimento (premi individuali)			Numero di imprese
		Indivi- duali	di grup- po	En- tram- bi	L'uno o l'altro	Solo per il ren- dimento scolasti- co	Solo per il rendi- mento sul lavo- ro ^b	En- tram- bi	
Settore in- gegneristi- co	GB	1	5	1	5	0	0	1	9
	D	2	4	2	5	0	1	1	8
	CH	6	4	4	6	0	1	5	8
Vendita al dettaglio ^a	D	2	3	0	5	0	2	0	10
	CH	4	2	0	6	0	5	0	10
Entrambi	All	15	18	7	27	0	9	7	45

Note:

- a. Viene esclusa una impresa del settore vendita al dettaglio, in quanto priva di apprendisti negli stabilimenti esaminati.
 b. Include pagamento a provvigione nel settore vendita al dettaglio.

Fonte: P. RYAN et al., Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland: Markets and Institutions, *Research Paper 96, SKOPE, Oxford/Cardiff, 2010, tabella 5*

L'apprendistato appare più simile al modello ideale in questione nelle otto imprese che esplicitamente escludono gli apprendisti dai bonus di produttività. I manager riconducono tale decisione alle differenze tra lo *status* di apprendista, considerato *in primis* un giovane in formazione, e quello di lavoratore, considerato un produttore, e poiché ritengono che i premi di produttività contribuiscano a ridurre l'apprendimento in favore di una maggiore specializzazione. Alcuni datori di lavoro considerano invece l'esposizione dell'apprendista alle pressioni sul lavoro relative ai premi di risultato un'esperienza importante nel processo di apprendimento.

Sebbene nessuno dei suddetti piani di bonus aziendali si applichi al solo rendimento formativo, un terzo di questi prevede tanto la componente

di formazione professionale part-time quanto quella produttiva. Tutti i casi riscontrati riguardano il settore ingegneristico, nel settore della vendita al dettaglio viene conferita minor importanza alla formazione part-time degli apprendisti. Le aziende ingegneristiche sopra menzionate considerano tanto la dimensione formativa che quella produttiva, avvicinandosi maggiormente al modello ideale di apprendistato.

Il ripristino di premi di rendimento per gli apprendisti non dovrebbe comunque essere interpretato come indicatore di un ritorno a compiti di lavoro ripetitivi e un tipo di formazione orientata alla produzione che caratterizzava la maggior parte dell'apprendistato inglese del dopoguerra. Nelle suddette imprese esso rappresenta piuttosto uno strumento atto a rendere l'apprendista maggiormente responsabile del proprio apprendimento e sviluppo lavorativo, come strategia di gestione delle risorse umane piuttosto che come pratica di matrice taylorista ⁽⁶⁶⁾.

Da ultimo, la paga degli apprendisti potrebbe essere stabilita in riferimento a un salario minimo. Qualora sia stata stabilita per legge una retribuzione minima per gli apprendisti, prevale la componente lavorativa, piuttosto che quella formativa. Un eventuale squilibrio viene in alcuni paesi controbilanciato da un *sub* minimo salariale per gli apprendisti o, in generale, per i giovani lavoratori ⁽⁶⁷⁾. In Germania e in Svizzera l'assenza di una retribuzione minima nazionale contribuisce ad avvicinare lo *status* di apprendista a quello di studente ⁽⁶⁸⁾.

In Gran Bretagna, al contrario, la retribuzione minima si applica tanto agli apprendisti quanto ai lavoratori. Esistono alcune distinzioni tra apprendistato e impiego regolare, quali ad esempio il diritto a ricevere solamente il *sub* minimo inferiore per gli apprendisti tra i 16 e i 18 anni o nel primo anno di apprendistato, la cui retribuzione si pone a un livello inferiore rispetto alla retribuzione piena di altri apprendisti al di sotto dei 21 anni ⁽⁶⁹⁾. In questo senso, il modello di apprendistato conserva una qualche influenza.

⁽⁶⁶⁾ P. RYAN *et al.*, *Large employers and apprenticeship training in Britain*, cit., 127-153.

⁽⁶⁷⁾ P. RYAN, *The school-to-work transition*, cit.

⁽⁶⁸⁾ Nonostante l'indebolimento degli accordi relativi all'estensione della copertura contrattuale anche alle aziende non sindacalizzate che erano precedentemente tenute a corrispondere comunque agli apprendisti le retribuzioni fissate dai contratti collettivi, le imprese non sindacalizzate devono corrispondere agli apprendisti almeno l'80% di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva (U. BEICHT, *Entwicklung der Ausbildungsvergütungen in Deutschland*, n. 12, Bundesinstitut für Berufsbildung, Bonn, 2006).

⁽⁶⁹⁾ LPC, *National Minimum Wage: Low Pay Commission Report 2009*, Low Pay Commission, Londra, 2009, cap. 6; P. RYAN *et al.*, *Financial Aspects of Apprentices-*

Retribuzione relativa. – L'ultimo aspetto utile alla definizione della posizione dell'apprendista rispetto allo studente a tempo pieno e al lavoratore riguarda il livello retributivo: più è alto, più lo *status* dell'apprendista è vicino a quello di lavoratore; più è basso, più esso si avvicina a quello di studente a tempo pieno.

La comparazione dei livelli retributivi degli apprendisti necessita di una standardizzazione in considerazione delle eventuali differenze in termini di valore assoluto tra le diverse epoche e i diversi paesi. Tale standardizzazione avviene generalmente definendo la retribuzione dell'apprendista quale percentuale del salario previsto per i lavoratori a tempo pieno nella medesima occupazione, settore, paese e anno.

La retribuzione dell'apprendista è storicamente inferiore rispetto a quella dei lavoratori specializzati. Nel settore metallurgico in Gran Bretagna e in Germania, intorno alla metà dello scorso secolo, un apprendista riceveva meno della metà del compenso del lavoratore specializzato, anche nell'ultimo anno di apprendistato: era infatti pari al 47,5%, per gli apprendisti di 20 anni di età al quinto anno di apprendistato in Gran Bretagna nel 1940, e al 33% per gli apprendisti al quarto anno (di circa 19 anni di età) nella Renania settentrionale Vestfalia nel 1955 ⁽⁷⁰⁾. Nei primi anni di apprendistato la retribuzione era ancora inferiore. La differenza nei livelli retributivi tra apprendisti e lavoratori era evidentemente sostanziale ⁽⁷¹⁾.

La situazione è rimasta invariata in Svizzera e in Germania ma non in Gran Bretagna. Ritornando al campione di aziende del settore ingegneristico nei tre paesi (tabella 1), la retribuzione relativa degli apprendisti in Gran Bretagna è oggi molto superiore di quanto non fosse sessanta anni fa, mentre è rimasta a livelli inferiori in Germania e, in particolare, in Svizzera (tabella 2). Nelle imprese inglesi del settore ingegneristico esaminate, la retribuzione dell'apprendista è inizialmente pari ad almeno la metà del compenso di un lavoratore specializzato fino a raggiun-

ship Training in Germany, Great Britain and Switzerland, cit.; il *sub* minimo previsto per l'apprendista corrisponde al 42% della retribuzione del lavoratore adulto (www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/TheNationalMinimumWage/DG_10027201).

⁽⁷⁰⁾ P. RYAN, *Pay structures, collective bargaining and apprenticeship training in post-war British and German metalworking industry*, paper presentato al CEPR Workshop su *Human Capital and Postwar European Economic Growth*, Dublino, marzo 1993, figure 2A, 2B1.

⁽⁷¹⁾ La retribuzione relativa degli apprendisti nella Gran Bretagna postbellica nell'industria metallurgica è ancora inferiore se misurata in termini di valore assoluto e non come percentuale (P. RYAN *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit.).

gere in media i due terzi nel corso dell'apprendistato. In Svizzera, un apprendista nella medesima situazione riceve inizialmente soltanto un ottavo della retribuzione piena e raggiunge in media un quinto della stessa nell'arco dei quattro anni di apprendistato. La Germania si colloca in una posizione mediana, con le retribuzioni relative inizialmente pari a quasi un terzo della retribuzione piena, ma con incrementi successivi poco significativi ⁽⁷²⁾.

Tabella 2 – Retribuzione relativa degli apprendisti nel settore ingegneristico in 24 imprese, 2008-2009 (valori in %)

	Anno di apprendistato					Numero di casi
	1	2	3	4	Totale ^b	
Gran Bretagna	48,5	58,5	68,3	78,5	63,5	8
Germania ^{a, c}	30,5	32,2	34,5	36,3	33,4	8
Svizzera ^a	12,4	16,0	21,5	27,9	19,5	8

Livello retributivo espresso come percentuale della retribuzione percepita dai lavoratori da poco specializzati nella stessa occupazione e stabilimento.

Note:

- a. include tredicesima (*Weihnachtsgeld*) e quattordicesima (*Urlaubsgeld*) se previste
- b. media semplice di tutti gli anni di formazione
- c. retribuzione a livello di stabilimento o impresa se diversa dalla contrattazione collettiva

Fonte: P. RYAN et al., Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland: Markets and Institutions, *Research Paper 96, SKOPE, Oxford/Cardiff, 2010, tabella 7*

In questo senso, la distanza tra apprendista e lavoratore è inferiore in Gran Bretagna rispetto alla Germania e alla Svizzera. La ridotta retribuzione degli apprendisti in Svizzera li avvicina alla posizione degli studenti a tempo pieno, coerentemente con un'età media di ingresso

⁽⁷²⁾ Poiché i dati nella tabella 2 sono calcolati in base alla retribuzione corrisposta ai lavoratori da poco specializzati piuttosto che in base alla retribuzione percepita dai lavoratori specializzati più anziani, non sono strettamente comparabili con quelli della Germania degli anni Cinquanta, per i quali la paga dell'apprendista viene definita in base alla retribuzione di questi ultimi (*Ecklohn*).

nell'apprendistato pari a 17,6 anni, di circa due anni inferiore rispetto alla controparte inglese e tedesca ⁽⁷³⁾.

La retribuzione dell'apprendista viene generalmente studiata dagli economisti quale determinante della distribuzione dei costi di formazione tra datori di lavoro e apprendisti. Considerata qui come un elemento rilevante nella definizione dello *status* di apprendista come intermedio tra studente e lavoratore, anche l'analisi dei livelli retributivi mostra come oggi si registri una maggiore vicinanza allo *status* di lavoratore in Gran Bretagna rispetto alla Germania o alla Svizzera.

4.2. Determinanti.

Dai quattro elementi distintivi dell'apprendistato qui discussi emergono interessanti differenze in diversi paesi e nelle diverse epoche. Molti cambiamenti appaiono chiari nel lungo periodo, in particolare la tendenza a considerare lo *status* di apprendista più vicino a quello dei lavoratori in Germania, Gran Bretagna e Italia. Al contrario, in Svizzera i cambiamenti sono stati più contenuti e in particolare la convergenza verso lo *status* di lavoratore è stata meno evidente. Quale potrebbe essere la causa di tali differenze e cambiamenti?

In primo luogo, mentre il modello di apprendistato appare semplice da un punto di vista concettuale, non è facilmente attuabile nella pratica. Uno *status* distinto e autonomo per l'apprendista in posizione intermedia tra il mondo della scuola e del lavoro non è facilmente realizzabile. Tale difficoltà è dovuta a tre fattori: la natura transitoria dell'apprendistato, l'economia della formazione e il conflitto politico. L'apprendistato è *in primis* una fase di transizione, tra età giovane e adulta, scuola e lavoro, tra studente a tempo pieno e lavoratore. La sua natura transitoria facilita il passaggio nel corso dell'apprendistato dallo *status* precedente – di studente – allo *status* successivo – di lavoratore ⁽⁷⁴⁾. Ne è un esempio la Gran Bretagna degli anni Quaranta, quando la Federazione dei datori di lavoro del settore ingegneristico ha richiesto

⁽⁷³⁾ P. RYAN *et al.*, *Financial Aspects of Apprenticeship Training in Germany, Great Britain and Switzerland*, cit., tavola 10; S. TEUBER *et al.*, *Duale Ausbildung und Personalpolitik – so gleich und doch so fremd?*, in *Die Betriebswirtschaft*, 2011, vol. 71, n. 3, 217-233.

⁽⁷⁴⁾ Il recente incremento dell'apprendistato tra la popolazione adulta in Inghilterra mostra come venga a mancare un'altra delle funzioni sociali tradizionali dell'apprendistato, quella di facilitare il passaggio dall'infanzia all'età adulta (K.D.M. SNELL, *The apprenticeship system in British history*, cit.).

alle imprese federate di fornire una formazione professionale part-time agli apprendisti durante i primi due anni di apprendistato (cioè fino all'età di 18 anni), ma non durante i successivi tre anni, come invece richiesto dai sindacati ⁽⁷⁵⁾. La posizione dei datori di lavoro era coerente con una visione dell'apprendista più giovane come più vicino allo studente e del più anziano come più vicino al lavoratore esperto. Ciò contrastava con la prassi tedesca e svizzera che prevedeva la partecipazione alla formazione professionale part-time durante tutto il periodo di apprendistato.

La componente transizionale è oggi riscontrabile nell'aumento graduale del tempo che gli apprendisti dedicano alle attività produttive nel corso dell'apprendistato, come rilevato dagli studi relativi ai costi di formazione per l'apprendistato in Inghilterra, Germania e Svizzera ⁽⁷⁶⁾. Infatti, gli apprendisti prossimi alla fine del percorso, vengono talvolta considerati dai propri datori di lavoro e da sé stessi come lavoratori specializzati a tutti gli effetti tranne che nella denominazione, e la differenza tra la propria produttività da una parte, e lo *status* e la retribuzione, dall'altra, può generare malcontento ⁽⁷⁷⁾.

In secondo luogo, l'economia della formazione suggerisce come le competenze richieste in determinate occupazioni e programmi formativi abbiano un ruolo nel definire la posizione dell'apprendista. Quando l'apprendistato consiste in un apprendimento prolungato che comporta costi elevati, come, ad esempio, nell'industria pesante di oggi, le forze del mercato favoriscono livelli retributivi bassi per gli apprendisti. All'opposto, quando l'apprendistato rappresenta un mero adattamento di programmi di formazione continua *on-the-job* previsti per i lavoratori in organico, come avviene tipicamente nell'apprendistato nel settore vendite del commercio al dettaglio in Gran Bretagna, le differenze retributive tra apprendisti e lavoratori sono ridotte. Nel primo caso, la po-

⁽⁷⁵⁾ P. RYAN, *The embedding of apprenticeship in industrial relations*, cit., 44.

⁽⁷⁶⁾ C. HASLUCK *et al.*, *The Net Benefit to Employer Investment in Apprenticeship Training*, Institute for Employment Research, University of Warwick, Coventry, 2008, 15; R. DIONISIUS *et al.*, *Costs and benefits of apprenticeship training: a comparison of Germany and Switzerland*, in *Applied Economics Quarterly*, 2009, vol. 55, n. 1, 12-13.

⁽⁷⁷⁾ Un esempio si è registrato nel settore ingegneristico inglese durante la Seconda guerra mondiale. Gli scioperi del 1941 furono provocati dal malcontento tra gli apprendisti al quarto e quinto anno, a cui fu assegnato il compito di supervisionare il lavoro di lavoratrici poco qualificate, che, a differenza loro, percepivano la retribuzione dei lavoratori specializzati, nonostante avessero ricevuto una formazione minore (P. RYAN, *Apprentice strikes in the twentieth century UK engineering and shipbuilding industries*, cit., 57).

sizione dell'apprendista è vicina a quella dello studente a tempo pieno, nel secondo invece a quella del normale lavoratore ⁽⁷⁸⁾.

Il terzo fattore riguarda il conflitto politico in senso lato che continuamente modifica le istituzioni. Lo *status* di apprendista va in una direzione o nell'altra in base agli interessi datoriali, sindacali, degli enti di formazione professionale e degli organismi pubblici, ma in particolar modo in base al potere relativo dei datori di lavoro.

Un esempio cardine in tal senso riguarda il potenziamento della componente della formazione professionale part-time. Tanto in Gran Bretagna quanto in Germania, ciò è avvenuto solo in seguito a prolungate battaglie tra formatori, sindacalisti e autorità pubbliche, da un lato, e rappresentanti dei datori di lavoro dall'altro. Il conflitto si è risolto in maniera soddisfacente in ciascun paese solo alla fine della cosiddetta "Età dell'oro" del dopoguerra, in un periodo in cui la politica socialdemocratica aveva una eccezionale influenza ⁽⁷⁹⁾.

Alcuni dei cambiamenti nello *status* degli apprendisti discussi nel paragrafo precedente possono essere interpretati in ottica analoga. In Germania, lo *status* di lavoratore e il diritto di sciopero per gli apprendisti sono stati promossi dai sindacati e osteggiati dai datori, così come è accaduto in Gran Bretagna nel caso delle riduzioni ai premi di rendimento e dell'incremento della retribuzione relativa per gli apprendisti. Il crescente malcontento degli apprendisti, soprattutto in Gran Bretagna, ma anche in Germania, era associato alla questione dell'aumento retributivo ⁽⁸⁰⁾.

Anche le divisioni interne hanno la loro importanza. Gli stessi datori di lavoro spesso non concordavano su alcune questioni: ad esempio in Gran Bretagna la posizione datoriale di fronte alla richiesta dei sindacati di poter rappresentare gli apprendisti e in merito al sostegno per l'istruzione obbligatoria part-time non era univoca. Allo stesso modo, le politiche sindacali si sono notevolmente differenziate da un contesto

⁽⁷⁸⁾ M. STEVENS, *A theoretical model of on-the-job training with imperfect competition*, in *Oxford Economic Papers*, 1994, vol. 46, n. 4, 537-562; C. DUSTMANN, U. SCHOENBERG, *Apprenticeship Training and Commitment to Training Provision*, inedito, Department of Economics, University College London, Londra, 2010; P. RYAN *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit.

⁽⁷⁹⁾ M.E. TAYLOR, *op. cit.*; J. ZEITLIN, *Re-forming skills in British engineering 1900-40: a contingent failure*, in *Historical Studies in Industrial Relations*, 2008, n. 25/26, 19-77; M. BUSEMEYER, *Die Sozialpartner und der Wandel in der Politik der beruflichen Bildung seit 1970*, cit.

⁽⁸⁰⁾ P. RYAN, *Pay structures, collective bargaining and apprenticeship training in post-war British and German metalworking industry*, cit.; P. RYAN *et al.*, *Trainee Pay in Britain, Germany and Switzerland*, cit.

all'altro, variando dal rifiuto di stipulare in azienda qualunque contratto diverso dai contratti di lavoro, come spesso è accaduto in Italia, sino all'inclusione regolamentata di tali contratti, come in Germania e in Gran Bretagna. Ciò detto, i sindacati tedeschi si sono dimostrati maggiormente disponibili, rispetto alla loro controparte inglese, a cedere sul fronte degli aumenti retributivi per gli apprendisti, come parte del loro più forte impegno per una più elevata qualità della formazione ⁽⁸¹⁾.

5. Conclusioni.

Il modello ideale di apprendistato esaminato, inteso come integrazione tra teoria e pratica, dell'aula e del posto di lavoro, nei programmi formativi, si concentra su un elemento centrale dei sistemi di istruzione e formazione professionale e propone una modalità di descrizione, analisi e valutazione delle differenze tra i suddetti sistemi in diversi momenti e diversi paesi. Tale modello trova il proprio fondamento nelle aspirazioni degli educatori umanisti e nella parziale realizzazione delle stesse nei sistemi dei paesi di lingua tedesca, come pure nel settore metalmeccanico nella Gran Bretagna moderna e rappresenta allo stesso modo un contributo espressamente normativo in quanto prende in esame la varietà di esperienze che oggi vengono definite "apprendistato" domandandosi quante di esse ne costituiscano realmente un esempio concreto.

Il presente studio analizza fino a che punto tale modello venga realizzato nella pratica, in termini di *status* contrattuale degli apprendisti, di partecipazione alle controversie industriali, di sistemi e livelli retributivi. I dati utilizzati sono parziali e la loro interpretazione largamente speculativa. Ciò nondimeno, il contributo intende suggerire come persino le approssimazioni più vicine al modello mantengano una certa distanza dallo stesso, come esemplificato dallo *status* contrattuale e dal diritto di sciopero degli apprendisti tedeschi. La forma di apprendistato maggiormente vicina al modello, tra i quattro paesi qui esaminati, è quella svizzera, la forma più lontana è quella italiana, seguita a poca distanza dalla Gran Bretagna.

⁽⁸¹⁾ P. GARONNA, P. RYAN, *The regulation and deregulation of youth economic activity*, in P. RYAN, P. GARONNA, R.C. EDWARDS (eds.), *The Problem of Youth: the Regulation of Youth Employment and Training on Advanced Economies*, Macmillan, Londra, 1991, 35-80; D.W. MARSDEN, P. RYAN, *Initial training, labour market structure and public policy: intermediate skills in British and German industry*, in P. RYAN (ed.), *International Comparisons of Vocational Education and Training for Intermediate Skills*, Falmer Press, Lewes, 1991, 251-285.

Tali risultati sono in parte riconducibili alla natura transitoria dell'apprendistato, in parte all'economia della formazione e in parte ai confliggenti interessi degli attori sociali coinvolti nell'apprendistato, quali datori di lavoro, sindacati, educatori, organismi pubblici, politici, gli apprendisti stessi, e tutti coloro che cercano di plasmare tale istituto in base ai propri interessi e obiettivi.

Il modello stesso presenta alcuni limiti, in quanto centrato su una singola dimensione formativa di un fenomeno multidimensionale e collide, inoltre, con altri valori: per esempio, i fautori di una maggior uguaglianza retributiva promuovono per gli apprendisti lo *status* di lavoratore, nonostante tale *status* sia distante da quello proposto nel modello di apprendistato. Il modello è astorico. Le esigenze dei giovani e quelle dell'economia possono cambiare tanto da alterare l'interesse verso l'apprendistato, sebbene i cambiamenti attuali dovrebbero probabilmente aumentarne il valore in virtù di maggiori livelli di istruzione dei giovani e delle competenze richieste dall'economia. Da ultimo, variazioni nell'attuazione di tale modello possono sussistere a fronte di diverse regolamentazioni dell'istituto, in particolare in quanto definite nell'ambito di differenti relazioni di lavoro.

Il modello non susciterà nemmeno l'interesse di coloro che propongono varianti dell'apprendistato prive della componente formativa, per i quali l'acquisizione di competenze occupazionali non implica necessariamente la formazione professionale part-time. Le controversie sulla accettabilità di tale modello non trovano immediata risoluzione, ma il modello stesso può contribuire a inquadrare al meglio la questione. Per esempio, sebbene la complessità, l'opacità e la mutevolezza del Programma di apprendistato in Inghilterra e della sua controparte italiana impediscano una valutazione complessiva dell'istituto, il modello presentato propone un approccio che permette di superare tali difficoltà.

Apprendistato: tra teoria e pratica, scuola e luogo di lavoro – Riassunto. *L'A. esamina l'istituto dell'apprendistato in una prospettiva interdisciplinare e comparata e verifica le modalità in cui, nella pratica, viene realizzato il modello duale, ovvero la sintesi di teoria e pratica da un lato e di scuola e luogo di lavoro dall'altro. A tal fine, l'A. dopo aver esplorato il diverso significato che il termine "apprendistato" ha assunto nel tempo e che oggi si attribuisce all'istituto in Italia, Gran Bretagna e Germania e dopo averne evidenziato benefici e limiti, propone un'analisi comparata (Italia, Germania, Gran Bretagna e Svizzera) di alcuni elementi peculiari dell'apprendistato: lo status contrattuale degli apprendisti, i diritti degli apprendisti nell'ambito delle vertenze sindacali, i criteri di determinazione del salario ed i livelli retributivi. Quanto allo status contrattuale, si evidenzia che in Germania e in Gran Bretagna l'apprendista ha lo status di lavoratore. Nel contratto di apprendistato, infatti, si*

“annida” il contratto di lavoro che assume la tipologia di contratto di lavoro a tempo determinato o, secondo una tesi della dottrina e relativamente all’Italia, di contratto de facto a tempo indeterminato. Riguardo ai diritti degli apprendisti nell’ambito del conflitto industriale, l’A. affronta la questione della libertà degli apprendisti di intraprendere azioni industriali in maniera indipendente. Con riguardo alla determinazione del salario ed ai livelli retributivi, l’A. verifica, in chiave comparata, se all’apprendista venga corrisposta una retribuzione, come per la categoria dei lavoratori o una indennità di formazione e se abbia diritto ai premi di produttività previsti dall’azienda per i propri dipendenti. Dall’analisi e valutazione delle esperienze di apprendistato in diversi momenti storici e in diversi Paesi, emerge uno scollamento tra il modello ideale di apprendistato e la sua realizzazione pratica. La ragione, secondo l’A., risiede in tre fattori: la natura dell’apprendistato, quale fase transitoria nella vita di un individuo, l’economia della formazione ed il conflitto politico tra gli attori coinvolti: datori di lavoro, politici, sindacati, insegnanti della formazione professionale e funzionari pubblici.

Apprenticeship: Between Theory and Practice, School and Workplace (Article in English) – Summary. *The Author examines apprenticeship schemes from an interdisciplinary and comparative perspective, assessing how the dual model is implemented in practice, i.e. the synthesis of theory and practice on the one hand, and of the classroom and the workplace on the other. For this purpose, the Author first provides an overview of the different meanings that the term “apprenticeship” acquired over time with an analysis of the concept of “apprenticeship” as it is intended today in Italy, Britain and Germany, pointing out both benefits and limitations. Then, he proposes a comparative analysis (between Italy, Germany, Great Britain and Switzerland) of some particular attributes of apprenticeship: the contractual status of apprentices, their right to participate in industrial conflict, how income is determined, and the level of apprentices’ pay. As for the contractual status, it should be noted that in Germany and Great Britain, the apprentice has the status of worker. The employment contract is, broadly speaking, nested within the apprenticeship contract which itself constitutes an elaborate type of fixed-term employment contract, or, as provided in the literature in relation to Italy, of a permanent contract. With reference to the rights of apprentices to participate in industrial conflict, the Author addresses the issue of the freedom of apprentices to take industrial action independently. With regard to the determination of income and pay levels, the Author provides an assessment, in a comparative perspective, of whether the apprentice is paid a wage (or a salary), as regular workers, or a training allowance, and whether the apprentice is eligible for bonus pay provided by the company to the employees. The analysis and evaluation of the experiences of apprenticeship across time and place shows a gap between the ideal model of apprenticeship and its practical realization. The reason, according to the Author lies in three factors: the transitional nature of apprenticeship itself, the economics of training, and the conflicting interests of the social actors who have an interest in apprenticeship: employers, politicians, trade unions, educators and public officials.*

Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma

Michele Tiraboschi

Sommario: **1.** Apprendistato: limiti e criticità dell'attuale modello. – **2.** Il decreto legislativo n. 167 del 2011: a) impianto della riforma. – **3.** *Segue:* b) prima valutazione. – **4.** Apprendistato e riforma dei tirocini formativi e di orientamento. – **5.** L'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011: prima valutazione.

1. Apprendistato: limiti e criticità dell'attuale modello.

È da almeno quindici anni che governo, regioni e parti sociali sono impegnati in uno sforzo di riqualificazione e rilancio del contratto di apprendistato. Ciò nella consapevolezza – avvalorata dalle buone prassi segnalate dalla analisi comparata e dai *benchmarks* internazionali sulla occupazione giovanile e sulla produttività del lavoro – che esso possa rappresentare un canale privilegiato per la selezione e l'addestramento di forza-lavoro professionalizzata e, al tempo stesso, un percorso di qualità per accompagnare e sostenere un ingresso stabile dei giovani nel mercato del lavoro.

Gli esiti di questo impegno sono stati tuttavia sin qui ampiamente deludenti. Il cantiere della riforma, avviato con il patto sul lavoro del 24 settembre 1996 ⁽¹⁾, è rimasto pressoché fermo per lunghi anni ⁽²⁾, almeno

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

⁽¹⁾ Vedilo in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Istruzione, formazione, lavoro*, e ivi l'ampio capitolo dedicato alla riforma dell'apprendistato.

⁽²⁾ Cfr., considerata la sostanziale conformità con le finalità del decreto legislativo in commento e della relativa legge delega, con l'art. 16, comma 5, della l. n. 196/1997 (c.d. legge Treu) che affidava al governo il compito di pervenire, nell'arco di nove mesi dalla data di entrata in vigore della legge, a una disciplina organica del contratto di apprendistato e del contratto di formazione e lavoro «secondo criteri di valorizzazione dei contenuti formativi, con efficiente utilizzo delle risorse finanziarie vigenti,

sino alla svolta impressa dalla riforma Biagi del 2003 resa possibile anche grazie all'intervento della Corte di Giustizia europea ⁽³⁾ con cui venivano condannati i contratti di formazione e lavoro ritenuti, come è noto, in contrasto con la normativa comunitaria in materia di aiuti di stato. Da quel momento i numeri dell'apprendistato sono pressoché raddoppiati: si è passati dai trecentomila apprendisti censiti nel 2003 ai circa seicentomila degli ultimi anni. Ciò indubbiamente anche grazie alla progressiva penetrazione dell'apprendistato nel settore industriale e, soprattutto, nel commercio che, come documentato nei periodici rapporti di monitoraggio dell'Isfol ⁽⁴⁾, ha poco alla volta guadagnato il primato rispetto al settore artigiano dove pure l'apprendistato è nato e si è storicamente radicato.

Vero è tuttavia che, almeno in termini qualitativi, gli ambiziosi obiettivi indicati dalla legge Biagi ⁽⁵⁾ non sono stati raggiunti. Più volte emendata e perfezionata, a seguito dei reiterati interventi chiarificatori della Corte costituzionale, la disciplina dell'apprendistato dettata dagli articoli 47-53 del decreto legislativo n. 276/2003 non è mai entrata pienamente a regime. Ciò anche a causa della incerta e lacunosa normativa di livello regionale che, nel problematico e non sempre lineare intreccio

di ottimizzazione ai fini della creazione di occasioni di impiego delle specifiche tipologie contrattuali, nonché di semplificazione, razionalizzazione e delegificazione, con abrogazione, ove occorra, delle norme vigenti». Per comprendere i tempi (davvero lunghi) della riforma può peraltro essere utile ricordare che già il protocollo Giugni del 23 luglio 1993 conteneva un significativo (ancorché rapido) cenno al rilancio dell'apprendistato: premessa la valorizzazione dell'istituto come strumento di sviluppo delle professionalità, le parti si impegnavano a garantire un meccanismo affidabile di certificazione dei risultati, nonché a ridefinire il campo di applicazione soggettivo e, segnatamente, i limiti d'età per l'accesso all'apprendistato.

⁽³⁾ Cfr. la sentenza del 7 marzo 2002, C-310/99.

⁽⁴⁾ Cfr., da ultimo, ISFOL, *Monitoraggio sull'apprendistato. XI Rapporto*, 2011, in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽⁵⁾ Accanto al tentativo di avvicinare l'apprendistato italiano alle migliori esperienze europee – tentativo reso evidente dalla articolazione tipologica di cui all'art. 47 del d.lgs. n. 276/2003 e, segnatamente, dalla introduzione dell'apprendistato per la qualifica professionale e dell'apprendistato c.d. alto – si può ricordare, in generale, il disposto dell'art. 1 dello stesso d.lgs. n. 276/2003 là dove si enunciava, in sintonia con gli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente, l'obiettivo di «promuovere la qualità e la stabilità del lavoro anche attraverso contratti a contenuto formativo [...] compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori». Cfr. il mio *Riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 191-204.

con la disciplina di settore definita dalla contrattazione collettiva, ne ha fortemente condizionato la piena operatività.

Ancora oggi, a dieci anni dalla riforma, circa il 30% dei contratti di apprendistato è regolato dalla disciplina dettata a metà anni Cinquanta del secolo scorso, con la legge n. 25/1955, come modificata e integrata dalla legislazione che ad essa ha fatto seguito e, segnatamente, dall'articolo 16 della legge n. 196/1997. A conferma, se ve ne fosse bisogno, della estrema difficoltà di cambiare non solo paradigma e statuto giuridico dell'apprendistato ma, ancor di più, prassi applicative da tempo radicate.

Sta di fatto che l'apprendistato di tipo professionalizzante della legge Biagi non è ancora operativo in tutti i settori produttivi ⁽⁶⁾. Mentre non è mai decollato l'apprendistato di tipo europeo, cioè quell'apprendistato che è espressione del sistema educativo di istruzione e formazione professionale più che mero istituto contrattuale dell'ordinamento posto dal diritto del lavoro. Privo di pratica attuazione, anche nelle poche regioni che hanno perfezionato le necessarie intese con i ministeri competenti ⁽⁷⁾, è l'apprendistato per la qualifica triennale. Lo stesso può dirsi, salvo qualche limitata sperimentazione, per l'apprendistato di terzo livello finalizzato alla acquisizione di una specializzazione tecnica superiore, di un diploma di istruzione secondaria superiore ovvero di un titolo di studio nell'area dell'alta formazione universitaria compresi i dottorati di ricerca.

Anche il recente tentativo di valorizzazione della autonomia collettiva ipotizzato dall'articolo 23 della legge n. 133/2008 ⁽⁸⁾ – attraverso la creazione di un canale parallelo, rispetto a quello regionale, incentrato su percorsi di formazione esclusivamente aziendale ⁽⁹⁾ e a cui avevano fatto riferimento non pochi contratti collettivi di categoria con l'obiettivo di dettare una disciplina uniforme e immediatamente operativa sull'intero territorio nazionale – non è andato a buon fine. Complice una discutibile sentenza, la n. 176/2010 ⁽¹⁰⁾, con cui la Corte costitu-

⁽⁶⁾ Tra i settori più rilevanti si segnala quello meccanico dell'artigianato dove l'apprendistato di tipo professionalizzante è stato disciplinato solo recentemente, a ridosso della riforma, con l'accordo del 16 giugno 2011.

⁽⁷⁾ Si tratta di Lombardia e Veneto che hanno sottoscritto le intese con il Ministero dell'istruzione e il Ministero del lavoro, rispettivamente il 27 settembre 2010 e il 14 marzo 2011. Vedile in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽⁸⁾ Cfr., se vuoi, il mio *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, 2008.

⁽⁹⁾ Cfr. circ. Min. lav. 10 novembre 2008, n. 27.

⁽¹⁰⁾ Vedila in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

zionale confutava inspiegabilmente – e anche in modo maldestro – quanto dalla stessa sostenuto solo pochi anni prima, con la sentenza n. 50/2005 ⁽¹¹⁾, sul riparto di competenze tra stato e regioni, finendo così per depotenziare non solo e non tanto l'articolo 49, comma 5-ter, del decreto legislativo n. 276/2003, quanto piuttosto la stessa operatività dell'apprendistato professionalizzante che veniva infatti riconsegnato dalla Corte a un contesto giuridico-istituzionale di totale incertezza in merito alla disciplina concretamente applicabile ⁽¹²⁾.

Il rebus normativo che ha sin qui condizionato le scelte di imprese e operatori – rendendo di fatto preferibili strumenti alternativi, ancorché non sempre appropriati o in linea con l'ordinamento ⁽¹³⁾ come i contratti a progetto e i tirocini formativi e di orientamento – non è di poco conto. Tanto più che le regolamentazioni di livello regionale, spesso parziali se non del tutto inesistenti ⁽¹⁴⁾, erano poi chiamate a confrontarsi e interagire con i quasi cinquecento contratti collettivi nazionali di lavoro censiti dal Cnel, a cui si dovevano aggiungere svariate regolamentazioni di livello territoriale e non di rado anche aziendale.

Sono del resto i principali indicatori del funzionamento dell'apprendistato – quelli puntualmente documentati nei periodici rapporti dell'Isfol ⁽¹⁵⁾ e, ancor più, quelli che emergono dai confronti internazionali e comparati ⁽¹⁶⁾ – a indicarci il sostanziale fallimento dei processi di riforma avviati sul volgere del secolo scorso. Dei circa 570 mi-

⁽¹¹⁾ Vedila in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽¹²⁾ Priva di aderenza alla realtà dell'apprendistato e, più in generale, totalmente indifferente alla gravità del problema della occupazione giovanile, la Corte costituzionale giungeva a paralizzare il canale della formazione esclusivamente aziendale sul presupposto che un apprendista, anche se formato in azienda, avrebbe comunque potuto in teoria maturare crediti formativi per transitare dal percorso privato a quello pubblico della formazione professionale. La verità, tuttavia, è che in dieci anni di legge Biagi non solo le regioni non sono mai riuscite a formare più del 25% degli apprendisti, ma soprattutto mai si è verificato, neppure nelle (poche) regioni virtuose, il caso di un apprendista che chiedesse la certificazione pubblica del proprio percorso formativo in apprendistato.

⁽¹³⁾ È quanto rilevano governo, regioni e parti sociali nelle premesse dell'accordo del 27 ottobre 2010 in tema di apprendistato. Vedilo in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽¹⁴⁾ Per una dettagliata rassegna della normativa regionale di attuazione della legge Biagi – e delle relative lacune – si rinvia alla documentazione raccolta in *www.fareapprendistato.it*.

⁽¹⁵⁾ Cfr., da ultimo, ISFOL, *Monitoraggio sull'apprendistato. XI Rapporto*, 2011, cit.

⁽¹⁶⁾ Cfr. F. FAZIO, *I giovani nei mercati del lavoro mondiali: debolezze strutturali comuni, transizioni dalla scuola al lavoro diverse*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011.

la apprendisti censiti nel 2009 (ben ottanta mila in meno rispetto all'anno precedente) solo il 2,8% ha meno di 18 anni. La stragrande maggioranza degli apprendisti è dunque maggiorenne. Una quota non indifferente di apprendisti, pari al 33%, ha addirittura più di 25 anni.

Già solo questi pochi dati stanno a indicare la valenza prevalentemente occupazionale – più che educativa e formativa, come pure dovrebbe essere – di uno strumento contrattuale utilizzato non di rado per scaricare sui giovani l'incapacità di avviare una complessiva riforma del quadro regolatorio del mercato del lavoro a partire dal delicato nodo delle flessibilità in entrata e, soprattutto, in uscita. Solo l'utilizzo distorto dei contratti a contenuto formativo e, segnatamente, dell'apprendistato ha, in effetti, consentito agli attori del nostro sistema di relazioni industriali di rinviare, in più di una circostanza, l'avvio di una riforma complessiva e organica del diritto del lavoro scaricando così sulla forza lavoro giovanile, notoriamente priva di una solida rappresentanza politica e sindacale, buona parte delle esigenze di flessibilità richieste dal mondo delle imprese.

Non sorprende pertanto che il problema della occupazione giovanile abbia assunto in Italia contorni particolarmente preoccupanti. Vuoi in ragione degli elevati livelli di disoccupazione, inattività e dispersione scolastica, senza pari nel resto d'Europa. Vuoi anche in conseguenza di una assenza di robusti investimenti in formazione che, come riconosciuto dagli attori del nostro sistema di relazioni industriali ⁽¹⁷⁾, ha dato luogo a una diffusa precarizzazione del lavoro delle più giovani generazioni incentivando il ricorso a schemi di lavoro e forme contrattuali di più basso contenuto qualitativo.

Anche nella fase di declino del paradigma fordista-tayloristico di organizzazione del lavoro, la formazione iniziale e l'apprendistato si sono risolti così in strumenti che hanno permesso al mondo delle imprese non solo, e non tanto, di selezionare i giovani potenzialmente più produttivi per contesti aziendali sostanzialmente statici e poco innovativi, ma anche di beneficiare del minor costo della forza-lavoro vuoi in funzione della fissazione di salari di ingresso (percentualizzazione e sottoinquadramento), vuoi per il riconoscimento di generosi incentivi economici a fronte di un onere formativo spesso praticamente irrilevante.

La debole, se non inesistente, valenza formativa dell'apprendistato è del resto testimoniata dalla circostanza che – anche a prescindere dal

⁽¹⁷⁾ Si vedano le premesse all'accordo tra governo, regioni e parti sociali sulla riforma dell'apprendistato del 27 ottobre 2010, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

delicato (quanto controverso) tema della qualità/utilità della offerta formativa pubblica e privata attualmente erogata – poco più del 25% degli apprendisti censiti riceveva oggi una qualche forma di formazione⁽¹⁸⁾.

Siamo dunque ben lontani dalle migliori esperienze internazionali ed europee. Non solo per la sostanziale inadeguatezza della componente formativa del contratto di apprendistato ma, prima ancora, per la composizione della platea degli utenti che peraltro – dato anche questo da non sottovalutare se si vuole comprendere il reale funzionamento dell'apprendistato nel nostro paese – in larga parte posseggono solo la licenzia media (oltre il 52% nel 2009). È sufficiente ricordare, al riguardo, come in Germania dei circa 1.570.000 apprendisti censiti nel 2009, ben l'80% abbia meno di 18 anni e dunque, in coerenza con la tradizione di quel paese, il giovane risulti ancora pienamente inserito in un percorso del sistema educativo di istruzione e formazione professionale⁽¹⁹⁾ beneficiando, per il tramite dell'apprendistato, di un prezioso ausilio nella transizione dalla scuola al lavoro.

Non è dunque un caso se in Germania – al pari di quanto si registra nei paesi come Austria, Danimarca, Olanda e Svizzera che pure hanno una tradizione duale dell'apprendistato – la disoccupazione giovanile sia sostanzialmente allineata a quella degli adulti. Al contrario dell'Italia e di quei paesi che, non avendo adeguati canali di orientamento alla formazione tecnica e di integrazione tra scuola e lavoro, registrano tassi di disoccupazione giovanile due o tre volte superiori a quella degli adulti (vedi il grafico che segue).

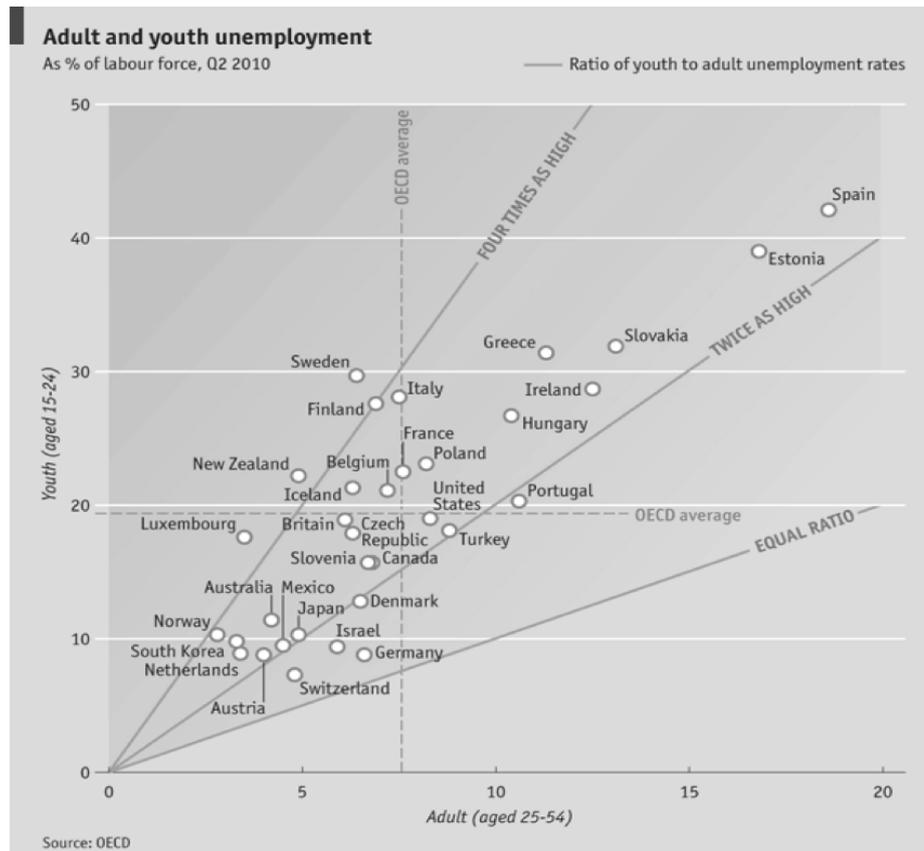
Non pochi paesi invero hanno conosciuto, in tempi più o meno recenti, un sostanziale fallimento nei tentativi di rilancio – o anche di reintroduzione, come nel caso della Svezia⁽²⁰⁾ – dell'apprendistato. Così come è vero che molti altri paesi – a partire dagli Stati Uniti che, ai tempi della amministrazione Clinton, hanno investito un miliardo di dollari a soste-

⁽¹⁸⁾ Anche se poi, va detto, pure di questa formazione non v'è traccia stante la mancata operatività del libretto formativo del cittadino dove, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. i, del d.lgs. n. 276/2003 si sarebbero dovute registrare «le competenze acquisite durante la formazione in apprendistato [...], nonché le competenze acquisite in modo non formale e informale secondo gli indirizzi della Unione europea in materia di apprendimento permanente, purché riconosciute e certificate».

⁽¹⁹⁾ Cfr. BIBB [BUNDESINSTITUT FÜR BERUFSBILDUNG], *Datenreport zum Berufsausbildungsbericht*, Bonn, 2010.

⁽²⁰⁾ Abolito nel corso degli anni Settanta, l'apprendistato in Svezia è stato reintrodotta sul volgere degli anni Novanta del secolo scorso, tuttavia senza successo, anche perché in concorrenza con forme obbligatorie di lavoro non remunerato previste dal sistema scolastico di quel paese.

gno dell'apprendistato ⁽²¹⁾ – hanno cercato di trapiantare il modello di successo offerto dalla esperienza tedesca senza tuttavia alcun risultato tangibile.



Fonte: dati OECD, 2010

Sta di fatto tuttavia che – analogamente a quanto avvenuto in alcuni paesi della Europa meridionale e della America latina ⁽²²⁾ – l'esperienza

⁽²¹⁾ Cfr. il School-to-Work Opportunity Act del 4 maggio 1994 (H.R. 2884, reperibile in lingua originale in www.presidency.ucsb.edu/index.php) che individuava nell'apprendistato il punto qualificante delle politiche di accompagnamento della transizione dalla scuola al lavoro. Si veda, al riguardo, il pronunciamento ufficiale del Presidente Clinton sugli obiettivi della riforma reperibile al medesimo indirizzo internet.

italiana degli ultimi decenni segnala una degenerazione e un complessivo decadimento dell'istituto senza paragoni nel confronto internazionale e comparato. Accanto ai tradizionali obiettivi formativi, si sono in effetti progressivamente affiancate, fino ad assumere un ruolo preponderante, funzioni ulteriori e improprie dell'apprendistato, quali la riduzione del costo del lavoro e l'allentamento di talune (presunte o reali) rigidità della normativa di tutela del lavoro subordinato standard, il sostegno del reddito di fasce sempre più estese di giovani disoccupati, la ricerca di consenso sociale.

Il dato certo non sorprende e si inserisce, anzi, in una linea di pensiero che da tempo evidenzia talune gravi deviazioni funzionali delle politiche formative: politiche che spesso, soprattutto nel nostro paese⁽²³⁾, vengono semplicisticamente confuse con le politiche occupazionali e a cui, in ogni caso, vengono assegnati compiti e obiettivi che non le competono, quali la creazione di nuova occupazione, la lotta alla disoccupazione e alla emarginazione sociale ecc.

In questo senso si manifesta tutta l'attuale ambiguità dei contratti cosiddetti a contenuto formativo e in particolare dell'apprendistato che, dietro la duplicità (o, secondo, altra ricostruzione più convincente, il mero ampliamento) della causa negoziale⁽²⁴⁾, mostrano l'incapacità di progettare un reale percorso di formazione in alternanza che non si traduca poi, nella pratica quotidiana, in un mero espediente per garantire l'acquisizione di forza-lavoro eterodiretta a basso costo. Solo una volta riconosciuto che la formazione professionale non è uno strumento in grado di generare di per sé nuova occupazione, pare infatti possibile affrontare seriamente un discorso sul ruolo concreto da assegnare alla formazione in apprendistato e alle altre tipologie di formazione in alternanza – a partire dai tirocini formativi e di orientamento – senza con ciò trasfigurare un epifenomeno dello sviluppo economico in una panacea per i complessi problemi del mercato del lavoro.

(22) Cfr. M.A. CHACON OSPINA, *El Aprendizaje en América Latina: cuadro jurídico institucional y comparación con la normativa italiana*, Tesis de postgrado, 21 de octubre de 2011, in *Boletín Adapt*, 2011, n. 2.

(23) Si veda il rapporto sul futuro della formazione in Italia della commissione c.d. De Rita, 10 settembre 2009, che ha posto le basi per l'intesa tra governo, regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010 sulla complessiva rivisitazione della formazione. Vedilo in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

(24) Per una critica alla definizione dell'apprendistato alla stregua di un contratto a causa mista vedi il mio *Definizione e tipologie*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 1.

È da questo incontestabile fallimento – aggravato dalla impropria esplosione dei tirocini formativi e di orientamento (stimati in circa quattrocento mila unità per anno) e da taluni evidenti abusi nell'utilizzo delle collaborazioni a progetto che non poco incidono sulla qualità della occupazione giovanile – che nasce il progetto di riforma dell'apprendistato.

2. Il decreto legislativo n. 167 del 2011: a) impianto della riforma.

Anche nel caso del decreto legislativo n. 167 del 2011, in realtà, il percorso riformatore non è recente e trova, anzi, il suo presupposto politico-istituzionale nell'accordo tra il governo (Prodi) e le parti sociali del 23 luglio 2007⁽²⁵⁾ da cui era scaturita una delega dal parlamento al governo⁽²⁶⁾, scaduta ma riattivata, in una ottica *bipartisan*, con la legge n. 183/2010 a seguito delle intese tra governo, regioni e parti sociali sul rilancio della formazione e sul rilancio dell'apprendistato rispettivamente del 17 febbraio⁽²⁷⁾ e del 27 ottobre 2010⁽²⁸⁾. Obiettivi della delega erano un potenziamento dell'impianto della legge Biagi attraverso: 1) il rafforzamento del ruolo della contrattazione collettiva; 2) la individuazione di standard nazionali di qualità della formazione in materia di profili professionali e percorsi formativi, certificazione delle competenze, validazione dei progetti formativi individuali e riconoscimento delle capacità formative delle imprese; 3) l'adozione di misure volte ad assicurare il corretto utilizzo dei contratti di apprendistato e, con preciso riferimento alla tipologia professionalizzante, 4) l'individuazione di meccanismi in grado di garantire la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni e l'attuazione uniforme e immediata su tutto il territorio nazionale della relativa disciplina.

Rispetto all'iniziale intendimento di semplice rivisitazione e perfezionamento della disciplina vigente – esplicitato nell'accordo del 27 ottobre 2010 e indubbiamente sotteso ai principi ispiratori e ai criteri direttivi della legge delega – il quadro legale dell'apprendistato subisce ora una netta cesura col passato. Particolarmente indicativo, a questo proposito, è l'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo n. 167 del 2011 che dispone, in un sol colpo, l'abrogazione non solamente della legge

⁽²⁵⁾ Vedilo in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Welfare*.

⁽²⁶⁾ Cfr. l'art. 1, comma 33, della l. n. 247/2007.

⁽²⁷⁾ Vedilo in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Istruzione, formazione, lavoro*.

⁽²⁸⁾ Vedilo in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

n. 25/1955 e dell'articolo 16 della legge n. 196/1997, ma anche – e un po' inaspettatamente – degli articoli da 47 a 53 del decreto legislativo n. 276/2003 e con essi, seppure solo implicitamente ⁽²⁹⁾, della relativa normativa regionale di attuazione.

La convinzione che un intervento di manutenzione della legge Biagi non avrebbe potuto risolvere problemi tanto complessi, radicati nella storia e nelle dinamiche dell'apprendistato nel nostro paese, ha presto indotto governo, regioni e parti sociali a orientarsi, nell'attuazione della delega ⁽³⁰⁾, verso un testo di riforma fortemente innovativo e di completa riscrittura del quadro regolatorio dell'apprendistato e del relativo assetto giuridico-istituzionale di riferimento. Il risultato è una sorta di Testo Unico ⁽³¹⁾ che non richiede ora di riaprire il cantiere infinito dell'apprendistato, mettendo nuovamente mano a ben venti leggi regionali, ma semplicemente di portare a maturazione le iniziative avviate nei diversi settori produttivi e nei territori nel corso dell'ultimo decennio.

Il tratto caratterizzante della nuova riforma è probabilmente rinvenibile nel metodo prescelto o, meglio, imposto dalla delega là dove si prevedeva la necessità di una intesa tra governo e regioni, da un lato, e tra governo e parti sociali, dall'altro. Ciò nella consapevolezza che il fallimento delle precedenti riforme non fosse da imputarsi tanto (o solo) alle linee di politica legislativa a esse sottese né, tanto meno, a singole opzioni tecniche di dettaglio, quanto alla assenza di un assetto giuridico-istituzionale condiviso da parte di tutti i soggetti coinvolti nella sua regolamentazione e concreta attuazione. Lascia dunque ben sperare, per l'effettivo rilancio dell'apprendistato in Italia, che lo schema di decreto legislativo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri del 5 maggio 2011 abbia rapidamente ricevuto il consenso, previa introdu-

⁽²⁹⁾ Si veda tuttavia l'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 167/2011 che, espressamente, dispone in sei mesi dalla sua entrata in vigore la residua vigenza delle regolazioni regionali vigenti. Sul punto cfr. la circolare n. 29 del 2011 del Ministero del lavoro, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*, che chiarisce la fase di transizione e il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina dell'apprendistato.

⁽³⁰⁾ Rispetto agli inequivocabili contenuti dell'accordo del 27 ottobre 2010 si veda già, nella prospettiva del Testo Unico innovativo, lo schema di decreto legislativo approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri del 5 maggio 2011 (e, a seguire, per il perfezionamento formale, dal Consiglio dei Ministri del 19 maggio 2011). Il testo dello schema di decreto si può consultare in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽³¹⁾ Le ragioni per cui non può parlarsi, in senso tecnico, di Testo Unico sono chiaramente indicate nel documento elaborato dal servizio studi della Camera 331/0 del 21 luglio 2011, reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati.

zione di modifiche e integrazioni, della conferenza stato-regioni ⁽³²⁾ e, a seguire, delle parti sociali ⁽³³⁾, consentendo così in tempi brevissimi, una volta acquisiti i pareri favorevoli delle commissioni parlamentari competenti ⁽³⁴⁾, l'approvazione definitiva del decreto da parte del Consiglio dei Ministri del 28 luglio 2011 ⁽³⁵⁾.

Abbandonata l'articolazione (e la conseguente frammentazione) territoriale della disciplina di riferimento, che tanto negativamente ha inciso sull'effettivo sviluppo e consolidamento dell'impianto della legge Biagi, il decreto legislativo n. 167/2011 delinea una più marcata specializzazione e differenziazione del ruolo, rispettivamente, di regioni e parti sociali chiamate ora a implementare una disciplina snella che viene racchiusa in un testo uniforme per l'intero territorio nazionale composto da soli sette articoli e trenta commi.

L'impianto del Testo Unico ci consegna, in effetti, un apprendistato sempre declinato al plurale, nelle sue tipologie ⁽³⁶⁾ e finalità, ma con maggiore equilibrio dell'assetto istituzionale rispetto al recente passato. Coerentemente ai criteri di delega, il ruolo della contrattazione collettiva nazionale di categoria diventa ora preponderante per la regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante o di mestiere, rispetto al quale viene assegnato alle regioni unicamente il compito di identificare e qualificare il monte ore di formazione pubblica, interna o esterna alla azienda, ridotto a un massimo di centoventi ore complessive nell'arco

⁽³²⁾ Cfr. l'intesa tra governo, regioni e province autonome del 7 luglio 2011 (in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*) che ha dato luogo a significative modifiche al testo approvato dal Consiglio dei Ministri il 5 maggio 2011.

⁽³³⁾ Cfr. l'intesa dell'11 luglio 2011 tra governo e parti sociali in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Apprendistato*.

⁽³⁴⁾ Cfr., in particolare, i pareri delle commissioni lavoro di Camera e Senato, reperibili in *www.fareapprendistato.it*, alla sezione *Documentazione*.

⁽³⁵⁾ Assai più lunghi, invece, sono stati i tempi di pubblicazione del decreto legislativo sulla Gazzetta Ufficiale. Ciò in considerazione della emergenza economico-finanziaria che ha colpito il nostro paese nell'agosto del 2011 e che ha consegnato agli uffici della Presidenza della Repubblica una corposa e delicata manovra finanziaria estiva che ha finito col mettere in secondo piano l'iter di approvazione della riforma dell'apprendistato.

⁽³⁶⁾ Invero, rispetto alle tre tipologie introdotte con la legge Biagi e ora confermate pur con qualche variazione nominalistica (apprendistato per la qualifica, apprendistato professionalizzante o di mestiere e apprendistato di alta formazione), il d.lgs. n. 167/2011 introduce, come vedremo, due ulteriori tipologie (e precisamente l'apprendistato di ricerca e l'apprendistato per lavoratori in mobilità) ed estende l'apprendistato di primo livello (che può essere utilizzando anche per l'acquisizione di un diploma quadriennale).

di un triennio ⁽³⁷⁾. Saranno così i contratti collettivi a stabilire, in ragione dell'età dell'apprendista e del tipo di qualificazione contrattuale da conseguire, non solo la durata del contratto entro un tetto massimo di tre anni (che possono diventare cinque per le figure professionali dell'artigianato), ma anche la durata (e le relative modalità di erogazione) della formazione aziendale per l'acquisizione delle competenze tecnico-professionali e specialistiche in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione e inquadramento del personale contenuti nei contratti collettivi nazionali di categoria. Diversamente, per l'apprendistato di primo ⁽³⁸⁾ e di terzo livello ⁽³⁹⁾, il Testo Unico prevede un ruolo preponderante e di indirizzo delle regioni a cui viene affidato il non facile compito di rendere effettivo anche nel nostro paese un modello di apprendistato – quello conosciuto e praticato nelle esperienze europee di successo e, segnatamente, Germania, Austria, Svizzera e, per certi versi, anche Francia e Regno Unito – che non è solo e tanto un contratto di lavoro, quanto piuttosto una significativa evoluzione del sistema educativo di istruzione e formazione finalizzata a una maggiore e più efficiente integrazione tra scuola e lavoro.

Nell'impianto della legge Biagi, l'attivazione dell'apprendistato per la qualifica professionale era affidata alla necessaria intesa tra ogni singola regione, da un lato, e Ministero del lavoro e Ministero della istruzione, dall'altro. Si trattava di un meccanismo particolarmente complesso, tale da consentire anche a uno solo dei tre attori la paralisi dell'istituto come in effetti avvenuto nei dieci anni di applicazione della legge n. 30/2003. Senza dimenticare, peraltro, il potere di interdizione del contratto di pietra dell'intesa istituzionale a tre e cioè l'autonomia collettiva. Anche nelle poche regioni che erano riuscite a pervenire alle necessarie intese istituzionali (Lombardia e Veneto), l'attivazione dell'apprendistato inevitabilmente finiva per arenare sul punto di maggiore criticità e, cioè, la quantificazione in sede negoziale del trattamento retributivo dell'apprendista in diritto-dovere.

Il Testo Unico dell'apprendistato affida ora a ciascuna regione, in base alla propria tradizione e alle prassi di concertazione in atto, il compito

⁽³⁷⁾ Cfr., per una analisi di dettaglio, il mio *Impianto e quadro regolatorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 4.

⁽³⁸⁾ Cfr. G. BERTAGNA, *Impianto e significato* e U. BURATTI, *Quadro regolatorio*, entrambi in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 3.

⁽³⁹⁾ Cfr. il mio *Impianto e quadro regolatorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 5.

di regolamentare l'apprendistato di primo livello previa intesa tra governo e tutte le regioni (in sede di conferenza stato-regioni) e sentite le parti sociali.

Sempre per quanto riguarda l'apprendistato di primo livello, l'altra grande novità della riforma consiste nella estensione della platea dei soggetti che possono essere assunti con apprendistato di primo livello. Potranno ora essere assunti con contratto di apprendistato per la qualifica triennale o il diploma professionale quadriennale, anche per l'assolvimento dell'obbligo di istruzione, i soggetti che abbiano compiuto quindici anni⁽⁴⁰⁾ e fino al compimento del venticinquesimo anno di età. La durata del contratto sarà determinata in considerazione della qualifica o del diploma da conseguire e non potrà in ogni caso essere superiore, per la sua componente formativa, a tre anni ovvero quattro nel caso di diploma professionale regionale. Saranno i contratti collettivi a determinare, anche nell'ambito della bilateralità⁽⁴¹⁾, le modalità di erogazione della formazione aziendale, ma anche in questo caso nel rispetto degli standard generali fissati dalle regioni.

Cambia, rispetto all'impianto della legge Biagi, pure l'apprendistato di alta formazione⁽⁴²⁾ che ora sarà utilizzabile non solo per il conseguimento di un diploma di istruzione secondaria superiore, per la specializzazione tecnica superiore e per i titoli di studio universitari, compresi i dottorati di ricerca⁽⁴³⁾, ma anche per i diplomi relativi ai percorsi di specializzazione tecnologica degli istituti tecnici superiori, nonché per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche⁽⁴⁴⁾. Accanto all'apprendistato alto connesso al riconoscimento di un titolo di studio, il Testo Unico disciplina l'apprendistato per la ricerca, individuando in tale distinta tipologia contrattuale – che peraltro è tra le poche a essere

⁽⁴⁰⁾ Cfr., al riguardo l'art. 48, comma 8, della l. n. 183/2010 che, fermo restando l'obbligo di istruzione fino a 16 anni, aveva reintrodotta la possibilità, con non poche polemiche a livello politico e sindacale, di attivare contratti di apprendistato di primo livello a partire dai 15 anni.

⁽⁴¹⁾ Cfr. L. SERRANI, *Apprendistato e bilateralità*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 7.

⁽⁴²⁾ Cfr. il mio contributo *Impianto e quadro regolatorio*, sub art. 5, cit.

⁽⁴³⁾ Cfr. M.T. CORTESE, *Apprendistato e dottorati di ricerca*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 5.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. E. CARMINATI, *L'alto apprendistato per l'accesso alle professioni ordinistiche*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 5.

immediatamente operativa ⁽⁴⁵⁾ – un percorso utile per selezionare e formare giovani ricercatori da inserire nel settore privato.

3. *Segue: b) prima valutazione.*

Risulta invero difficile, se non inopportuno, almeno alla luce dei fallimenti del passato, formulare un giudizio complessivo sull'impianto e sulle finalità di una riforma che necessiterà di un inevitabile quanto delicato ⁽⁴⁶⁾ periodo di transizione per la sua messa a regime. La piena operatività del nuovo apprendistato al plurale risulta fortemente condizionata, più di ogni altra cosa, dalla effettiva istituzione, entro un anno dalla approvazione del decreto legislativo n. 167/2011 ⁽⁴⁷⁾, di un sistema nazionale di standard formativi (per l'apprendistato di primo livello e di alta formazione), da un lato, e di standard professionali (per l'apprendistato professionalizzante o di mestiere e per l'apprendistato di ricerca), dall'altro lato, che dovranno progressivamente convergere in un repertorio nazionale delle professioni invero già annunciato, ma mai realizzato, dalla legge Biagi ⁽⁴⁸⁾.

Obiettivo del repertorio delle professioni – da predisporre sulla base dei sistemi di classificazione e inquadramento del personale previsti nei contratti collettivi di lavoro e in coerenza con quanto previsto dalla intesa tra governo, regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010 – è quello di armonizzare le diverse qualifiche professionali acquisite secondo le differenti tipologie di apprendistato e consentire così, per un verso, la correlazione tra standard formativi e standard professionali e, per l'altro verso, la certificazione delle competenze acquisite (da qualunque lavoratore, e non solo dagli apprendisti) nell'ambito di percorsi e/o esperienze di formazione formale, informale, non formale.

Certo è che, nel riqualificare il lavoro manuale, i mestieri e i percorsi di formazione (anche teorica e di ricerca) in ambiente di lavoro, il nuovo

⁽⁴⁵⁾ Cfr. la già citata circ. Min. lav. n. 29/2011.

⁽⁴⁶⁾ Per il regime transitorio cfr. ancora la circolare n. 29 del 2011 e anche D. PAPA, *Abrogazioni e regime transitorio*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 7.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. l'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011, su cui vedi L. RUSTICO, M. TIRABOSCHI, *Standard professionali e standard formativi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 6.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. l'art. 52 del d.lgs. n. 276/2003.

apprendistato si pone ora in una logica di vero *placement* ⁽⁴⁹⁾ tale da garantire, in linea con la recente modifica dei regimi autorizzatori speciali del collocamento ⁽⁵⁰⁾, un maggiore e migliore allineamento tra domanda e offerta di lavoro.

È qui, in effetti, che cambia il paradigma dell'apprendistato, attraverso una sorta di ritorno alle origini che consente di spostare l'attenzione dalle procedure ai risultati e, prima ancora, ai destinatari e cioè lavoratori e imprese. Piuttosto che concentrarsi sugli aspetti formali e burocratici dei percorsi formativi (durata, procedure, sedi), l'attenzione è ora diretta alle conoscenze, alle abilità e alle competenze acquisite anche in ambito lavorativo. Centrale in questa visione, che coniuga qualità e produttività del lavoro, è la valenza educativa e culturale dell'apprendistato, che si esalta attraverso l'integrazione tra i sistemi di istruzione e formazione e il mercato del lavoro valorizzando modelli di apprendimento in assetto lavorativo che possono consentire non soltanto la professionalizzazione (l'apprendimento di un mestiere), ma anche la acquisizione di titoli di studio di livello secondario o terziario compresi i dottorati di ricerca.

In sede di prima valutazione delle (buone) intenzioni della riforma altro non si può aggiungere se non che, diversamente dal passato, il Testo Unico dell'apprendistato può oggi contare su un consenso unanime di tutti gli attori interessati. Già solo una riduzione dell'imponente contenzioso tra stato e regioni, che ha dato luogo a un incessante intervento interpretativo e correttivo della Corte costituzionale, potrebbe invero indurre maggiore convinzione da parte dei datori di lavoro nell'utilizzo dell'apprendistato in luogo di formule contrattuali alternative che tuttavia, nel lungo periodo, incidono non solo sulla qualità del lavoro ma anche sulla produttività e sulla efficienza organizzativa delle imprese.

Un ruolo decisivo, stante la chiarezza del nuovo quadro legale, dovrà ora essere giocato dagli attori del sistema di relazioni industriali chiamati a dimostrare la capacità – invero non scontata almeno se guardiamo alla implementazione della legge Biagi – di articolare e calibrare i trattamenti economici e normativi dell'apprendistato in funzione delle diverse tipologie contrattuali contemplate nel Testo Unico.

Come bene dimostra l'esperienza comparata (vedi la tabella che segue), nei casi in cui l'apprendistato gode di un trattamento retributivo assimi-

⁽⁴⁹⁾ Cfr. S. SPATTINI, *Riforma dell'apprendistato e nuovo placement*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte I, sez. C.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. l'art. 6 del d.lgs. n. 276/2003 come modificato dall'art. 29, comma 1, del d.l. n. 98/2011.

lato a quello del lavoro dipendente risulta assai bassa (a livello qualitativo e quantitativo) la componente formativa trattandosi in buona sostanza di un contratto a termine di primo ingresso al lavoro. Là dove un forte investimento in formazione viene normalmente compensato da un drastico abbattimento dei trattamenti retributivi fissati dalla contrattazione collettiva e destinati a intrecciarsi con le incentivazioni contributive o fiscali a sostegno dell'istituto.

		Industria	Servizi	Altri settori
Regno Unito	2005	46%	70%	Da 45% (parrucchieri) a 60% (commercio)
Germania	2007	29%	34%	27%
Svizzera	2004	14%	17,5%	18%
Irlanda	2009	30% (1° anno), 45% (2°), 65% (3°), 80% (4°)		
Francia (% salario minimo)	2010	25% (sotto 19 anni), 42% (20-23 anni), 78% (sopra 24 anni)		
Italia	2010	72% (2 livelli inferiori)	da 70% a 80% (2 livelli inferiori)	Artigianato: dal 55% a 90% Edilizia: da 60% a 85% (in 3 anni; + 10% anno circa)

Fonte: elaborazione Adapt (www.adapt.it)

Saranno dunque le parti sociali a decidere, nel prossimo futuro, se introdurre anche nel nostro paese un apprendistato vero, incentrato sulla reale integrazione tra scuola, università e lavoro e sulla piena valorizzazione della formazione in ambiente di lavoro, o se invece mantenere, pur con gli inevitabili adattamenti nominalistici e formali del caso, un apprendistato di scarso contenuto formativo, scollegato dal sistema scolastico e universitario e finalizzato unicamente a incentivare l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro attraverso una riduzione del costo del lavoro.

4. Apprendistato e riforma dei tirocini formativi e di orientamento.

Nel definire, con il già ricordato accordo del 27 ottobre 2010, le linee guida per la riforma dell'apprendistato, Governo, Regioni e parti sociali

segnalavano altresì l'esigenza di pervenire a un quadro più razionale ed efficiente di utilizzo dei tirocini formativi e di orientamento al fine di valorizzarne appieno le potenzialità, in termini di occupabilità dei giovani, prevenendo tuttavia gli abusi e un loro utilizzo distorto secondo quanto segnalato da numerose inchieste giornalistiche e da alcune ricerche empiriche ⁽⁵¹⁾. L'impegno a sostenere il rilancio dell'apprendistato (anche) attraverso un intervento restrittivo sui tirocini formativi e di orientamento ⁽⁵²⁾ è stato confermato successivamente, attraverso l'intesa tra Governo e parti sociali dell'11 luglio 2011 ⁽⁵³⁾.

Il decreto legge n. 138 del 2011 rappresenta, in questa prospettiva, un primo, anche se probabilmente non esaustivo, tassello verso la modernizzazione del quadro regolatorio della materia che, come noto, è oggi disciplinata (almeno in via residuale e con forza in larga parte cedevole rispetto alle regolazioni regionali) dall'articolo 18 della legge n. 196 del 1997 ⁽⁵⁴⁾ e da alcune scarse disposizioni di livello regionale.

In realtà, con la sentenza n. 50 del 2005 in materia di tirocini estivi *ex* articolo 60 del decreto legislativo n. 276 del 2003, la Corte costituzionale ha inequivocabilmente chiarito la competenza esclusiva delle Regioni in materia. Solo poche Regioni hanno tuttavia provveduto a una disciplina organica dei tirocini formativi e di orientamento ⁽⁵⁵⁾. Ne è scaturito un quadro normativo multiforme, quanto lacunoso e frammentato, complessivamente inadeguato rispetto all'obiettivo di prevenire sull'intero territorio nazionale abusi e degenerazioni dell'istituto in modo da ricondurlo alla sua caratteristica principale, sollecitata dal Legislatore e dalle stesse parti sociali e presente nelle migliori esperienze internazionali e comparate, di occasione di formazione e orientamento a stretto contatto con il mondo del lavoro in una ottica di massima occupabilità dei giovani nella transizione dalla scuola al lavoro.

⁽⁵¹⁾ In *Gli stagisti italiani allo specchio*, sondaggio Isfol – Repubblica degli stagisti, presentato l'8 giugno 2010 e *Bollettino Adapt*, 2011, n. 44, *Stage senza regole certe*.

⁽⁵²⁾ Singolare è l'analogia con quanto contestualmente accaduto in Francia dove l'intervento di sostegno all'apprendistato è stato accompagnato a un intervento volto a circoscrivere l'utilizzo degli stage. Si veda in particolare l'accordo tra Governo francese e parti sociali del 7 giugno 2011 e, a seguire, la legge francese n. L. 2011-893 del 2011 entrambi in www.fareapprendistato.it.

⁽⁵³⁾ In *Adapt* indice A-Z voce *Apprendistato*.

⁽⁵⁴⁾ Si veda altresì il regolamento di attuazione, il n. 142/1998 in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Tirocini*, che rappresenta il cuore della attuale disciplina operativa e di dettaglio.

⁽⁵⁵⁾ Per una rassegna della normativa regionale di riferimento cfr. S. FACELLO, F. SPEROTTI (a cura di), *Nuove regole per i tirocini*, *Bollettino Speciale Adapt*, 2011, n. 52.

In molte parti del Paese – in assenza di regolamentazioni di livello regionale ovvero dei relativi regolamenti di attuazione – resta peraltro operativa la sola disciplina contenuta nella legge Treu del 1997 ⁽⁵⁶⁾, espressione di un quadro giuridico-istituzionale e di un modello di organizzazione del mercato del lavoro largamente superato a seguito della legge n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V della Costituzione e della revisione degli attori del mercato del lavoro autorizzati o accreditati a operare accanto ai centri pubblici per l'impiego ai sensi dell'articolo 1, lett. g), del decreto legislativo n. 181 del 2000 e degli articoli 4-7 del decreto legislativo n. 276 del 2003 e delle relative regolazioni regionali di riferimento.

5. L'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011: prima valutazione.

L'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011, convertito con modifiche nella legge n. 148 del 2011 contempla ora una disciplina alquanto sommaria dei tirocini, tale da non invadere una area di competenza delle Regioni. Come chiarito con la circolare n. 24 del 2011 ⁽⁵⁷⁾, l'intervento riguarda esclusivamente i *tirocini formativi e di orientamento*, quelli cioè legati ai percorsi di transizione dei giovani dalla scuola o dall'Università al lavoro con esclusione pertanto dei *tirocini c.d. di reinserimento/inserimento al lavoro* promossi dalle Regioni e dalla Province a favore di disoccupati e inoccupati. È invece lo stesso decreto legge a precisare che, per i profili sostanziali e procedurali della fattispecie, la normativa di livello statale – e segnatamente l'articolo 18 della legge n. 196 del 1997 e il relativo regolamento di attuazione – trova applicazione solo in assenza di una specifica regolamentazione regionale, e dunque con carattere cedevole ⁽⁵⁸⁾, a conferma dell'intento del Legislatore di voler limitare il proprio intervento all'area (esterna alla fattispecie) del corretto utilizzo dei tirocini.

Obiettivo del decreto è dunque, semplicemente, quello di definire in termini uniformi sull'intero territorio nazionale alcuni livelli essenziali di tutela nella transizione dai percorsi dal sistema educativo al mercato del lavoro in modo da prevenire l'abuso dei tirocini formativi e di o-

⁽⁵⁶⁾ In non pochi casi è peraltro la stessa legge regionale a fare esplicito rinvio alla legge n. 196 del 1997 dandole con ciò rinnovata valenza precettiva.

⁽⁵⁷⁾ Vedila in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Tirocini*.

⁽⁵⁸⁾ Salvo non sia la stessa legge regionale a far salvo l'articolo 18 e il relativo regolamento di attuazione come del resto si verifica in un numero significativo di casi.

rientamento se intesi, come avviene non di rado nella prassi, quale forma surrettizia di utilizzo di forza lavoro eterodiretta realizzata – su impulso di soggetti promotori privi di reale spessore progettuale e formativo – senza una reale connessione con un progetto formativo ed educativo. Ciò del resto in coerenza con l'attuale campo di applicazione dell'articolo 18 della legge n. 196 del 1997 che, al comma 1, individua espressamente come tirocini formativi e di orientamento quelli che danno luogo a «momenti di alternanza tra studio e lavoro» ovvero a iniziative volte ad «agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro»⁽⁵⁹⁾.

In questa prospettiva, dopo aver ricordato la necessità che il tirocinio formativo e di orientamento venga attivato per il tramite di un soggetto terzo in possesso di specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali (o in via residuale, e con forza cedevole, dal regolamento di attuazione della legge n. 196 del 1997) in funzione di idonee garanzie circa il corretto utilizzo dell'istituto⁽⁶⁰⁾ e comunque in coerenza con il modello di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro definito nella normativa nazionale⁽⁶¹⁾, il Legislatore fissa chia-

⁽⁵⁹⁾ Anche l'art. 1 del d.m. n. 142/1998 parla, con riferimento ai tirocini formativi e di orientamento, di «momenti di alternanza tra studio e lavoro nell'ambito dei processi formativi» e di iniziative finalizzate ad «agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro», salvo poi prevedere, all'art. 7 dello stesso decreto, in punto di durata, la possibilità di attivare tirocini anche con inoccupati e disoccupati, «ivi compresi quelli iscritti nelle liste di mobilità», introducendo così, seppure in via surrettizia, la diversa figura dei tirocini di reinserimento o inserimento occupazionale non necessariamente legati a momenti formativi o di prima conoscenza del mondo del lavoro.

⁽⁶⁰⁾ Giova ricordare in proposito, alla luce di iniziative chiaramente *contra legem* eppure alquanto diffuse nella prassi, che l'art. 2 del d.m. n. 142/1998, dopo aver indicato tassativamente, al comma 1, i soggetti abilitati a promuovere i tirocini (agenzie per l'impiego, università e istituti di istruzione universitaria statali e non statali abilitati al rilascio di titoli accademici, provveditorati agli studi, istituzioni scolastiche statali e non statali che rilascino titoli di studio con valore legale, centri pubblici o a partecipazione pubblica di formazione professionale e/o orientamento nonché centri operanti in regime di convenzione con la regione o la provincia competente, comunità terapeutiche, enti ausiliari e cooperative sociali purché iscritti negli specifici albi regionali, ove esistenti, servizi di inserimento lavorativo per disabili) precisa inequivocabilmente, al comma 2, che i tirocini non possono essere promossi da istituzioni formative private salvo non si tratti di istituzioni senza fini di lucro e comunque esclusivamente sulla base di una specifica autorizzazione della Regione.

⁽⁶¹⁾ Si veda l'interpello n. 36/2001 che ricorda come anche gli intermediari del mercato del lavoro, così come definiti dall'art. 2, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 276/2003, sono abilitati alla promozione di tutte le diverse tipologie di tirocini (come, ad esempio, quelli di cui all'art. 18 della l. n. 196/1997 e all'art. 11, comma 2, della l. n.

ramente il target soggettivo di riferimento nell'ottica della azione di contrasto agli abusi.

Fatta eccezione per alcuni gruppi svantaggiati (disabili, invalidi fisici, psichici e sensoriali, soggetti in trattamento psichiatrico, tossicodipendenti, alcolisti, condannati ammessi a misure alternative di detenzione) i tirocini formativi e di orientamento non potranno ora avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese⁽⁶²⁾. Ciò tuttavia solo per quanto attiene ai tirocini formativi e di orientamento cosiddetti non curricolari⁽⁶³⁾, restando soggetti alla autonomia delle diverse istituzioni educative i tirocini promossi da scuole e Università in favore dei propri studenti nell'ambito dei relativi percorsi didattici e formativi, nonché i percorsi di *internship* aziendale previsti nell'ambito dei dottorati di ricerca ovvero dei master universitari⁽⁶⁴⁾.

Sempre con riferimento all'ambito non curricolare, e con il chiaro intento di evitare fenomeni di precarizzazione del lavoro giovanile, il decreto prevede inoltre, in linea di principio e fatte salve alcune eccezioni, che il tirocinio formativo e di orientamento possa essere promosso unicamente in un lasso temporale di poco successivo al conseguimento di un titolo di studio (diploma o laurea) e, segnatamente, entro e non oltre i dodici mesi successivi⁽⁶⁵⁾.

Il decreto non indica espressamente cosa debba intendersi per «tirocini curricolari». Si ricorda tuttavia, in materia, il chiarimento del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali con nota del 14 febbraio 2007⁽⁶⁶⁾, integralmente recepito dalla circolare del 12 settembre 2011, che distingue puntualmente, al fine delle comunicazioni obbligatorie, le due tipologie di tirocinio. La nota del 2007 – e ora la circolare di primi chiarimenti sull'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011 – indicano espressamente come tirocini curricolari unicamente quelli promossi al fine di realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro da soggetti quali Università e istituti di istruzione universitaria abilitati al rilascio di titoli accademici ovvero da istituzioni scolastiche che rilascino titoli di studio aventi valore legale o anche da centri di formazione profes-

68/1999) fatta eccezione per quelli curricolari e fermo restando ovviamente il rispetto delle disposizioni di cui d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011.

⁽⁶²⁾ Cfr. il comma 1 dell'art. 11 del d.l. n. 138/2011.

⁽⁶³⁾ Della esclusione dei tirocini c.d. di inserimento, confermata dalla la circ. Min. lav. n. 24/2011, già si è detto *supra* nel testo.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., in questo senso, la già citata circ. Min. lav. n. 24/2011.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. ancora il comma 2 dell'art. 11 del d.l. n. 138/2011.

⁽⁶⁶⁾ Nota 14 febbraio 2007, prot. n. 13/Segr./0004746 in *Adapt* indice A-Z voce *Tirocini*.

sionale operanti in regime di convenzione con la Regione o la Provincia.

Per tirocini curriculari debbono pertanto intendersi i tirocini formativi e di orientamento previsti all'interno di un *percorso formale di istruzione o di formazione*, la cui finalità non sia direttamente quella di favorire l'inserimento lavorativo, bensì quella di integrare e completare il processo di apprendimento e di formazione con una modalità di cosiddetta alternanza. Tutto ciò si sostanzia, per espresso chiarimento ministeriale⁽⁶⁷⁾, allorché si verifichino le seguenti condizioni:

«promozione del tirocinio da parte di una Università o istituto di istruzione universitaria abilitato al rilascio di titoli accademici, di una istituzione scolastica che rilasci titoli di studio aventi valore legale, di un centro di formazione professionale operante in regime di convenzione con la Regione o la Provincia»;

«destinatari della iniziativa siano studenti universitari (compresi gli iscritti ai master universitari e ai corsi di dottorato), studenti di scuola secondaria superiore, allievi di istituti professionali e di corsi di formazione iscritti al corso di studio e di formazione nel cui ambito il tirocinio è promosso»;

«svolgimento del tirocinio all'interno del periodo di frequenza del corso di studi o del corso di formazione anche se non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi (a titolo esemplificativo si pensi a un tirocinio per l'elaborazione della tesi di laurea)».

Restano altresì esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011 anche i tirocini promossi a favore di disabili, invalidi fisici, psichici e sensoriali, per i quali resta in vigore la disciplina specifica prevista dall'art. 11, comma 2, della legge 12 marzo 1999, n. 68, quelli promossi a favore degli immigrati, nell'ambito dei decreti flussi, dei richiedenti asilo e titolari di protezione internazionale, nonché per ulteriori categorie di soggetti svantaggiati destinatari di specifiche iniziative di inserimento o reinserimento al lavoro di promosse dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dalle Regioni e dalle Province.

L'articolo 11 del decreto legge n. 138 del 2011 non trova infine applicazione neppure con riferimento ai periodi di praticantato richiesti dagli ordini professionali e disciplinati da specifiche normative di settore. Con riguardo a questa fattispecie, l'articolo 3, comma 5, del decreto legge 13 agosto 2011 n. 138 fissa i principi che dovranno essere recepi-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. la circ. Min. lav. n. 24/2011.

ti in sede di riforma degli ordinamenti professionali da effettuare entro 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto.

Stante la (precisa e limitata) finalità della misura, il decreto legge n. 138 del 2011 non si occupa volutamente della parte sostanziale e procedimentale dei tirocini formativi e di orientamento. La materia, come già rilevato, è di competenza esclusiva delle Regioni, là dove le necessità di una regolamentazione nazionale di tipo sussidiario e di cornice è già oggi assolta dall'articolo 18 della legge n. 196 del 1997 e dal relativo regolamento di attuazione.

Stanti tuttavia le persistenti criticità nella utilizzazione dei tirocini formativi e di orientamento – e per certi versi anche dei tirocini con mera finalità di reinserimento/inserimento nel mercato del lavoro – nulla esclude che – in attuazione delle intese del 27 ottobre 2010 e dell'11 luglio 2011 – Governo, Regioni e parti sociali pervengano nei prossimi mesi alla definizione di linee guida di dettaglio valide per l'intero territorio nazionale.

In questa prospettiva, una prima area di intervento dovrebbe riguardare i soggetti promotori: l'elenco contenuto nel decreto attuativo della legge Treu risulta largamente superato dalla evoluzione del quadro legale e dai nuovi criteri di autorizzazione e accreditamento degli operatori del mercato del lavoro introdotti nel decennio passato dalla legge Biagi. Inalterata è, tuttavia, la finalità di individuare soggetti particolarmente qualificati che possano garantire la corretta attuazione del piano formativo. Centrale, in questa prospettiva, rimane il ruolo dei tutor (quello aziendale e soprattutto quello designato dal soggetto promotore), chiamati a verificare e garantire il corretto adempimento del piano formativo e a certificare le eventuali competenze acquisite nel libretto formativo.

Tre le aree di maggiore criticità su cui Governo, Regioni e parti sociali dovranno invece esercitarsi alla ricerca di soluzioni innovative rispetto al passato: durata, rimborsi spese, divieti.

Il tentativo di rilancio dell'apprendistato e la piena operatività di una ampia gamma di tipologie contrattuali non contemplate ai tempi della «legge Treu» dovrebbero indurre, in primo luogo, a una drastica riduzione della durata massima. Il focus sulla occupazione giovanile induce a consentire l'attivazione dei tirocini formativi e di orientamento, salvo casi particolari ben delimitati, a un periodo temporale di poco successivo al conseguimento di un titolo di studio (diploma o laurea). A questo ha provveduto, come visto, il decreto legge n. 138 del 2011. Nulla esclude tuttavia, trattandosi di livelli essenziali di tutela, un intervento più dettagliato, anche in ragione delle diverse categorie di tirocinanti,

frutto di una più ponderata intesa tra Governo, Regioni e parti sociali. Così come nulla esclude un intervento per regolamentare anche i tirocini di reinserimento/inserimento che, al pari dei tirocini per i giovani nella delicata fase di transizione dalla scuola al lavoro, possono dare luogo ad abusi facendo concorrenza a tipologie contrattuali di inserimento al lavoro e, non di rado, specie nel Mezzogiorno o in aree di crisi, “drogando” il mercato del lavoro.

L’osservazione dell’attuale andamento del mercato del lavoro, con stage “retribuiti” con somme largamente concorrenti a quelle degli ordinari rapporti di lavoro, dovrebbe in ogni caso suggerire di vietare ogni forma di compenso, fatti salvi rimborsi spese adeguatamente documentati. Il “compenso” del tirocinante è la formazione, che deve essere vera e di qualità, là dove esperienze di lavoro possono e devono essere remunerare in base agli standard contrattuali. Decisamente più appropriati, per quelle imprese che intendano avvalersi di giovani alle prime esperienze anche in termini di “prova”, sono semmai i “buoni lavoro” della legge Biagi che risultano ora pienamente operativi in tutti i settori produttivi per lavori occasionali con giovani al di sotto dei 25 anni regolarmente iscritti a una scuola o a una università.

Quanto infine ai divieti si tratterà di pervenire a un delicato equilibrio che, nel prevenire gli abusi, non si traduca tuttavia in una penalizzazione per le imprese che fanno un corretto utilizzo degli stage e tanto meno per i giovani che potrebbero vedersi privare di importanti occasioni di formazione e orientamento. L’esperienza internazionale e comparata offre in proposito significativi spunti ed elementi di riflessione per una eventuale intesa tra Governo, Regioni e parti sociali anche su questo delicatissimo aspetto della regolazione dei tirocini. Il Legislatore francese, per esempio, ha recentemente vietato l’utilizzo degli stage per lavori che abbiano per oggetto mansioni ripetitive corrispondenti a un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Quel che davvero conta, in questi casi, è che i tirocinanti non vengano utilizzati per funzioni e attività che non rispettino gli obiettivi formativi del tirocinio stesso così come precisati e concordati nel progetto formativo e di orientamento validato dal soggetto promotore.

Tirocini e apprendistato: impianto e ragioni della riforma – Riassunto. *L’A. descrive le recenti novità normative intervenute in materia di apprendistato e di tirocini, ripercorrendo in chiave critica l’evoluzione storica dei due istituti e mettendo in luce le ragioni che ne giustificano una trattazione comune. Rispetto al contratto di apprendistato, prima di analizzare l’impianto e i contenuti della riforma intervenuta con il d.lgs. n. 167/2011, l’A. individua le molteplici ragioni che nei decenni precedenti*

hanno impedito che la fattispecie divenisse il canale principale per un ingresso qualificato e qualificante dei giovani nel mercato del lavoro, riducendosi invece a mero espediente per garantire l'acquisizione di forza-lavoro eterodiretta a basso costo. In merito alle nuove regole in materia di tirocini formativi e di orientamento introdotte ad opera dell'art. 11 del d.l. n. 138/2011, invece, una volta precisata la distinzione tra le diverse tipologie di tirocini previste dall'ordinamento italiano, l'A. chiarisce che tale norma è finalizzata a definire in termini uniformi sull'intero territorio nazionale alcuni livelli essenziali di tutela nella transizione dai percorsi dal sistema educativo al mercato del lavoro in modo da prevenire abusi in passato riscontrati nella prassi. Tratteggiato il quadro regolatorio l'A. conclude precisando che un ruolo decisivo dovrà ora essere giocato da tutti gli attori del sistema di relazioni industriali.

Internships and Apprenticeships: Structure and Rationale of the Reform (Article in Italian) – Summary. *This paper provides a description of the recent regulatory changes in the area of apprenticeships and internships, presenting an in-depth analysis of their historical evolution and highlighting the reasons why they can be analysed jointly. As for the contract of apprenticeship, before discussing the structure and the content of the reform introduced by Legislative Decree No. 167/2011, the Author identifies a number of reasons why over the past decades, apprenticeships have been prevented from becoming the proper qualifying tool enabling access of young people to the labour market, becoming instead a mere ploy to reduce labour costs. With regard to the new rules on internships introduced by Art. 11 of Legislative Decree No. 138/2011, the author clarifies the distinction between different types of internship programmes provided by the Italian legislation, and explains how this regulation aims at ensuring at a national level some basic protection during the school-to-work transition, with a view of preventing the misuse that occurred in the past. After an overview of the regulatory framework, the Author concludes stating that a major role will now be played by all the actors involved in the system of industrial relations.*

La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e... domani (ovvero prima e dopo l'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011)

Paolo Pascucci

Sommario: **1.** Premessa: non c'è solo l'articolo 8. – **2.** Una breve sintesi delle regole vigenti. – **3.** Osservazioni sull'esperienza di questi anni. – **3.1.** Osservazioni "in fatto". – **3.2.** Osservazioni "in diritto". – **4.** L'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011: un fulmine a ciel sereno. – **5.** La rubrica dell'articolo 11 ed il suo collegamento con il primo periodo del comma 1: la promozione dei tirocini. – **6.** Il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11. – **6.1.** L'area di non applicazione del limite massimo di sei mesi (articolo 11, secondo periodo del comma 1). – **6.1.1.** Tirocini per disabili e svantaggiati. – **6.1.2.** Tirocini "curricolari". – **6.1.2.1.** Sull'ammissibilità di tirocini scolastici ed universitari "non curricolari" per studenti che non abbiano concluso ancora gli studi. – **6.2.** I tirocini "non curricolari" contemplati dal secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11. – **6.2.1.** Una necessaria riflessione sulla nozione di "tirocinio formativo e di orientamento". – **6.2.2.** I tirocini di reinserimento e di inserimento lavorativo. – **6.2.3.** Una pressoché impossibile interpretazione dell'articolo 11. – **6.2.4.** Le conseguenze dell'interpretazione letterale del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11. – **6.2.5.** Un'ipotesi di interpretazione sistematica del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11. – **7.** Oltre l'articolo 11. – **8.** L'agenda del confronto sui tirocini: i livelli essenziali di tutela. – **8.1.** La definizione e le finalità. – **8.2.** La capacità promozionale. – **8.3.** La convenzione. – **8.4.** I diritti ed i doveri delle parti. – **8.5.** La salute e la sicurezza dei tirocinanti. – **8.6.** Il progetto formativo e di orientamento. – **8.7.** I limiti alla capacità di ospitare tirocini. – **8.8.** I requisiti per i tirocinanti. – **8.9.** I limiti all'applicazione produttiva. – **8.10.** La durata. – **8.11.** Il sussidio. – **8.12.** La previdenza e gli *stages* all'estero. – **8.13.** Le violazioni e le sanzioni. – **9.** Gli ambiti di intervento delle regioni. – **9.1.** L'individuazione dei

** Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Urbino "Carlo Bo". Questo scritto costituisce un'ampia rielaborazione della relazione presentata a due recenti incontri di studio: il primo svoltosi a Piacenza il 3 novembre 2011 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore sul tema La riforma del tirocinio formativo e di orientamento: art. 11 della legge n. 148/2011 e legislazione regionale; il secondo tenutosi a Modena il 9 novembre 2001 presso la Fondazione Marco Biagi dell'Università di Modena e Reggio Emilia sul tema Apprendistato e tirocini: nuove opportunità per imprese, p.a. e professionisti.*

promotori. – **9.2.** Il progetto formativo, la formazione ed il tutorato. – **9.3.** Gli ospitanti. – **9.4.** I tirocinanti. – **9.5.** La durata. – **9.6.** La valutazione e le sanzioni. – **10.** Conclusione.

1. Premessa: non c'è solo l'articolo 8.

La manovra della scorsa estate, finalizzata a predisporre urgenti misure per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148), sarà ricordata dai giuslavoristi, e non solo, soprattutto per una norma: l'articolo 8 ⁽¹⁾. Una norma che rischia di mettere in forse non poche delle certezze che il diritto del lavoro del Novecento ha consegnato ai lavoratori.

Mentre giuristi del lavoro, esponenti sindacali e lavoratori si affannavano su questa disposizione, una parte non trascurabile dell'opinione pubblica del nostro paese, costituita in gran parte da giovani essenzialmente privi di lavoro, si andava allarmando anche per un'altra previsione del provvedimento di agosto: l'articolo 11. Una norma con la quale il governo ha introdotto alcune modifiche alla disciplina dei tirocini formativi e di orientamento, creando non poco sconcerto non solo tra i giovani, ma anche tra gli operatori – come ad esempio le scuole, le università ed i centri per l'impiego –, i quali quotidianamente utilizzano questo diffuso strumento che avvicina le persone al mondo del lavoro.

Scopo di questo scritto è analizzare le implicazioni di tale intervento legislativo e della circolare che, un mese dopo la sua emanazione, il Ministero del lavoro ha diramato per chiarire la portata dell'intervento medesimo ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Su cui, fra i tanti, cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 129; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 132; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 133; E. ALES, *Dal caso FIAT al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, che segue in *q. Fascicolo*, sezione *Relazioni industriali e Risorse umane*.

⁽²⁾ Si tratta della circ. Min. lav. 12 settembre 2011, n. 24, a firma congiunta del direttore generale per l'attività ispettiva e del direttore generale per le politiche dei servizi per il lavoro, su cui cfr. R. SCHIAVONE, *Tirocini formativi: primi chiarimenti ministeriali dopo la Manovra*, in *GLav*, 2011, n. 37, XXXVI ss.

Prima di procedere a tale analisi, pare tuttavia opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale, tenendo conto peraltro della impossibilità di ricostruire compiutamente in questa sede l'evoluzione di un istituto la cui amplissima diffusione nella pratica avrebbe forse meritato maggiore attenzione anche da parte dei giuristi ⁽³⁾.

Pertanto, ci si limiterà, da un lato, a ricordare i punti salienti delle discipline vigenti dei tirocini ⁽⁴⁾ e, dall'altro lato, a svolgere alcune sintetiche osservazioni sull'applicazione dell'istituto che possono rivelarsi utili per delineare a grandi linee il contesto nel quale si inserisce il recente intervento del legislatore statale: intervento che, se si eccettuano alcuni sporadici provvedimenti di contorno ⁽⁵⁾, sopraggiunge dopo un silenzio durato quattordici anni da quando, grazie all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 ed al suo regolamento attuativo emanato con il decreto ministeriale 25 marzo 1998, n. 142 ⁽⁶⁾, entrò in vigore la

⁽³⁾ Cfr. in tal senso M. NAPOLI, *Prefazione*, in P. PASCUCI, *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Giappichelli, Torino, 2008, XIII.

⁽⁴⁾ Si tratta, appunto di "discipline" (al plurale) in ragione della presenza di norme statali e di norme regionali: su ciò si veda *infra* nel testo.

⁽⁵⁾ Si veda, ad esempio, il testo originario dell'art. 10, comma 7, lett. *d*, secondo periodo, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il quale, allo scopo di facilitare l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro, esentava dalle limitazioni quantitative di utilizzazione dei contratti a termine i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*. Tale disposizione è stata successivamente modificata dall'art. 1, comma 41, lett. *a*, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, che ha espunto dalla previsione dell'esenzione quantitativa i contratti a tempo determinato stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*, cosicché anche per la stipulazione di questi contratti vale il limite quantitativo determinato dai contratti collettivi *ex art.* 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001.

⁽⁶⁾ Su tale disciplina cfr. P.A. VARESI, *Art. 18. I tirocini formativi e di orientamento*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il "pacchetto Treu". L. 24 giugno 1997, n. 196 - Norme in materia di promozione dell'occupazione*, in *NLCC*, 1998, 1359 ss.; A. MARESCA, S. CIUCCIOVINO, *Regolamentati i tirocini formativi e di orientamento*, in *DPL*, 1998, 1571 ss.; A. LASSANDARI, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio: rilievi esegetici sui decreti ministeriali di attuazione della legge n. 196/1987*, in *RGL*, 1999, I, 93 ss.; F. BANO, voce *Stage*, in *DDPCom*, 2000, aggiornamento, 741 ss.; M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive nella disciplina giuridica dei tirocini formativi e di orientamento*, in *q. Rivista*, 2001, 61 ss.; G. CANAVESI, voce *Stage*, in *EGT*, XXX, 2002, aggiornamento, 1 ss.; F. BACCHINI, *I tirocini formativi e di orientamento*, in *DPL*, 2003, n. 12, inserto; P. BELLOCCHI, *Tirocini e alternanza scuola-lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsa, Milano, 2009, V ed., 511 ss.; P. PASCUCI, *op. cit.*

prima disciplina organica dei tirocini formativi e di orientamento ⁽⁷⁾. Per altro verso, come emerge anche dal nervoso dibattito seguito al recente intervento legislativo, si evidenzia la necessità di svolgere anche alcune riflessioni proiettate al futuro della regolamentazione dell'istituto, alle quali sarà dedicata la parte finale di questo scritto.

2. Una breve sintesi delle regole vigenti.

Dalla disciplina di base dei tirocini formativi e di orientamento contenuta nei citati provvedimenti statali degli anni Novanta, nonché in successive disposizioni regionali, emergono i seguenti tratti salienti:

- a) i tirocini sono esperienze formative e di orientamento la cui principale caratteristica consiste nella presenza del tirocinante in un luogo di lavoro nel quale effettua un percorso formativo "in situazione" acquisendo una concreta conoscenza del mondo del lavoro;
- b) la caratterizzazione formativo/orientativa di tutti i tirocini contemplati dalla disciplina – che risulta esplicitamente in virtù sia dell'obbligo di predisporre un progetto formativo/orientativo per ogni tirocinio sia dell'obbligatoria presenza di due tutor a garanzia della serietà dell'iniziativa – non impedisce che gli stessi tirocini possano essere finalizzati anche ad ulteriori scopi, come l'agevolazione dell'inserimento o del reinserimento lavorativo di soggetti che, per svariati motivi, incontrino difficoltà nel trovare occupazione. Tuttavia, qualunque sia il fine ultimo del tirocinio, non può comunque essere messo in discussione il fatto che si tratti comunque di uno strumento formativo/orientativo: caratteristica senza la quale il tirocinio cessa di essere tale;
- c) come afferma espressamente lo stesso articolo 18 della legge n. 196/1997, i tirocini formativi e di orientamento non costituiscono rapporti di lavoro, fermo restando che, ove si atteggiino in modo difforme da quanto risulta dalla loro disciplina, ben possono essere oggetto di una diversa qualificazione giudiziale anche in termini di rapporto di lavoro;
- d) l'attivazione del tirocinio presuppone a monte la stipulazione di una convenzione tra il soggetto che lo promuove ed il soggetto che lo ospita: tale convenzione, da un lato, è inquadrabile come atto contrattuale

⁽⁷⁾ Per una prima, e tuttora attuale, riflessione sui tirocini si veda M. NAPOLI, *Gli stages nel diritto del lavoro*, in ID., *Questioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 153 ss.

(l'unico esistente nel caso di specie), volto a regolare i rapporti tra i suoi stipulanti ed a predisporre la disciplina *ad hoc* per il tirocinio a cui si riferisce; dall'altro, per le peculiari finalità dei tirocini, nonostante la sua natura di negozio privatistico, è evidente che la convenzione tende a perseguire un interesse pubblico ⁽⁸⁾;

e) i soggetti promotori dei tirocini sono preventivamente identificati in ragione del ruolo che svolgono, il quale deve avere una specifica relazione con le finalità perseguite dal tirocinio. Quanto alla capacità di ospitare i tirocinanti, essa è attribuita sia a soggetti pubblici sia a soggetti privati, con alcune limitazioni in relazione al numero dei loro dipendenti;

f) i tirocini sono sempre esperienze con una durata massima predefinita, destinate a soggetti diversi identificati in ragione del vantaggio che essi possono ricevere dall'effettuazione del tirocinio medesimo;

g) sebbene non sussista un rapporto contrattuale diretto tra il tirocinante ed il datore di lavoro che lo ospita, in capo agli stessi si configurano diritti ed obblighi in relazione allo svolgimento dell'esperienza, gravando alcuni obblighi anche in capo al soggetto promotore.

3. Osservazioni sull'esperienza di questi anni.

Le osservazioni sull'esperienza realizzatasi in questi quasi tre lustri possono distinguersi "in fatto" e "in diritto".

3.1. Osservazioni "in fatto".

Dal punto di vista fattuale, i tirocini formativi e di orientamento sono quantitativamente proliferati, anche sulla spinta delle riforme scolastiche ed universitarie che hanno enfatizzato il ruolo dei percorsi formativi in alternanza ⁽⁹⁾; si può ormai parlare di una vera e propria esplosio-

⁽⁸⁾ Per questa prospettiva cfr. P. PASCUCCI, *op. cit.*, 231 ss.

⁽⁹⁾ Per quanto concerne il settore universitario, si veda l'art. 10, comma 1, lett. f, del decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 3 novembre 1999, n. 509, il quale ha individuato – tra le tipologie delle attività formative indispensabili per conseguire gli obiettivi formativi qualificanti di ogni classe di corsi di studio – le «attività formative volte ad agevolare le scelte professionali, mediante la conoscenza diretta del settore lavorativo cui il titolo di studio può dare accesso, tra cui, in particolare, i tirocini formativi e di orientamento di cui al decreto del Ministero del lavoro 25 marzo 1998, n. 142». Un'identica previsione si ritrova nell'art. 10,

ne del fenomeno, che rappresenta il più diffuso strumento di primo approccio dei giovani (e non solo) al mondo del lavoro.

Alla crescita quantitativa dei tirocini non è, purtroppo, corrisposta una loro crescita qualitativa. Anche quando non è fraudolentemente utilizzato per mascherare un rapporto di lavoro, non sempre il tirocinio è effettuato in modo da realizzare gli obiettivi per i quali formalmente è stato attivato. In non pochi casi il soggetto promotore – che, per le proprie finalità istituzionali, dovrebbe essere il vero fulcro del sistema – si limita a svolgere una funzione meramente burocratica di impulso della iniziativa, senza curarsi di individualizzare la progettazione della esperienza in relazione ai bisogni del tirocinante e senza monitorarla attentamente nel suo svolgimento e nei suoi esiti. La fondamentale funzione del tutorato, sia dal lato del promotore sia da quello dell'ospitante, è spesso svolta in modo improvvisato senza che i soggetti incaricati dispongano delle competenze necessarie per dare adeguato sostegno ad un'esperienza formativa. Molto spesso, alla disponibilità ad ospitare i tirocinanti non corrisponde una reale volontà e/o capacità dei datori di lavoro di operare quale sorta di “agenzia formativa in situazione” e ciò essenzialmente a causa della pressante e prioritaria necessità di far fronte alle esigenze produttive.

Questi fattori incidono negativamente sugli esiti del tirocinio che, invece di formare ed orientare il tirocinante, paradossalmente lo disorientano, non consentendogli di mettere a frutto l'esperienza per verificare sul campo la capacità di praticare quanto appreso nei processi formativi formali (il passaggio dal “sapere” al “saper fare”) e per misurare le proprie attitudini ad operare in un contesto relazionale qual è quello del lavoro (il “saper essere”).

Un altro paradosso si coglie inoltre là dove il tirocinio riguarda soggetti già usciti dai percorsi di istruzione o comunque quelli in cerca di lavoro. In simili ipotesi, sempre più spesso il tirocinio – che, in quanto istituto formativo, formalmente non dà diritto ad alcun compenso per il ti-

comma 5, lett. *d*, del decreto del Ministro dell'università 22 ottobre 2004, n. 270, con il quale è stato modificato il citato d.m. n. 509/1999. Nel decreto del 2004 si aggiunge (art. 10, comma 5, lett. *e*) che nell'ipotesi di cui all'art. 3, comma 5, i corsi di studio dovranno prevedere attività formative relative agli *stages* ed ai tirocini formativi presso imprese, amministrazioni pubbliche, enti pubblici o privati, ivi compresi quelli del terzo settore, ordini e collegi professionali, sulla base di apposite convenzioni.

Per quanto attiene al settore scolastico si veda il d.lgs. 15 aprile 2005, n. 77, con cui, in attuazione alla delega di cui all'art. 4 della l. 28 marzo 2003, n. 53, sono state definite le norme generali relative all'alternanza scuola-lavoro: su ciò si veda P. PASCUCCI, *op. cit.*, 150 ss.

rocinante – diviene invece il “prezzo” che questi deve surrettiziamente pagare per poter sperare di ottenere in futuro una qualche concreta opportunità lavorativa. La trafila è nota: prima uno *stage*, magari seguito da un altro *stage*, poi un contratto di apprendistato, poi un contratto di lavoro parasubordinato a progetto, poi un contratto di lavoro subordinato a termine, e così via, fino a che non si arriva all’“età per la pensione... senza pensione”. Da un punto di vista tecnico, il tirocinio sconta una mutazione genetico-funzionale tramutandosi in una sorta di “apprendistato senza retribuzione” o di “patto di prova lunga”, privo peraltro anche delle pur minimali tutele presenti in quest’ultimo istituto lavoristico.

3.2. Osservazioni “in diritto”.

Alle precedenti osservazioni sui fatti se ne accompagnano alcune di carattere tecnico-giuridico con particolare riferimento alla disciplina statale del 1997/1998.

Al di là dell’indubbio merito di aver finalmente regolato organicamente l’istituto, oggi tale disciplina non tiene conto dell’evoluzione che nel frattempo ha riguardato, da un lato, il mondo dell’istruzione scolastica ed universitaria e, dall’altro, il ruolo della formazione come strumento di politica attiva del lavoro: ne è prova il novero dei soggetti promotori (si veda *infra* paragrafo 6.2.2.).

Le norme degli anni Novanta accolgono una visione per così dire “fordista” dei datori di lavoro ospitanti, prendendo in considerazione soltanto coloro che abbiano una certa consistenza occupazionale fondata sui lavoratori a tempo indeterminato. Tale visione appare oggi non del tutto adeguata sia rispetto all’evoluzione delle tipologie contrattuali di lavoro (diffusione dei contratti temporanei) sia con riferimento alle ancor più evidenti modificazioni morfologico-strutturali delle imprese, le cui dimensioni non corrispondono più necessariamente alla loro capacità produttiva. Per altro verso, la crescente diffusione dell’iniziativa economica privata nel settore terziario fa emergere tutta una serie di imprese individuali, specie nel settore della consulenza avanzata, che appare irrealistico escludere totalmente dal sistema dei tirocini, specialmente in ragione della diffusione dei diplomati-laureati che aspirano ad una formazione sul campo e che sono in cerca di occupazione.

La disciplina degli anni Novanta non presta adeguata attenzione ad una serie di problemi che incidono sulla tutela del tirocinante: da un lato, non scioglie alcuni nodi che hanno a che fare con il profilo temporale

dei tirocini (ripetibilità dell'esperienza e ripetibilità con lo stesso ospitante); mentre, dall'altro, appare assai lacunosa per quanto attiene a diritti e doveri di tutte le parti coinvolte (promotore, ospitante, tirocinante) ed alle conseguenze delle violazioni della disciplina.

Dopo la riforma costituzionale del 2001, la quale ha ribadito la competenza legislativa esclusiva delle regioni in materia di formazione (articolo 117, comma 4, Costituzione), e la sentenza della Corte costituzionale 13 gennaio 2005, n. 50⁽¹⁰⁾, si è consolidata l'opinione secondo cui la disciplina dei tirocini spetta alla competenza esclusiva delle regioni, potendo la disciplina statale esercitare solo una funzione sussidiaria-residuale in mancanza di norme regionali. Va tuttavia ricordato che, con una motivazione assai succinta, la Corte si è limitata a dichiarare illegittimo l'articolo 60 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in quanto la disciplina dei tirocini estivi di orientamento ivi prevista⁽¹¹⁾, dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro, e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle regioni⁽¹²⁾.

L'indiscutibile competenza esclusiva delle regioni per tutti gli aspetti formativi dell'istituto non può escludere la predeterminazione da parte dello stato di regole generali in riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni civili e sociali da garantire in modo omogeneo in tutto il paese (articolo 117, comma 2, lettera *m*, Costituzione) per quanto attiene alla tutela dei tirocinanti ed alla garanzia della genuinità del tirocinio, da determinare con atti legislativi (del cui carattere cedevole e sussidiario potrebbe seriamente dubitarsi). Peraltro, la compresenza di queste diverse competenze impone di intervenire applicando il principio della "leale collaborazione" tra stato e regioni caldeggiato dalla Corte costituzionale nel caso di materie caratterizzate da competenze interferenti⁽¹³⁾.

Per altro verso, non si dovrebbe trascurare come possano emergere anche profili ascrivibili nella competenza "solo" concorrente delle regioni

⁽¹⁰⁾ In *GU*, 2 febbraio 2005, n. 5.

⁽¹¹⁾ Su tale norma cfr. P. BELLOCCHI, *Commento all'art. 60*, in M. PEDRAZZOLI (coord.), *Il mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 648 ss.; E. BALLETTI, *Commento all'art. 60*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro ed i nuovi moduli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 699 ss.

⁽¹²⁾ Si veda, tra gli altri, G. CANAVESI, *La giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa in materia di lavoro, con particolare riferimento alla formazione professionale e alla previdenza sociale*, in *DML*, 2005, 479 ss.

⁽¹³⁾ C. cost. n. 50/2005, cit.

(esercitabile quindi nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalla legge statale) ove si inquadrino i tirocini come strumenti di politica attiva del lavoro riconducibili nel principio costituzionale della tutela del lavoro (articolo 117, comma 3, Costituzione).

L'intervento legislativo in materia di alcune regioni ha avuto l'indubbio merito di aggiornare la disciplina dei tirocini alla luce delle intervenute modificazioni del quadro giuridico e socio-economico, superando in non pochi casi le criticità appena evidenziate nella disciplina statale ed introducendo elementi in grado di favorire la qualificazione dei tirocini. Tuttavia, ad uno sguardo d'insieme, oggi emerge un quadro regolativo dell'istituto a "macchie di leopardo" che vede, da un lato, aree del paese in cui le regole promanano da leggi regionali spesso ispirate a criteri sostanzialmente comuni (sulla scorta di quelli introdotti dalla legge regionale dell'Emilia-Romagna 26 luglio 2005, n. 17) ⁽¹⁴⁾ e, da un diverso lato, altre aree in cui si applica la normativa statale, ancorché talora reinterpretata alla luce di delibere o linee guida regionali. Al di là dei profili di legittimità di questo dato, c'è da chiedersi se la presenza di regole diverse sul piano geografico rechi vantaggi all'istituto dei tirocini nel momento in cui l'importanza della dimensione territoriale è messa in discussione dalla crescente instabilità degli insediamenti produttivi e dai processi di mobilità e frammentazione delle aziende. Senza alcuna pretesa di accreditare un monolitismo regolativo in materia, pare assolutamente condivisibile l'invito proveniente da più parti per lo meno ad un'armonizzazione della disciplina.

4. L'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011: un fulmine a ciel sereno.

Questa breve analisi è finalizzata non già ad esorcizzare o demonizzare i tirocini, bensì a valorizzarne le preziose funzioni, facendo sì che essi cessino di rappresentare uno strumento di surrettizio inserimento al lavoro privo di formazione e, come tale, indebitamente in concorrenza con il contratto di apprendistato.

Proprio quest'ultimo aspetto era stato opportunamente sottolineato nell'Intesa del 27 ottobre 2010 tra governo, regioni e parti sociali per il rilancio dell'apprendistato, con cui il governo si era impegnato ad avvi-

⁽¹⁴⁾ Per un panorama della disciplina dei tirocini a livello regionale si veda S. FACELLO, F. FAZIO, *La mappa dei tirocini formativi e di orientamento in Italia*, in *Boll. Adapt*, 19 settembre 2011, n. 30.

are un tavolo tripartito per la definizione di un quadro più razionale ed efficiente dei tirocini formativi e di orientamento, al fine di valorizzarne le potenzialità in termini di occupabilità e prevenire gli abusi e l'utilizzo distorto degli stessi tirocini formativi e di orientamento e di altre tipologie contrattuali (in particolare, le collaborazioni coordinate e continuative) in concorrenza con il contratto di apprendistato.

Sia per gli obiettivi sia per il metodo, la strada sembrava quella giusta e "il cielo sopra il tirocinio" sembrava finalmente avviato a rasserenarsi. Cosicché ben può definirsi un fulmine a ciel sereno l'improvviso intervento del governo che, senza alcuna preventiva concertazione, ha legiferato in materia mediante una norma di decreto legge – articolo 11 del decreto legge n. 138/2011⁽¹⁵⁾, successivamente convertito in legge⁽¹⁶⁾ con voto di fiducia e, quindi, praticamente senza dibattito parlamentare. Al di là della criticabilità del metodo seguito, l'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011 si poneva obiettivi più che rispettabili: da un lato, ribadire come la capacità promozionale dei tirocini spetti solo a chi possieda validi requisiti; dall'altro lato, limitare la durata massima dei tirocini che, specialmente nel caso dei soggetti usciti dai percorsi scolastici ed universitari, troppo spesso si traducono in un'estenuante ed indebita simulazione di un apprendistato o di un patto di prova⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ L'art. 11 stabilisce al comma 1 che «i tirocini formativi e di orientamento possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti preventivamente determinati dalle normative regionali in funzione di idonee garanzie all'espletamento delle iniziative medesime. Fatta eccezione per i disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti e i condannati ammessi a misure alternative di detenzione, i tirocini formativi e di orientamento non curriculari non possono avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese, e possono essere promossi unicamente a favore di neodiplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio». Il comma 2 prevede che «in assenza di specifiche regolamentazioni regionali trovano applicazione, per quanto compatibili con le disposizioni di cui al comma che precede, l'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 e il relativo regolamento di attuazione».

⁽¹⁶⁾ In sede di conversione la norma è rimasta sostanzialmente inalterata, essendosi provveduto soltanto ad alcuni ritocchi formali.

⁽¹⁷⁾ Si veda quanto giustamente rilevato da M. TIRABOSCHI, *Tirocini: il machismo (e l'impotenza) delle Regioni, l'ipocrisia delle imprese*, in *www.adapt.it*, 22 settembre 2011. Sull'opportunità di ridurre o diversificare i termini di durata massima dei tirocini "post-titolo" cfr. P.A. VARESI, *Il ruolo delle Università nella promozione dei tirocini formativi e di orientamento e dell'apprendistato "alto"*, in P. REGGIANI GELMINI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi formativi al mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006, 425.

Il perseguimento di questi importanti obiettivi avrebbe tuttavia richiesto una ben maggiore attenzione in sede di redazione della norma da parte del legislatore, il quale non sembra aver soppesato tutta la portata della disposizione. Ne è prova il fatto che, di fronte al notevole sconcerto suscitato nell'opinione pubblica dall'articolo 11, il 12 settembre scorso il Ministero del lavoro ha diramato la circolare n. 24, mediante la quale, fornendo i propri indirizzi operativi sulla nuova disciplina, ne ha proposto un'interpretazione che, per la natura giuridica della circolare, ovviamente assume valore soltanto entro il contesto amministrativo entro cui essa è destinata ad operare.

Occorre quindi entrare *in medias res* ed affrontare la tutt'altro che agevole esegesi della norma.

5. La rubrica dell'articolo 11 ed il suo collegamento con il primo periodo del comma 1: la promozione dei tirocini.

La prima osservazione riguarda la rubrica dell'articolo 11 – che parla di *Livelli di tutela essenziali per l'attivazione dei tirocini* – e la sua connessione con il contenuto della norma.

L'espressione «livelli di tutela essenziali» sembra indicare come il legislatore sia consapevole che, nonostante la competenza legislativa esclusiva delle regioni in materia di formazione, alcuni aspetti dei tirocini rientrano nella competenza esclusiva della legge statale, in quanto riconducibili appunto alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale⁽¹⁸⁾.

I «livelli di tutela essenziali» a cui la norma è dedicata riguardano l'«attivazione dei tirocini»: espressione che allude ai requisiti indispensabili per far iniziare legittimamente l'esperienza, vale a dire alla capacità promozionale dei tirocini⁽¹⁹⁾. A tale proposito il legislatore ribadisce un principio generale già sancito dall'articolo 18, lettera *a*, della legge n. 196/1997, secondo cui la capacità promozionale richiede il possesso di specifici requisiti al fine di offrire idonee garanzie all'espletamento del tirocinio. La norma del 1997 nei fatti assorbiva

⁽¹⁸⁾ Come emerge anche dalla relazione di accompagnamento della disposizione. In generale sul tema si veda G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Cedam, Padova, 2007.

⁽¹⁹⁾ Come del resto emerge nello stesso art. 2 del d.m. n. 142/1998, il quale, sotto il titolo *Modalità di attivazione*, individua i soggetti promotori.

implicitamente tali requisiti nell'espressa individuazione dei soggetti evidentemente ritenuti dal legislatore in grado di possederli ⁽²⁰⁾. L'articolo 11, invece, effettua un rinvio in bianco alle normative regionali ⁽²¹⁾, ritenendole quindi giustamente depositarie del potere di pre-determinare i requisiti per la promozione (ferma restando la funzione residuale delle norme statali in carenza di norme regionali: articolo 11, comma 2).

Almeno per quanto riguarda il profilo della promozione dei tirocini, l'espressione «livelli essenziali di tutela» pare esaurirsi qui.

Tuttavia, dato che le stesse leggi regionali finora emanate, nella parte in cui individuano i requisiti per la promozione dei tirocini, ribadiscono espressamente il rispetto dei livelli essenziali fissati dalla legge nazionale (si veda l'articolo 24, comma 1, della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 17/2005), sarebbe stato lecito attendersi la determinazione di qualche ulteriore criterio generale tale da configurarsi come livello di tutela essenziale per l'attivazione delle esperienze.

Ad esempio, senza ingerirsi in dettaglio nell'individuazione dei soggetti promotori, il legislatore statale bene avrebbe fatto ad identificare in senso generale le aree operative dei potenziali soggetti promotori (istruzione, formazione, mercato del lavoro, sostegno agli svantaggiati ecc.), così come ad evidenziare finalmente il principio – tanto banale quanto troppo spesso disatteso – secondo cui il soggetto promotore può attivare tirocini soltanto a favore dei soggetti di cui si occupi istituzionalmente nell'esercizio della propria attività.

Se, quindi, la rubrica dell'articolo 11 si riferisce ai livelli essenziali evocati dall'articolo 117 della Costituzione, questi sembrerebbero emergere più concretamente solo nel secondo periodo del comma 1, là dove il legislatore fissa alcuni principi sulla durata dei tirocini senza evocare le norme regionali.

⁽²⁰⁾ Soggetti che lo stesso art. 18 indicava in via esemplificativa e che l'art. 2 del d.m. n. 142/1998 aveva poi individuato in via tassativa.

⁽²¹⁾ Il termine "normative", utilizzato in luogo di quello ben più restrittivo di "leggi", pare tenere conto del fatto che in alcune regioni, ancorché sulla base di disposizioni generali di legge regionale, le disposizioni sui tirocini sono adottate da atti diversi dalla legge, come le delibere della giunta regionale (è il caso, ad esempio, di quelle adottate dalla Giunta della Regione Marche in base all'art. 18 della l.r. 25 gennaio 2005, n. 2, in www.istruzioneformazioneilavoro.marche.it/legge2_2005/art18.asp).

6. Il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11.

Il secondo periodo del comma 1 modifica innanzitutto direttamente, ancorché solo in parte, l'articolo 18, comma 1, lettera *d*, della legge n. 196/1997, che stabiliva in dodici mesi la durata massima dei tirocini ed affidava al suo regolamento il compito di modulare tale durata massima in funzione della specificità dei diversi tipi di utenti (si veda l'articolo 7 del decreto ministeriale n. 142/1998) ⁽²²⁾. La nuova durata massima dei tirocini è fissata in sei mesi.

6.1. L'area di non applicazione del limite massimo di sei mesi (articolo 11, secondo periodo del comma 1).

La nuova durata massima di sei mesi tuttavia non si applica ad una duplice gamma di ipotesi: la prima riguarda i tirocini a favore di soggetti disabili e svantaggiati, la seconda i tirocini "curricolari" ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Il d.m. n. 142/1998 aveva conservato il tetto massimo di 12 mesi solo per i tirocini destinati: agli studenti universitari, compresi i frequentanti corsi di diploma universitario, dottorati di ricerca e scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione, nonché di scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione post-secondari anche non universitari, anche nei 18 mesi successivi al termine degli studi (art. 7, comma 1, lett. *d*); alle persone svantaggiate ai sensi del comma 1 dell'art. 4 della l. 8 novembre 1991, n. 381 (invalidi fisici, psichici e sensoriali; ex degenti di istituti psichiatrici; soggetti in trattamento psichiatrico; tossicodipendenti; alcolisti; minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare; condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli artt. 47, 47-bis, 47-ter e 48 della l. 26 luglio 1975, n. 354, come modificati dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663; soggetti indicati con un d.P.C.M.) (art. 7, comma 1, lett. *e*).

Nelle altre ipotesi da esso contemplate, il d.m. n. 142/1998 aveva invece già mantenuto entro i 6 mesi la durata massima dei tirocini: non più di 4 mesi per gli studenti frequentanti la scuola secondaria (art. 7, comma 1, lett. *a*); non più di 6 mesi per i lavoratori inoccupati o disoccupati, ivi compresi quelli iscritti alle liste di mobilità (art. 7, comma 1, lett. *b*); non più di 6 mesi per gli allievi degli istituti professionali di stato, di corsi di formazione professionale, per gli studenti frequentanti attività formative post-diploma o post-laurea, anche nei 18 mesi successivi al termine degli studi (art. 7, comma 1, lett. *c*).

Per quanto concerne i disabili, sia l'art. 18, comma 1, lett. *d*, della l. n. 196/1997 sia l'art. 7, comma 1, lett. *f*, del d.m. n. 142/1998 avevano previsto una durata massima di 24 mesi.

⁽²³⁾ Per evitare confusioni, in questo scritto ci si adegua alla terminologia legislativa che usa la parola "curricolare", sebbene nella lingua italiana il termine corretto sia "curricolare", così come è corretto "curricolo" e non "curriculo".

6.1.1. Tirocini per disabili e svantaggiati.

Diversamente da quanto risultava in virtù del rinvio del decreto ministeriale n. 142/1998 alla legge 8 novembre 1991, n. 381, l'articolo 11 non ricomprende nell'area dello svantaggio sociale ⁽²⁴⁾ i tirocini destinati agli «ex degenti di istituti psichiatrici», ai «minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare» ed a coloro «identificabili come svantaggiati» con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della predetta legge del 1991. Pertanto, mentre in precedenza i tirocini destinati a tali soggetti potevano durare fino a dodici mesi, ora non possono superare i sei, con un'incongruente ed ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni assimilabili ⁽²⁵⁾.

In ogni caso, non è chiaro perché il legislatore non abbia tenuto conto della ben più aggiornata definizione di “lavoratore svantaggiato” accolta dal regolamento n. 800/2008 della Commissione europea ⁽²⁶⁾.

Peraltro, nel momento in cui esclude il tetto massimo dei sei mesi per i tirocini destinati ai soggetti disabili e svantaggiati, l'articolo 11 non appone a tali tirocini altro limite di durata massima. Non essendo ipotizzabile un tirocinio a tempo indeterminato, si deve ritenere che restino in vigore i limiti massimi stabiliti dalla disciplina statale del 1997/1998

⁽²⁴⁾ Su cui si veda M.V. BALLESTRERO, G.G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, il Mulino, Bologna, 2005.

⁽²⁵⁾ Occorre inoltre segnalare che, tra i soggetti esclusi non rientrano neppure gli stranieri richiedenti asilo o titolari di protezione internazionale di cui al d.lgs. 30 maggio 2005, n. 140: soggetti che, secondo un esplicito ordine del giorno della Camera dei deputati accolto il 14 settembre scorso (prima firmataria l'on. Gatti), il governo si sarebbe impegnato a considerare espressamente tra quelli esclusi.

⁽²⁶⁾ L'art. 2, n. 18, di tale regolamento – relativo all'applicazione degli artt. 87 e 88 del Trattato CE agli aiuti di stato a favore dell'occupazione – considera “lavoratore svantaggiato” chiunque rientri in una delle seguenti categorie: a) chi non abbia un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; b) chi non possieda un diploma di scuola media superiore o professionale (ISCED 3); c) i lavoratori che abbiano superato i 50 anni di età; d) gli adulti che vivano soli con una o più persone a carico; e) i lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che superi almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; f) i membri di una minoranza nazionale all'interno di uno stato membro che abbiano necessità di consolidare le proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile. Ai sensi del successivo n. 19 del medesimo art. 2, si intende per “lavoratore molto svantaggiato” il lavoratore senza lavoro da almeno 24 mesi, mentre in base al n. 20, si intende per “lavoratore disabile” chiunque sia: a) riconosciuto disabile ai sensi dell'ordinamento nazionale o b) caratterizzato da impedimenti accertati che dipendono da un handicap fisico, mentale o psichico.

(ventiquattro mesi per i disabili e dodici mesi per gli svantaggiati contemplati dall'articolo 11).

6.1.2. Tirocini “curricolari”.

L'altra categoria di tirocini esclusi dall'applicazione del limite di sei mesi si ricava “per esclusione”: poiché l'articolo 11 precisa che la riduzione a sei mesi della durata massima, proroghe comprese, dei tirocini formativi e di orientamento riguarda solo i tirocini “non curricolari”, tale limite non si applica ai tirocini “curricolari”. Tuttavia, la norma discutibilmente non fornisce alcuna definizione dei tirocini “non curricolari” e, per converso, di quelli “curricolari”.

Una definizione di “tirocini curricolari” – peraltro non vincolante per l'interprete non essendo contenuta in un atto avente forza di legge – si rintraccia nella recente circolare ministeriale del 12 settembre 2011, la quale richiama a tal fine quanto lo stesso Ministero del lavoro aveva affermato in una precedente nota del 2007 ⁽²⁷⁾. In estrema sintesi, sarebbe “curricolare” il tirocinio promosso da un'istituzione scolastica, universitaria o formativa a favore dei propri studenti ed allievi (compresi gli iscritti a master universitari e dottorati di ricerca), e che si collochi all'interno del periodo di frequenza del corso di studi o del corso di

⁽²⁷⁾ Si tratta della nota (n. 13/Segr./0004746 del 14 febbraio 2007) con cui lo stesso dicastero aveva escluso che l'obbligo del datore di lavoro (previsto dal comma 2 dell'art. 9-bis del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608: comma poi modificato dall'art. 1, comma 1180, della l. 27 dicembre 2006, n. 296) di comunicare al centro per l'impiego l'avvio di un tirocinio riguardasse i tirocini “curricolari” (su ciò si veda, in senso critico, P. PASCUCCI, *op. cit.*, 260 ss.). In ogni caso, per tali venivano intesi «i tirocini promossi da soggetti e istituzioni formative a favore dei propri studenti ed allievi frequentanti, per realizzare momenti di alternanza tra studio e lavoro», ove si realizzassero le seguenti condizioni:

- *promozione del tirocinio da parte* di un'università o un istituto di istruzione universitaria abilitato al rilascio di titoli accademici; di un'istituzione scolastica che rilasci titoli di studio aventi valore legale; di un centro di formazione professionale operante in regime di convenzione con la regione o la provincia;
- *destinazione della iniziativa a favore* di studenti universitari (compresi gli iscritti ai master universitari ed ai corsi di dottorato); studenti di scuola secondaria superiore; allievi di istituti professionali o di corsi di formazione iscritti al corso di studio e di formazione nel cui ambito il tirocinio è promosso;
- *svolgimento del tirocinio all'interno del periodo di frequenza del corso di studi o del corso di formazione anche se non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi* (a titolo meramente esemplificativo, un tirocinio per la elaborazione della tesi di laurea).

formazione, anche se non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi.

La carenza di una nozione legale della fattispecie in esame rende tuttavia difficoltoso individuarne gli esatti confini, lasciando margini all'interpretazione; d'altro canto, la pigrizia definitoria sembra aver colpito anche altri aspetti dell'articolo 11, come nel caso della nozione di "neo-diplomati".

Tuttavia, almeno con riferimento al settore universitario, una nozione di "tirocinio curricolare" potrebbe indirettamente rinvenirsi in fonti normative dell'ordinamento giuridico statale, ancorché di rango secondario. Si tratta di alcune previsioni contenute nel già menzionato decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca n. 270/2004⁽²⁸⁾, che si occupa dell'autonomia didattica degli atenei.

Fermo restando che, formalmente, le definizioni del decreto ministeriale n. 270/2004 valgono esclusivamente ai fini di tale decreto, può comunque rilevarsi come dalle sue nozioni di "credito formativo universitario"⁽²⁹⁾, di "attività formativa"⁽³⁰⁾ e di "curriculum"⁽³¹⁾, nonché dalla individuazione delle varie "attività formative" ulteriori rispetto a quelle qualificanti⁽³²⁾, possa ragionevolmente dedursi che i "tirocini

⁽²⁸⁾ Con cui è stato modificato il già citato d.m. n. 509/1999.

⁽²⁹⁾ L'art. 1, comma 1, lett. *l*, definisce il "credito formativo universitario" come la misura del volume di lavoro di apprendimento, compreso lo studio individuale, richiesto ad uno studente in possesso di adeguata preparazione iniziale per l'acquisizione di conoscenze ed abilità nelle attività formative previste dagli ordinamenti didattici dei corsi di studio.

⁽³⁰⁾ L'art. 1, comma 1, lett. *o*, ricomprende nella definizione di "attività formativa" ogni attività organizzata o prevista dalle università al fine di assicurare la formazione culturale e professionale degli studenti, con riferimento, tra l'altro, anche ai tirocini.

⁽³¹⁾ L'art. 1, comma 1, lett. *p*, definisce il "curriculum" come «l'insieme delle attività formative universitarie ed extrauniversitarie specificate nel regolamento didattico del corso di studio al fine del conseguimento del relativo titolo».

⁽³²⁾ Secondo l'art. 10, comma 5, oltre alle attività formative qualificanti (art. 10, commi 1, 2 e 3), i corsi di studio debbono prevedere: «a) attività formative autonomamente scelte dallo studente purché coerenti con il progetto formativo; b) attività formative in uno o più ambiti disciplinari affini o integrativi a quelli di base e caratterizzanti, anche con riguardo alle culture di contesto ed alla formazione interdisciplinare; c) attività formative relative alla preparazione della prova finale per il conseguimento del titolo di studio e, con riferimento alla laurea, alla verifica della conoscenza di almeno una lingua straniera oltre l'italiano; d) attività formative, non previste dalle lettere precedenti [...] comunque utili per l'inserimento nel mondo del lavoro, nonché attività formative volte ad agevolare le scelte professionali, mediante la conoscenza diretta del settore lavorativo cui il titolo di studio può dare accesso, tra cui, in particolare, i tirocini formativi e di orientamento di cui al decreto 25 marzo 1998, n. 142, del Ministero del lavoro; e) nell'ipotesi di cui all'art. 3, comma 5, attività formative rela-

curricolari” siano quelli promossi dalle università a favore dei propri studenti nell’ambito dei corsi di studio e dai quali dipenda, in ogni caso, l’acquisizione di crediti formativi necessari per il conseguimento del titolo di studio: e ciò sia qualora il tirocinio sia assolutamente obbligatorio, sia ove costituisca solo una delle varie attività formative che lo studente può scegliere per conseguire i crediti formativi necessari. Ciò che sembra contare, dunque, è che il tirocinio sia riconosciuto dal regolamento didattico del corso di studio ai fini dell’acquisizione dei crediti formativi universitari (CFU) necessari per il conseguimento del titolo di studio.

Se così fosse, potrebbe non essere “curricolare” il tirocinio di formazione ed orientamento che uno studente che abbia già acquisito tutti i CFU attribuibili ai tirocini nel piano degli studi intenda nondimeno effettuare per arricchire il proprio bagaglio sollecitandone la promozione alla propria struttura educativa.

Quanto poi al tirocinio effettuato per preparare la tesi di laurea, al di là di quei corsi di studio in cui è lo stesso tirocinio a formare oggetto della discussione della prova finale (come nel caso della laurea in Scienze della formazione primaria), esso sarà considerabile “curricolare” a condizione che il regolamento didattico lo contempli tra le attività formative relative alla preparazione della prova finale per il conseguimento del titolo di studio (articolo 10, comma 5, lettera c, del decreto ministeriale n. 270/2004).

6.1.2.1. Sull’ammissibilità di tirocini scolastici ed universitari “non curricolari” per studenti che non abbiano concluso ancora gli studi.

Stando ad un’interpretazione strettamente letterale dell’articolo 11, i tirocini scolastici ed universitari “non curricolari” – che erano perfetta-

tive agli *stages* ed ai tirocini formativi presso imprese, amministrazioni pubbliche, enti pubblici o privati ivi compresi quelli del terzo settore, ordini e collegi professionali, sulla base di apposite convenzioni».

In base all’art. 3, comma 4, il corso di laurea ha l’obiettivo di assicurare allo studente un’adeguata padronanza di metodi e contenuti scientifici generali, anche nel caso in cui sia orientato all’acquisizione di specifiche conoscenze professionali, la quale – secondo il comma 5 – è preordinata all’inserimento del laureato nel mondo del lavoro ed all’esercizio delle correlate attività professionali regolamentate, nell’osservanza delle disposizioni di legge e dell’Unione europea e di quelle di cui all’art. 11, comma 4 (consultazione delle parti sociali).

mente ammissibili in base alla disciplina statale del 1997/1998 – sembrerebbero ora preclusi a tutti gli studenti che non avessero concluso il ciclo di studi, dal momento che la nuova norma prevede espressamente che i tirocini “non curriculari” possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati. Una conclusione contraria alla *ratio* dell’istituto dei tirocini.

Per evitare un simile paradosso, non restano che due strade: o si ricomprendono tra quelli “curriculari” tutti i tirocini promossi dalle istituzioni scolastiche ed universitarie per i propri studenti che non abbiano ancora conseguito il titolo di studio, al di là del fatto che diano o meno diritto al riconoscimento di CFU ⁽³³⁾ – si tratta però di un’ipotesi che, come poc’anzi rilevato, potrebbe non trovare compiuto sostegno nelle sparse norme dell’ordinamento (almeno quello universitario); oppure occorre interpretare l’articolo 11 in un senso diverso da quello che appare dalla sua lettera, sempre che una simile interpretazione sia fondata sui criteri ermeneutici del nostro ordinamento.

Ad ogni buon conto e nella perdurante incertezza di che cosa siano esattamente i tirocini “curriculari”, la loro durata massima resta disciplinata dalle precedenti disposizioni legislative e regolamentari statali e regionali (giacché, là dove esistenti, anche queste fanno riferimento a tirocini promossi da scuole ed università): ciò comporta che i tirocini “curriculari” degli studenti universitari – per tali intendendosi tutti coloro che frequentano corsi di laurea o di laurea magistrale, dottorati di ricerca, master universitari, scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione ⁽³⁴⁾ – avranno una durata massima di dodici mesi, come stabilito dall’articolo 7, comma 1, lettera *d*, del decreto ministeriale n. 142/1998 ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ È quanto afferma la circ. Min. lav. 12 settembre 2011, n. 24, là dove precisa che, anche dopo l’art. 11 del d.l. n. 138/2011, i tirocini formativi e di orientamento non sono preclusi agli studenti (che non abbiano concluso il percorso di studi) purché siano promossi da scuole ed università e si svolgano «all’interno del periodo di frequenza del relativo corso di studi o del corso di formazione anche se [...] non direttamente in funzione del riconoscimento di crediti formativi».

⁽³⁴⁾ Nonché degli studenti che frequentano scuole o corsi di perfezionamento e specializzazione post-secondari anche non universitari: si veda art. 7, comma 1, lett. *d*, del d.m. n. 142/1998.

⁽³⁵⁾ Del resto, la disciplina dei tirocini “curriculari” riconducibili nella nozione unitaria di “tirocini di formazione e di orientamento” non può essere sganciata dai requisiti di validità dell’esperienza tra cui rientrano anche i limiti temporali. Quanto ai tirocini “curriculari” degli studenti delle scuole secondarie, per essi dovrebbe valere la durata massima di 4 mesi (*ex* art. 7, comma 1, lett. *a*, del d.m. n. 142/1998), almeno se si interpreta la previsione di cui all’art. 9, comma 3, del d.m. n. 142/1998 (che tiene ferma

6.2. I tirocini “non curriculari” contemplati dal secondo periodo del comma 1 dell’articolo 11.

Al di là della questione relativa alla esatta nozione di “tirocinio curriculare”, se ne pone poi un’altra ben più insidiosa. Che cosa intende l’articolo 11 quando parla di «tirocini formativi e di orientamento non curriculari»?

La domanda è tutt’altro che oziosa giacché, se parlando di “tirocini curriculari” si può almeno essere certi di riferirsi a quelli promossi da strutture di istruzione e formazione, con l’espressione «tirocini formativi e di orientamento non curriculari» non necessariamente si intendono solo quelli promossi da strutture di istruzione e formazione al di fuori dei relativi ordinamenti didattici, bensì anche quelli promossi da altri soggetti titolari della capacità promozionale ⁽³⁶⁾.

6.2.1. Una necessaria riflessione sulla nozione di “tirocinio formativo e di orientamento”.

Evidentemente, tutto sta ad identificare l’esatta nozione di “tirocini formativi e di orientamento”, vale a dire se con tale espressione ci si riferisce solo ai tirocini a favore dei giovani nei percorsi di alternanza scuola-lavoro o con finalità di un primo orientamento al lavoro (essenzialmente promossi da strutture di istruzione e formazione, nel qual caso i tirocini “non curriculari” sarebbero solo quelli pur sempre promossi da tali strutture), oppure se ci si riferisca anche a quelli promossi a favore di soggetti inoccupati e disoccupati da parte di altri soggetti promotori.

La prima prospettiva è quella avallata dalla circolare ministeriale del 12 settembre scorso e, per la verità, trova un certo riscontro anche nella

la possibilità per le istituzioni scolastiche di realizzare esperienze di *stage* e di tirocinio incluse nei piani di studio previste dal vigente regolamento) nel senso di una mera conferma della possibile promozione dei tirocini scolastici “curriculari”, senza che ciò tuttavia modifichi i requisiti, anche di durata massima, previsti dallo stesso d.m. n. 142/1998: su ciò si veda *amplius* P. PASCUCI, *op. cit.*, 138 ss.

⁽³⁶⁾ La mancanza di puntuali definizioni legali impedisce di assegnare rilevanza ad ulteriori terminologie, come quella di “tirocini extracurriculari”, talora rinvenibili in documenti eterogenei tra loro, come quelli di alcune università o le *faq* ministeriali.

Carta della qualità dei tirocini approvata dalla Giunta regionale della Toscana il 1° agosto 2011 ⁽³⁷⁾.

Il presupposto teorico su cui si fonda questa prospettiva sembrerebbe trovare un significativo appiglio nelle finalità esplicitate nell'articolo 18 della legge n. 196/1997. Poiché quest'ultimo fa espresso riferimento soltanto alla realizzazione di «momenti di alternanza tra studio e lavoro» ed all'agevolazione delle «scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro», «i tirocini formativi e di orientamento» prefigurati da tale norma sarebbero soltanto quelli destinati ai soggetti (essenzialmente giovani studenti) frequentanti corsi di studio o di formazione che, in quanto tali, non hanno familiarità con il mondo del lavoro, non riguardando quindi i soggetti – come i disoccupati o gli inoccupati – non coinvolti in processi di istruzione o formazione o che già abbiano conosciuto il mondo del lavoro ⁽³⁸⁾. In buona sostanza, quindi, il decreto ministeriale n. 142/1998 non avrebbe correttamente attuato l'articolo 18 della legge n. 196/1997 quando ha compreso i disoccupati e gli inoccupati tra i beneficiari dei tirocini formativi e di orientamento.

Va tuttavia considerato che, pur esplicitando soltanto le due finalità suindicate, lo stesso articolo 18 della legge n. 196/1997 (rubricato espressamente *Tirocini formativi e di orientamento*) comprende nella fattispecie di cui si occupa anche i tirocini a favore di soggetti in cerca di occupazione: non a caso individua(va), tra i soggetti promotori, le agenzie regionali per l'impiego e gli uffici periferici del Ministero del

⁽³⁷⁾ Tale Carta definisce il tirocinio come una misura di accompagnamento al lavoro finalizzata a creare un contatto diretto tra una persona in cerca di lavoro ed un'azienda allo scopo sia di permettere al tirocinante di acquisire un'esperienza per arricchire il proprio *curriculum* sia di favorire una possibile costituzione di un rapporto di lavoro con l'azienda ospitante. Il tirocinio formativo e di orientamento consiste in un periodo di formazione professionale o anche di mero orientamento al lavoro che permette ai giovani di prendere contatto diretto con il mondo produttivo. Da tale Carta sono esclusi gli *stage/tirocini* «curricolari» promossi da università, istituzioni scolastiche, centri di formazione professionale ed i periodi di pratica professionale, entrambi non soggetti alle comunicazioni obbligatorie in quanto esperienze previste all'interno di un percorso formale di istruzione o di formazione la cui finalità non è di favorire direttamente l'inserimento lavorativo. Sono, invece, inclusi i tirocini soggetti all'obbligo di comunicazione obbligatoria ai centri per l'impiego.

In ogni caso, la Carta toscana ribadisce che il tirocinio non può essere utilizzato per attività per le quali non sia necessario un periodo formativo, confermando in sostanza la natura unitaria dei tirocini, concepibili soltanto se intesi come strumento formativo.

⁽³⁸⁾ Per una considerazione sostanzialmente in questi termini del campo di applicazione dell'art. 18 della l. n. 196/1997 cfr. M. TIRABOSCHI, *Tutele essenziali nel passaggio verso il lavoro*, in *www.adapt.it*, 13 settembre 2011.

lavoro, vale a dire soggetti che, in quanto gestori all'epoca dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, non potevano non svolgere la funzione promozionale nei confronti di disoccupati ed inoccupati. Sotto questo profilo, dunque, l'esplicita ricomprensione di questi soggetti da parte del decreto ministeriale n. 142/1998 risulta del tutto corretta.

D'altra parte, che l'articolo 18 della legge n. 196/1997 non si occupi soltanto dei tirocini di studenti ed allievi dei sistemi formativi è ulteriormente comprovato dal fatto che la norma attribuisce la capacità promozionale dei tirocini formativi e di orientamento anche alle comunità terapeutiche, agli enti ausiliari ed alle cooperative sociali ⁽³⁹⁾, nonché ai servizi di inserimento lavorativo per disabili gestiti da enti pubblici delegati dalla regione: dunque a soggetti operanti non al fine di rilasciare titoli di studio, bensì per favorire l'inserimento o il reinserimento lavorativo di persone in situazioni di difficoltà. E, anche sotto questo versante, il decreto ministeriale n. 142/1998 ha correttamente ricompreso tra i beneficiari di detti tirocini persone sia svantaggiate sia disabili.

È allora alla luce di queste previsioni legislative e regolamentari, le quali depongono nel senso di una nozione assai ampia di "tirocini formativi e di orientamento", che vanno lette le finalità di tale istituto. Queste ultime vanno intese in senso ampio, sia per quanto concerne la realizzazione di «momenti di alternanza tra studio e lavoro» sia per quanto attiene all'agevolazione delle «scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro». La prima di tali finalità, senza dubbio attinente essenzialmente ai percorsi di istruzione e di formazione, comprende quindi tutte le svariate fattispecie di alternanza scuola-lavoro, mentre la seconda riguarda qualsiasi situazione in cui occorra prendere diretta conoscenza con un'esperienza lavorativa, senza che ciò peraltro sia limitato solo al primissimo impatto con il mondo del lavoro. Potrebbe mai sostenersi che, nel caso di un soggetto disoccupato che miri ad un'occupazione diversa da quella che aveva avuto in passato, non si ponga un problema di conoscenza del nuovo e diverso contesto lavorativo?

Se è comunque indubbio che meglio avrebbe fatto l'articolo 18 della legge n. 196/1997 ad esplicitare più chiaramente "tutte" le possibili finalità dei tirocini da esso contemplati, così giustificando maggiormente il suo richiamo ai promotori che operano nel mercato del lavoro, pare altrettanto indubbio che, per comprendere appieno l'essenza e la nozio-

⁽³⁹⁾ Iscritti negli specifici albi regionali, ove esistenti.

ne della fattispecie legale dei tirocini di cui si sta parlando, occorra prestare attenzione soprattutto ai due necessari attributi che li caratterizzano: il fatto, cioè, che essi siano tirocini «*formativi e di orientamento*». Ciò significa che formazione ed orientamento, ancorché in misure variabili, saranno sempre presenti in tali tirocini: un tirocinio essenzialmente formativo si presta anche ad orientare in un certo modo le scelte professionali di chi lo effettua, evidenziando o meno le sue attitudini per lo svolgimento dell'attività connessa al tirocinio; per altro verso, un tirocinio precipuamente di orientamento svolge comunque anche una funzione formativa visto che l'orientamento si realizza mediante un coinvolgimento, per quanto attenuato, nel processo produttivo.

Del resto, tutti i tirocini contemplati dalla normativa statale del 1997/1998 si svolgono nell'ambito di specifici progetti formativi e di orientamento, i quali, non a caso, debbono essere allegati alla convenzione istitutiva. Così come, a conferma della connotazione tipicamente formativa ed orientativa dell'esperienza per tutti i tirocini contemplati, è obbligatoriamente prevista la presenza di un tutore quale responsabile didattico-organizzativo dell'esperienza per conto del soggetto promotore e di un responsabile aziendale per conto del soggetto ospitante.

D'altronde, queste più che significative prescrizioni sono state confermate da quelle leggi regionali che in questi anni hanno disciplinato l'istituto in maniera più dettagliata ribadendone non a caso anche il *nomen*.

La connotazione formativa ed orientativa dei tirocini risulta decisiva per comprendere l'essenza dell'istituto e per distinguere la sua *intima natura* dai *vari scopi* per i quali esso può essere utilizzato. *Formazione ed orientamento* costituiscono l'imprescindibile patrimonio genetico del tirocinio: sono, per così dire, il suo DNA, in mancanza del quale l'istituto inevitabilmente si snatura. Il che è come dire che le *varie finalità ultime* per le quali si attivano i tirocini – acquisire crediti formativi nei percorsi di istruzione per conseguire un titolo di studio, verificare sul campo le proprie conoscenze teoriche e le proprie attitudini, favorire l'inserimento o il reinserimento nel mondo del lavoro ecc. –, lungi dall'oscurare la connotazione formativa ed orientativa del tirocinio, inducono a considerare più opportunamente la formazione e l'orientamento come *finalità* che possono assumere un *carattere strumentale* rispetto a vari scopi meritevoli di particolare tutela nell'ordinamento.

In termini più espliciti, un tirocinio che fosse finalizzato in ultima istanza ad uno specifico inserimento o reinserimento lavorativo, ma che non presentasse la necessaria caratterizzazione formativa ed orientativa

semplicemente non sarebbe un tirocinio ai sensi dell'articolo 18 della legge n. 196/1997. Si tratterebbe di tutt'altro.

6.2.2. I tirocini di reinserimento e di inserimento lavorativo.

A questo punto appare più che legittimo chiedersi se l'articolo 11, evocando i tirocini formativi e di orientamento "non curriculari", si riferisca anche a quelli promossi a favore di disoccupati ed inoccupati da soggetti diversi da quelli preposti alla istruzione o alla formazione (come, ad esempio, i centri per l'impiego).

Onde evitare che la norma potesse prestarsi a simili interpretazioni (legittimate dal dato letterale), la circolare ha tentato di sganciare sia dalla stessa norma sia dalla categoria concettuale dei tirocini formativi e di orientamento una autonoma tipologia di tirocini: quelli appunto di reinserimento o inserimento lavorativo.

Per quanto comprensibile, tale operazione tuttavia non convince, giacché, fondandosi su di una distinzione artificiosa tra "tirocini formativi di orientamento" e "tirocini di reinserimento/inserimento al lavoro" di cui non v'è traccia nella legge, assegna alla prima espressione una valenza riduttiva che non appare giustificata, per lo meno fino a che il legislatore non si deciderà a chiarire inequivocabilmente la questione.

Né a sostegno della tesi di una presunta autonomia giuridico-concettuale della categoria dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo può addursi la risposta che il Ministero del lavoro ha recentemente fornito in relazione ad un interpello proposto dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei consulenti del lavoro (21 settembre 2011, n. 36). In tale occasione, il Ministero ha rilevato come la capacità promozionale dei tirocini formativi e di orientamento che siano finalizzati in ultima istanza all'inserimento lavorativo spetti non solo a quelli già indicati dal decreto ministeriale n. 142/1998, ma anche ai soggetti che svolgono attività di "intermediazione" ai sensi dell'articolo 2, lettera *b*, del decreto legislativo n. 276/2003. Attività, quest'ultima, consistente nella «mediazione tra domanda e offerta di lavoro, anche in relazione all'inserimento lavorativo dei disabili e dei gruppi di lavoratori svantaggiati, comprensiva tra l'altro [...] dell'orientamento professionale» e «della progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo»⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. M.L. VALLAURI, *Art. 2. Le definizioni del D.Lgs. n. 276/2003*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Titoli I e*

Non v'è dubbio che da quest'ultima previsione contenuta nella disciplina del mercato del lavoro del 2003 possa derivare un ampliamento della platea dei soggetti promotori dei tirocini⁽⁴¹⁾, anche se, escluso ogni automatismo, qui la patente di promotore dovrebbe presumibilmente scaturire dall'accreditamento da parte della regione. Tuttavia, l'eventuale ampliamento della gamma dei promotori non comporta né la creazione di una nuova categoria di tirocini né alcuna ulteriore modificazione dello "statuto" dei tirocini formativi e di orientamento, i quali continuano ad essere definiti e regolati dalle specifiche normative statali e regionali e, quand'anche siano finalizzati al reinserimento o all'inserimento lavorativo, richiedono l'applicazione di tutte le prescrizioni valide per tutti i tirocini formativi e di orientamento. Non a caso, del resto, il decreto legislativo n. 276/2003 nulla prevede di diverso al riguardo.

In altri termini, a prescindere dai vari scopi, non esiste un "tipo" legale – vale a dire una "fattispecie tipica" prevista e disciplinata dal legislatore – di tirocinio formativo e di orientamento diverso da quello introdotto dal legislatore nel 1997/1998 e successivamente valorizzato dalle leggi regionali. Per intendersi, anche i tirocini che l'articolo 11, comma 2, della legge 12 marzo 1999, n. 68 richiama a favore dei disabili⁽⁴²⁾ vanno comunque ricondotti entro il "tipo" di cui all'articolo 18 della legge n. 196/1997⁽⁴³⁾.

Può quindi certamente sostenersi che, alla luce del decreto legislativo n. 276/2003, tirocini finalizzati in ultima istanza all'occupazione possano essere promossi dai soggetti legittimati da tale decreto a svolgere attività di intermediazione (purché accreditati dalle regioni), e ciò sia che si tratti di disoccupati, inoccupati, disabili o svantaggiati. Ma non può sostenersi che in queste ipotesi ci si trovi dinnanzi a tirocini diversi da quelli formativi e di orientamento. Non erano forse quei tirocini già contemplati dal decreto ministeriale n. 142/1998, riguardassero essi disoccupati o inoccupati, disabili o svantaggiati?

II – Artt. 1-19, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 75 ss.

⁽⁴¹⁾ Si veda in tal senso già P. PASCUCCI, *op. cit.*, 187 ss.

⁽⁴²⁾ Su cui cfr. P. BOZZAO, *Il collocamento mirato e le relative convenzioni* (artt. 2; 4, 6° comma; 9, 4° e 7° comma; 11, 1°, 2°, 3°, 4° e 7° comma), in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 191 ss.

⁽⁴³⁾ Ritiene invece ammissibile la distinzione tra tirocini formativi e di orientamento e tirocini di reinserimento ed inserimento E. DE FUSCO, *Tirocini formativi: tra i soggetti promotori anche gli intermediari*, in *GLav*, 2011, n. 38, 18.

L'inesistenza di un'autonoma categoria giuridico-concettuale dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo è per altro verso suffragata anche da un argomento sistematico ricavabile dallo stesso articolo 11 del decreto legge n. 138/2011. Infatti, quando richiama i «tirocini formativi e di orientamento», il primo periodo del primo comma di tale norma non si riferisce certamente soltanto ai tirocini promossi da istituzioni scolastiche ed universitarie giacché, evocando ai fini della capacità promozionale dei tirocini le normative regionali (o, in loro mancanza, l'articolo 18 della legge n. 196/1997), non può non riferirsi a tutti i tirocini oggetto di tali normative regionali o della normativa statale del 1997/1998.

6.2.3. Una pressoché impossibile interpretazione dell'articolo 11.

Accantonata l'ipotesi di una presunta autonomia giuridico-concettuale dei tirocini di reinserimento/inserimento lavorativo, ci si potrebbe chiedere se, per tentare di sostenere che i tirocini "non curricolari" richiamati dall'articolo 11 non riguardino quelli promossi a favore di disoccupati ed inoccupati da soggetti diversi da quelli preposti alla istruzione o alla formazione, si possa provare ad interpretare la norma alla luce della connessione che in essa sembrerebbe affiorare tra i tirocini formativi e di orientamento "non curricolari", il fresco possesso del diploma o della laurea ed il periodo di tempo trascorso dal conseguimento di tali titoli.

Detto altrimenti, si potrebbe ipotizzare che, nonostante un dato letterale assai incerto e senza stravolgere la categoria concettuale dei tirocini formativi e di orientamento, il legislatore abbia inteso riferirsi non già all'intera categoria di questi ultimi là dove non abbiano carattere curricolare (categoria potenzialmente assai ampia), bensì solo a quella più limitata dei tirocini "non curricolari" destinati esclusivamente a soggetti in uscita dai percorsi di istruzione e formazione e quindi promossi da scuole, università e centri di formazione?

A ben guardare, per rivelarsi plausibile, una simile proposta interpretativa dovrebbe misurarsi con il complessivo tenore della norma in esame, la quale, però, nella stessa proposizione, richiama – ai fini della esclusione del limite di durata massima – i tirocini per i soggetti disabili e svantaggiati. Tale richiamo costituisce un ostacolo pressoché insormontabile, giacché, evocando tirocini non necessariamente relativi a soggetti neo-diplomati e neo-laureati, estende il raggio di azione della

norma ben oltre i confini dei tirocini promossi a favore di tali ultimi soggetti. A meno di non pensare – ma si tratterebbe di una interpretazione davvero astrusa – che il legislatore abbia inteso limitare a sei mesi la durata massima dei tirocini a favore dei neo-diplomati e dei neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del titolo di studio, salvo nei casi in cui tali neo-diplomati e neo-laureati siano disabili o svantaggiati!

6.2.4. Le conseguenze dell'interpretazione letterale del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11.

Le perplessità sulla portata potenzialmente destrutturante della norma restano quindi consistenti, dovendosi altresì porre il quesito circa la compatibilità della stessa con le specifiche disposizioni regionali.

E il vero problema, come è chiaro, non riguarda tanto la durata massima dei tirocini destinati agli inoccupati e ai disoccupati, che già alla luce del decreto ministeriale n. 142/1998 era di sei mesi, bensì la possibilità di promuovere tirocini per tali soggetti da parte dei promotori diversi da quelli che operano nei sistemi dell'istruzione e della formazione (come, ad esempio, i centri per l'impiego).

Ma non basta ancora. Perché se si sposa l'interpretazione strettamente letterale secondo cui la norma si rivolge a tutti i tirocini “non curricolari”, compresi quelli per inoccupati e disoccupati, per questi ultimi soggetti i centri per l'impiego e gli altri enti promotori *ex* decreto legislativo n. 276/2003 potrebbero promuovere tirocini (non più lunghi di sei mesi) soltanto ove essi avessero da poco conseguito un diploma o una laurea e, peraltro, non oltre i dodici mesi dal conseguimento del titolo.

A questo punto, però, emergerebbe un ulteriore e ben più grave problema, perché in sostanza si riserverebbe l'agevolazione all'inserimento o al reinserimento nel mondo del lavoro – di cui quei tirocini sarebbero strumento – soltanto ai soggetti forniti di un fresco titolo di studio superiore escludendo irragionevolmente tutti coloro che non lo possiedono o che, pur possedendolo, lo abbiano conseguito da più lungo tempo. Un'esclusione che presenterebbe evidenti profili di illegittimità costituzionale per violazione degli articoli 3, 4 e 35 della Costituzione, forse ancor più nitidi di quelli relativi alla violazione dell'articolo 117 della Costituzione che qualche regione potrebbe essere tentata di eccepire lamentando la lesione delle proprie competenze legislative.

Ulteriori profili di illegittimità potrebbero poi emergere considerando l'esclusione dei soggetti che abbiano conseguito, tanto per citare altre ipotesi di studi superiori, un master universitario o un dottorato di ricerca.

6.2.5. Un'ipotesi di interpretazione sistematica del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11.

Come è noto, il giurista deve avere un approccio conservativo nei confronti delle norme di legge: quand'anche riscontri in una norma contraddizioni ed infondatezza, prima di invocarne la soppressione o la modificazione deve sforzarsi il più possibile di individuarne una razionalità. Un simile sforzo deve essere peraltro compiuto nel rispetto del fondamentale canone ermeneutico dettato dall'articolo 12 delle preleggi, in base al quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Se, sul piano strettamente letterale, la norma non sembra lasciare molti margini di interpretazione, potrebbe forse valere la pena tentare di proporre un'interpretazione sistematica per verificare se, inserendola nel complessivo sistema regolativo dei tirocini, essa possa assumere un senso plausibile che, pur rispettando le presumibili intenzioni innovative del legislatore, tuttavia non destrutturati il sistema.

Con un occhio al dato letterale e l'altro a quello sistematico, sembrerebbe possibile (il condizionale è d'obbligo) intravedere nel secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11 due frammenti:

- un primo frammento volto a dettare una regola generale sulla durata massima di tutti i tirocini formativi e di orientamento “non curricolari” (compresi, quindi, anche quelli per inoccupati e disoccupati), fatti salvi soltanto quelli destinati ai soggetti disabili e svantaggiati. Tale frammento della norma sarebbe agevolmente individuabile nella parte in cui essa dispone che «fatta eccezione per i disabili, gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti e i condannati ammessi a misure alternative di detenzione, i tirocini formativi e di orientamento non curricolari non possono avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese»;
- un secondo frammento della norma finalizzato, invece, a disciplinare soltanto la possibilità di promuovere – da parte delle scuole, delle u-

niversità (e dei centri di formazione?)⁽⁴⁴⁾ – i tirocini formativi e di orientamento “non curriculari” destinati ai neo-diplomati ed ai neo-laureati. Tale frammento della norma andrebbe individuato nella sua parte finale là dove prevede che «i tirocini formativi e di orientamento non curriculari [...] possono essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio».

È evidente che, mentre l’interpretazione connessa al primo frammento appare lineare, quella relativa al presunto secondo frammento incontra invece un ostacolo nell’attuale collocazione dell’avverbio “unicamente” che attribuisce alla frase un diverso significato: infatti la interpretazione proposta potrebbe avere un senso solo se l’avverbio “unicamente” fosse collocato dopo la parola “neo-laureati”, ma così non è. Per altro verso, nel limitare la promozione dei tirocini dei neo-diplomati e dei neo-laureati all’anno successivo al conseguimento del titolo, la norma non individua esplicitamente i promotori di tali tirocini, restando quindi incerto che si tratti soltanto delle scuole, delle università (e dei centri di formazione) e non anche degli altri soggetti promotori come i centri per l’impiego ecc.

A tali serie critiche si potrebbe tuttavia tentare di replicare più o meno in questi termini.

Come si è visto, l’interpretazione letterale che faccia leva sull’infelice collocazione dell’avverbio “unicamente” conduce a conseguenze aberranti, la più grave delle quali consiste in un’ingiustificata disparità di trattamento a seconda che si abbia o meno un fresco titolo di studio superiore. Attenzione, però, non tutti i titoli di studio, ma solo un diploma o una laurea, cosicché non vi sarebbero tirocini per chi avesse ad esempio conseguito un master universitario o un dottorato di ricerca!

Più in generale, verrebbe meno la possibilità di promuovere tirocini per una platea quanto mai ampia di soggetti, con ripercussioni devastanti in particolare nel campo delle politiche attive del lavoro: sotto questo profilo, pur partendo da un presupposto concettualmente non condivisibile, la circolare ministeriale coglie giustamente il vero problema.

Ma, se così fosse, che senso avrebbe la stessa rubrica della norma? Infatti, di quali “livelli di tutela essenziali” parleremmo nel momento in cui, a causa di un avverbio mal posto, venissero meno migliaia di tirocini? Non è certo mediante una drastica ed irrazionale falciatura dei tiro-

⁽⁴⁴⁾ È infatti assai dubbio che per “neo-diplomati” possano intendersi anche coloro che abbiano conseguito una qualifica professionale al termine di un corso di formazione.

cini che se ne garantirebbe una migliore tutela in termini di genuinità e qualità, dovendosi a tal fine intervenire in ben altre direzioni.

Certo è possibile che, una volta ridotti drasticamente i tirocini e grazie anche all'avvento della nuova disciplina dell'apprendistato (decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167), si porti finalmente alla luce del sole molto del lavoro sommerso che essi hanno talora celato, ma non sembra comunque ragionevole mutilare gravemente e senza criterio un istituto che possiede grandi potenzialità che meritano di esprimersi.

Insomma, la collocazione di quell'avverbio a quel punto della frase non può non essere che il classico *lapsus calami* o, in altri termini, un "refuso": un refuso capace di stravolgere l'intera disciplina dei tirocini e che meriterebbe quindi di essere fortemente ridimensionato.

Quanto poi al silenzio della norma sui soggetti promotori dei tirocini per i neo-diplomati e neo-laureati, sembra in realtà trattarsi di un falso silenzio. Per rendersene conto è sufficiente considerare che in tutte le discipline dei tirocini finora emanate – sia quelle statali sia quelle regionali – è stata prevista la possibilità di promuovere tirocini per gli studenti che abbiano concluso il ciclo degli studi entro un certo numero di mesi dal conseguimento del titolo. Orbene, nella disciplina vigente è assolutamente scontato che questi "tirocini post-titolo" sono promossi solo dalle istituzioni che quel titolo hanno rilasciato (scuole ecc.) a favore dei propri ex studenti⁽⁴⁵⁾.

Pare quindi evidente che il frammento di articolo 11 in cui il legislatore riduce a dodici mesi il periodo entro il quale possono essere promossi tirocini di neo-diplomati e neo-laureati non riguarda qualsiasi tirocinio "non curricolare", bensì soltanto quelli "post-titolo" promuovibili per i propri ex studenti da scuole, università (e centri di formazione): gli unici, appunto, in cui il possesso di un titolo di studio possa avere una qualche rilevanza.

Di qui la proposta di una lettura del secondo frammento del secondo periodo del comma 1 dell'articolo 11 non già nel senso che «possono essere promossi tirocini non curricolari *unicamente* a favore di neo-diplomati e neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del titolo di studio», bensì nel senso che «ove i tirocini non curricolari siano destinati a neo-diplomati o neo-laureati possono essere promossi».

⁽⁴⁵⁾ Ferma restando ovviamente la possibilità che gli stessi soggetti titolati effettuino altri tirocini, promossi ad esempio dai centri per l'impiego non già in qualità di ex studenti, ma di inoccupati o disoccupati. Ma è chiaro che si tratta di situazioni diverse tra loro.

si da scuole, università (e centri di formazione) *unicamente* entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del titolo di studio».

Accedendo a questa interpretazione conseguirebbe che, lasciando intatti i precedenti limiti di durata per i tirocini “curricolari” (dodici mesi per gli universitari e quattro mesi per gli studenti di scuole secondarie), per i tirocini dei disabili (ventiquattro mesi) e per i tirocini degli svantaggiati – anche se non tutti – (dodici mesi), l’articolo 11 ricondurrebbe entro la durata massima di sei mesi (già prevista in precedenza per varie categorie di tirocini, tra cui quelli per inoccupati e disoccupati) tutti gli altri tirocini formativi e di orientamento “non curricolari” promossi a favore di studenti frequentanti corsi di studio, neo-diplomati e neo-laureati, o altri soggetti beneficiari dei tirocini, senza peraltro limitare altrimenti la promozione dei tirocini medesimi, fatta salva, nel caso dei tirocini per neo-diplomati e neo-laureati promossi da scuole ed università, la riduzione del periodo entro cui è lecita la promozione da diciotto a dodici mesi dal conseguimento del titolo di studio ⁽⁴⁶⁾.

Non era forse questa la vera intenzione del legislatore?

Vero è che anche così qualche discrepanza resterebbe. Ad esempio, nel caso degli altri tirocini “non curricolari” promossi dalle università a favore di chi abbia conseguito il dottorato di ricerca, una specializzazione o un master universitario, la durata del tirocinio si ridurrebbe a sei mesi; mentre il periodo entro il quale lo si potrebbe promuovere resterebbe di diciotto mesi dal conseguimento del titolo, essendo arduo ritenere che nella nozione di “neo-diplomato” di cui all’articolo 11 rientrino anche i soggetti che abbiano conseguito questi titoli.

Del resto non è chiaro se la stessa nozione di “neo-diplomato” sia applicabile anche a chi abbia conseguito una qualifica professionale al termine di un corso di formazione professionale, per il quale, se così non fosse, stando al decreto ministeriale n. 142/1998 (articolo 7, comma 1, lettera c), sarebbe promuovibile un tirocinio entro diciotto mesi dal termine degli studi.

⁽⁴⁶⁾ Resta ovviamente fermo che le istituzioni scolastiche ed universitarie (nonché i centri di formazione) legittimate a promuovere i tirocini post-titolo sono soltanto quelle che possono promuovere tirocini formativi e di orientamento secondo la disciplina vigente in quanto rientranti tra i soggetti promotori riconosciuti come tali dalle discipline regionali o dal d.m. n. 142/1998.

7. Oltre l'articolo 11.

Certo è che, al di là della permanenza delle discrepanze appena menzionate, l'ipotesi interpretativa ora avanzata tenderebbe ad attribuire maggiore razionalità alla previsione normativa.

Ovviamente, come qualsiasi proposta interpretativa dottrinale, essa vale per quello che vale. Nessuno può nascondersi i rischi insiti in una simile rilettura sistematica dell'articolo 11, la quale impone di ridimensionare considerevolmente il tenore letterale della norma in omaggio alla sua correlazione sistemica con le altre disposizioni che disciplinano i tirocini.

Un qualche conforto potrebbe forse trarsi dal fatto che spesso la giurisprudenza, onde applicare razionalmente una discutibile disposizione di legge, ne accredita una lettura diversa da quella che emerge testualmente. Sennonché, resterebbero pur sempre ampi margini di incertezza per vicende analoghe, non esistendo nel nostro ordinamento il vincolo del precedente.

In ogni caso, anche ammesso, e non concesso, che si potessero così sistemare i problemi interpretativi posti dall'articolo 11, rimarrebbero poi sul tappeto tutte le altre questioni sui tirocini evocate all'inizio, non certo risolte dall'articolo 11, ma per certi versi semmai da questo amplificate.

Al di là dei suoi esiti, a me pare quindi che il dibattito sorto sull'articolo 11 possa e debba costituire l'occasione per avviare finalmente quel confronto costruttivo sui tirocini che tutti auspicano e che da troppo tempo si sta rinviando.

In tal senso si pone l'ordine del giorno 9/4612/105 approvato dalla Camera dei deputati il 14 settembre scorso che impegna il governo a promuovere un'intesa complessiva con le regioni in sede di Conferenza stato-regioni, in omaggio al principio di leale collaborazione, per individuare i livelli essenziali di tutela in materia dei tirocini formativi e di orientamento, secondo criteri che valorizzino il percorso formativo e di orientamento al lavoro del tirocinante, ed impediscano un uso distorto ed abusivo dello strumento dei tirocini. Tale ordine del giorno impegna inoltre il governo a promuovere, ferma restando la piena autonomia regionale in materia, la diffusione di buone pratiche adottate da alcune legislazioni regionali per l'adozione di tirocini.

Anche alla luce di quanto contenuto nel citato ordine del giorno, pare opportuno tentare in conclusione di individuare i punti salienti dell'agenda di un confronto franco e sereno tra stato, regioni e parti sociali che si auspica possa avviarsi quanto prima.

Tuttavia, un simile confronto potrebbe cominciare probabilmente con ben altra serenità se il governo facesse prima di tutto assoluta chiarezza sull'articolo 11, eliminandone gli elementi di destrutturazione del sistema. Un'assoluta chiarezza che solo la legge è in grado di fornire e che, a ben guardare, potrebbe farsi anche mediante una norma di decreto legge – ricorrendo senz'altro i presupposti di necessità ed urgenza richiesti dall'articolo 77 della Costituzione – finalizzata, se non ad eliminarla, almeno a modificare la norma in esame, o a fornirne un'interpretazione autentica, più o meno in un senso simile a quello poc' anzi proposto, superando anche le discrepanze a cui dà luogo.

8. L'agenda del confronto sui tirocini: i livelli essenziali di tutela.

È più che evidente come, in materia di tirocini formativi e di orientamento, l'individuazione dei livelli essenziali di tutela risulti quanto mai complessa a causa dell'intreccio di molteplici elementi che incidono, ad un tempo, sia sulla *genuinità* sia sulla *qualità* dei tirocini: questioni, queste ultime due, che, per il vero, rischiano di configurarsi come le due facce di una stessa medaglia dal momento che se un tirocinio non genuino è sicuramente un'esperienza priva di qualità, un tirocinio qualitativamente scarso rasenta spesso i confini della genuinità della esperienza.

La labilità e l'incertezza dei limiti tra ciò che attiene alla competenza esclusiva del legislatore statale e quanto spetta ai legislatori regionali induce quindi a considerare lungimirante l'ordine del giorno approvato dalla Camera dei deputati il 14 settembre scorso là dove indica la necessità di un'intesa interistituzionale tra stato e regioni.

Nel quadro di una simile intesa, ben potranno e dovranno poi svolgersi i ruoli dei diversi legislatori, potendosi in buona sostanza ritenere che se a quello statale compete soltanto la definizione delle *essenziali regole atte a distinguere* i tirocini formativi e di orientamento dai rapporti di lavoro, ed a quelli regionali la disciplina di tutto ciò che attiene ai *contenuti ed alle modalità della formazione* oggetto dei tirocini, ben potranno manifestarsi forme di *integrazione* tra le diverse fonti in relazione a quegli aspetti in cui il piano della genuinità si interseca con quello della qualità.

8.1. La definizione e le finalità.

Ad ogni buon conto, se per “livelli essenziali di tutela” si intendono i requisiti indefettibili per garantire la genuinità dei tirocini ⁽⁴⁷⁾ e la tutela dei tirocinanti in modo omogeneo in tutto il paese, in primo luogo occorre una chiara e precisa definizione di che cosa si intenda per tirocinio formativo e di orientamento, nonché delle finalità per le quali può essere effettuato.

8.2. La capacità promozionale.

Un altro aspetto da considerare nell’ambito dei livelli essenziali di tutela riguarda il riconoscimento della capacità promozionale, rispetto alla quale potrebbero considerarsi come livelli essenziali di tutela innanzitutto il fatto di operare istituzionalmente, mediante legittimazione *iure proprio* o previa autorizzazione/accreditamento, nell’ambito di aree operative predeterminate dalla legge statale ⁽⁴⁸⁾, fermo restando il requisito dell’assenza di scopo di lucro per l’attività promozionale; in secondo luogo, la sussistenza di un diretto interesse del promotore per il tirocinante, potendosi attivare tirocini solo a favore dei soggetti di cui il promotore si occupi istituzionalmente nell’esercizio della propria attività.

8.3. La convenzione.

Tra i livelli essenziali di tutela dovrebbe campeggiare la conferma e la valorizzazione della convenzione tra promotore ed ospitante a monte del tirocinio, quale strumento negoziale di “mediazione formativa”, che, per le peculiari finalità dei tirocini, nonostante la sua natura di negozio privatistico, tende a perseguire un interesse pubblico, rappresen-

⁽⁴⁷⁾ Sulla necessità di una disciplina statale dei tirocini in considerazione della loro differenza dai rapporti di lavoro cfr. P.A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *LPA*, 2002, suppl. fasc. 1, 121 ss.; si veda anche A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo sistema costituzionale*, in *RGL*, 2002, I, 281 ss.

⁽⁴⁸⁾ Istruzione scolastica ed universitaria, formazione ed orientamento professionale, servizi per l’impiego e politiche attive del lavoro, inserimento di soggetti svantaggiati, sostegno a soggetti disabili, intermediazione e supporto alla ricollocazione professionale (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003).

tando l'unico strumento in grado di scongiurare i rischi insiti in rapporti instaurati direttamente tra il soggetto da formare ed il datore di lavoro ospitante.

8.4. I diritti ed i doveri delle parti.

Con riferimento sia ai livelli essenziali di tutela sia ai profili dei rapporti intersoggettivi scaturenti dalla convenzione, anch'essi riconducibili alla competenza legislativa statale in quanto pertinenti all'ordinamento civile (articolo 117, comma 2, lettera *l*, Costituzione), occorre prevedere uno statuto generale di base dei diritti e dei doveri di tutte le parti, che quindi valga per i rapporti tra promotore ed ospitante, tra promotore e tirocinante (tuttora totalmente misconosciuto), nonché per quelli tra ospitante e tirocinante, qui dovendosi colmare le varie lacune di tutela che ancora oggi permangono nella legislazione (si pensi, in particolare, alle ipotesi di sospensione dell'esperienza).

8.5. La salute e la sicurezza dei tirocinanti.

Particolare attenzione merita il tema della salute e sicurezza del tirocinante che va trattato sia confermando gli obblighi assicurativi antinfortunistici (oltre a quelli per la responsabilità civile), sia integrando quanto già previsto dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (il cui articolo 2 equipara i tirocinanti ai lavoratori e grava il soggetto ospitante delle posizioni di garanzia in materia di prevenzione e protezione) con la previsione di un ruolo preparatorio (informazione di base ecc.) in capo al promotore, nonché con la previsione dell'obbligo dell'ospitante di trasmettere al promotore, all'atto della stipulazione della convenzione, una dichiarazione sull'effettuazione della valutazione dei rischi che tenga conto anche del tirocinio in oggetto (secondo i nuovi dettami dell'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2008), a pena di nullità della convenzione.

8.6. Il progetto formativo e di orientamento.

Di assoluta importanza è la conferma della necessità e la valorizzazione dell'importanza del progetto formativo e di orientamento, che oggi è troppo spesso poco più di un mero "pezzo di carta".

8.7. I limiti alla capacità di ospitare tirocini.

Per quanto riguarda i soggetti ospitanti, i livelli essenziali di tutela dovrebbero riguardare soprattutto i limiti alla capacità di ospitare, da individuare alla luce del consolidato principio del contingentamento quantitativo dei tirocinanti in relazione al numero dei lavoratori: peraltro, non si dovrebbe trascurare di tenere in debito conto quelle ipotesi in cui, per particolari attività, le aziende si avvalgano frequentemente di lavoratori a termine, così come si dovrebbe valutare eventualmente l'opportunità di prevedere, identificando casi e modi, la possibilità di effettuare tirocini presso imprenditori o professionisti privi di lavoratori.

Poiché i tirocini non costituiscono rapporti di lavoro, potrebbe essere invece discutibile prevedere limiti alla capacità di ospitare tirocinanti ricalcati sulla falsariga di quelle disposizioni dell'ordinamento lavoristico che precludono l'instaurazione di certi rapporti di lavoro ove siano state effettuate riduzioni di personale. Del pari, l'ontologica differenza tra tirocinio e rapporto di lavoro rende superfluo il divieto di ospitare tirocini per sostituire surrettiziamente lavoratori comunque assenti, per evitare di stipulare contratti a termine nei periodi di picco delle attività, o per ricoprire ruoli necessari all'organizzazione aziendale.

Assai opportuna e pertinente potrebbe invece essere la previsione del divieto di stipulazione di convenzioni con i datori di lavoro responsabili di gravi e reiterate violazioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.

8.8. I requisiti per i tirocinanti.

I livelli essenziali di tutela dovrebbero poi riguardare anche la capacità di svolgere i tirocini, fissando i requisiti dell'età minima (sedici anni), dell'assolvimento dell'obbligo scolastico e della cittadinanza di un paese appartenente all'Unione europea o di un paese diverso (in possesso degli specifici requisiti per i tirocini degli extracomunitari).

8.9. I limiti all'applicazione produttiva.

Un ulteriore aspetto legato ai livelli essenziali di tutela attiene ai limiti apponibili alle attività di tirocinio al fine di concretizzare il principio secondo cui il tirocinio consiste in un'attività formativa non finalizzata a fini produttivi, ma che si realizza comunque mediante una applicazio-

ne formativa sul lavoro. A tale proposito, innanzitutto occorre che il legislatore statale – giacché solo a lui può spettare tale compito – ribadisca che i tirocini formativi e di orientamento conformi alla disciplina statale e regionale non costituiscono rapporti di lavoro.

Occorre poi valutare l'opportunità di eventuali divieti o limiti da un lato, per i tirocini aventi ad oggetto attività elementari e/o ripetitive, senza tuttavia sottovalutare che i tirocini hanno anche la finalità di favorire la contestualizzazione "in situazione" del tirocinante e, purché di breve durata, potrebbero rivelarsi utili in tal senso anche se riguardanti attività di modesta entità; da un altro lato, per i tirocini destinati a soggetti che abbiano maturato esperienze lavorative nel campo oggetto del tirocinio.

8.10. La durata.

Sempre nell'ambito dei livelli essenziali di tutela si colloca la individuazione a livello generale di limiti minimi e massimi di durata di tutte le iniziative, con particolari previsioni per disabili e svantaggiati, dovendosi disporre inoltre in merito alla prorogabilità del tirocinio ed alla sua reiterabilità tra lo stesso tirocinante e lo stesso ospitante.

8.11. Il sussidio.

Occorre valutare se prevedere come eventuale o come obbligatoria la concessione da parte del soggetto ospitante di un sussidio al tirocinante, da inquadrare comunque solo in termini di rimborso spese o, al più, di borsa di studio e mai come retribuzione. Alle ragioni che si adducono a favore di un obbligo legale (scongiurare che il tirocinio divenga uno strumento solo per i più abbienti) possono contrapporsi quelle che evidenziano il rischio che un compenso obbligatorio costituisca un alibi per ridurre o annullare la portata formativa del tirocinio e possa essere interpretato come un indiretto riconoscimento delle sue finalità produttive.

8.12. La previdenza e gli *stages* all'estero.

Tra i livelli essenziali di tutela rientra anche la delicata questione del riscontro previdenziale dei periodi di tirocinio, così come quella del

pieno riconoscimento in tutto il territorio nazionale dei tirocini effettuati all'estero.

8.13. Le violazioni e le sanzioni.

Da ultima, come in ogni sistema regolativo che si rispetti, vi è la questione della previsione di un apparato sanzionatorio per presidiare efficacemente i vari principi. Tale questione non riguarda solo le conseguenze della simulazione del tirocinio, ma anche tutte le possibili violazioni dei vari precetti del sistema. Tra i livelli essenziali di tutela dovrebbero quindi campeggiare anche le conseguenze per le violazioni delle convenzioni e per le inosservanze dei vari obblighi in campo, che oggi possono al più rintracciarsi solo mediante interpretazioni di alcuni principi generali dell'ordinamento.

A proposito delle conseguenze della simulazione, la circolare del settembre scorso ha tra l'altro precisato che ove il personale ispettivo riscontri che un tirocinio attivato dopo l'entrata in vigore dell'articolo 11 non sia conforme a tale disposizione (ma interpretata secondo la circolare?) ed alla normativa regionale⁽⁴⁹⁾, o che un tirocinio attivato in precedenza non sia conforme alla disciplina applicabile (regionale e/o statale), dovrà «procedere a riqualificare il rapporto come di natura subordinata con relativa applicazione delle sanzioni amministrative applicabili in tale ipotesi»⁽⁵⁰⁾.

È ovvio peraltro che la "sanzione" della riqualificazione del tirocinio simulato nei termini del rapporto di lavoro dissimulato presuppone che si siano nei fatti concretizzati gli elementi tipici del lavoro subordinato, in mancanza dei quali l'esperienza, anche ove diverga per alcuni aspetti

⁽⁴⁹⁾ Che accadrebbe nel caso in cui la norma regionale prevedesse regole diverse da quelle dell'art. 11? È il caso, ad esempio, del regolamento di attuazione della l.r. 18 novembre 2009, n. 14 della Campania (d.P.g.r. 2 aprile 2010, n. 89), il quale prevede che le università possono promuovere tirocini anche nei 24 mesi successivi al conseguimento dei titoli accademici (art. 25), nonché una durata massima dei tirocini di 12 mesi (art. 26). Ove si ritenga che i precetti dell'art. 11 rivestano i caratteri di livelli essenziali di tutela se ne dovrebbe dedurre la disapplicazione delle differenti regole regionali, ma anche quest'ultimo aspetto conferma l'opportunità di un complessivo intervento di razionalizzazione e sistemazione dell'intera disciplina concertato tra tutti i soggetti competenti (stato e regioni, ma anche parti sociali).

⁽⁵⁰⁾ «Disponendo al recupero dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi così omessi. Inoltre gli ispettori adotteranno la diffida accertativa ex art. 12 del d.lgs. n. 124/2004 onde consentire al lavoratore di recuperare in ogni caso il credito retributivo maturato a fronte dell'utilizzo abusivo o fraudolento del tirocinio».

dalla disciplina tipica, potrebbe eventualmente essere ricondotta in altri schemi giuridici ⁽⁵¹⁾.

9. Gli ambiti di intervento delle regioni.

Senza alcuna pretesa di completezza, possono qui ricordarsi alcuni possibili ambiti di intervento spettanti alla legislazione regionale, soprattutto nell'ottica di qualificare le esperienze.

9.1. L'individuazione dei promotori.

L'individuazione in concreto dei soggetti promotori (compresi quelli che tali potrebbero essere grazie all'accreditamento) da parte delle leggi regionali dovrebbe tenere conto dell'esigenza che l'attività promozionale sia svolta in modo attivo-propositivo e non meramente burocratico, il che può realizzarsi ad esempio:

- analizzando i bisogni dell'aspirante tirocinante;
- favorendo l'incontro tra il tirocinante ed il soggetto ospitante;
- valutando l'idoneità formativa dell'azienda ospitante;
- partecipando attivamente alla predisposizione del progetto formativo;
- monitorando l'esperienza durante il suo svolgimento ed alla sua conclusione;
- investendo sulla formazione dei tutor dei promotori.

9.2. Il progetto formativo, la formazione ed il tutorato.

Spetta alle regioni disciplinare i contenuti dei progetti formativi e di orientamento, garantendo che, diversamente da quanto oggi spesso accade, essi vengano specificamente individualizzati in ragione delle esi-

⁽⁵¹⁾ È evidente come l'inosservanza delle varie regole poste a presidio della genuinità e qualità del tirocinio (convenzione, progetto formativo, tutorato ecc.) costituiscano un indizio significativo dell'esistenza di una simulazione. Nondimeno, sebbene non caldeggiati dal legislatore e pur presentando notevoli rischi per chi li metta in campo, i c.d. tirocini atipici sono almeno in astratto ammissibili purché meritevoli di tutela nell'ordinamento, come del resto ha sostenuto qualche anno fa anche lo stesso Ministero del lavoro rispondendo ad un interpellato dell'Università di Macerata (interpellato del 2 aprile 2010, n. 7). Sul punto si veda *amplius* P. PASCUCCI, *op. cit.*, 174 ss.

genze di ogni singolo tirocinio ancorché entro un contesto di principi generali finalizzati alla qualificazione dell'esperienza.

Altri evidenti ambiti di competenza regionale sono la disciplina delle modalità, dei contenuti e della qualità della formazione (la quale, non costituendo il tirocinio un rapporto di lavoro, non pertiene all'ordinamento civile come potrebbe accadere in un contratto di lavoro con finalità formative) e la disciplina del tutorato.

9.3. Gli ospitanti.

Provvedendo ad individuare concretamente i soggetti ospitanti nel rispetto dei citati limiti evidenziati dalla legge statale, le leggi regionali potrebbero/dovrebbero introdurre criteri di priorità nella scelta degli ospitanti connessi ad elementi di garanzia qualitativa (ad esempio, privilegiando quelle aziende che abbiano intrapreso percorsi formativi per apprendere a formare "in situazione", o che abbiano attuato percorsi formativi per i tutor aziendali). Inoltre, le leggi regionali dovrebbero prevedere meccanismi di incentivazione per le aziende in caso di tirocini a cui segua l'assunzione.

9.4. I tirocinanti.

Le leggi regionali potrebbero individuare criteri di priorità per attivare e sostenere le iniziative, che tengano conto anche delle condizioni di particolare debolezza o svantaggio di determinate categorie di soggetti con specifico riguardo al mercato del lavoro territoriale. Spetta alle leggi regionali prevedere sostegni economici ed agevolazioni per i tirocinanti.

9.5. La durata.

Nel rispetto dei tetti fissati a livello statale, le leggi regionali possono elaborare e definire criteri più puntuali relativi alla durata dei tirocini (da declinare poi in dettaglio nelle convenzioni) che garantiscano pari opportunità ai beneficiari appartenenti ad una stessa categoria e che permettano altresì di individuare l'opportunità e le modalità della ripetizione delle esperienze preferibilmente presso soggetti ospitanti diversi.

9.6. La valutazione e le sanzioni.

Nello stabilire i criteri per il riconoscimento delle esperienze in termini di crediti formativi, le leggi regionali dovrebbero prestare particolare attenzione alla qualità delle attività svolte, verificando se il tirocinio sia stato effettuato nel rispetto degli standard di qualità fissati dalle stesse regioni.

Poiché le eventuali violazioni della disciplina non si esauriscono nelle ipotesi in cui il tirocinio venga fraudolentemente utilizzato per mascherare un rapporto di lavoro (nel qual caso vige la competenza degli organi ispettivi ministeriali), le leggi regionali dovrebbero prevedere un apparato sanzionatorio che colpisca tutte le violazioni che minino i requisiti di qualità dei tirocini e che si avvalga di misure che incidano provvisoriamente (sospensione) o definitivamente (disconoscimento) sulla capacità promozionale e su quella di ospitare o sull'erogazione delle eventuali agevolazioni ed incentivi. A tal fine le regioni dovrebbero avvalersi di propri organismi di vigilanza che, peraltro, sarebbero pienamente legittimati in virtù del principio affermato dalla Corte costituzionale secondo il quale la competenza relativa alle funzioni amministrative di vigilanza "segue" quella delle materie alle quali esse si riferiscono⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ Si veda C. Cost. 11 ottobre 2005, n. 384, in *GU*, 19 ottobre 2005, là dove la Corte, dopo aver ricordato il principio più volte da essa stessa affermato secondo cui la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile (C. Cost. 16 febbraio 1993, n. 60, in *GU*, 24 febbraio 1993; 12 febbraio 1996, n. 28, in *GU*, 21 febbraio 1996; 19 dicembre 2003, n. 361, in *GU*, 24 dicembre 2003; 13 gennaio 2004, n. 12, in *GU*, 21 gennaio 2004), rileva come la regolamentazione delle sanzioni sia finalizzata al rispetto di una normativa dalla quale, ai fini del riparto di competenza legislativa, riceve la propria connotazione. Quanto alla vigilanza, essa «spesso è la fonte dell'individuazione di fattispecie sanzionabili o comunque di carenze che richiedono interventi anche non sanzionatori diretti comunque ad assicurare il rispetto di una determinata disciplina; anch'essa dunque è strumentale rispetto a quest'ultima. Ne discende che non è possibile determinare la competenza a regolare un'attività di vigilanza indipendentemente dalla individuazione della materia cui essa si riferisce». Per alcune interessanti indicazioni su questi aspetti, con particolare riferimento alla disciplina regionale dei tirocini, ringrazio il dott. S. Vergari, dirigente del Servizio lavoro della Provincia autonoma di Trento.

10. Conclusione.

I tumultuosi eventi finanziari e politici di questi ultimi giorni, che hanno portato alle dimissioni del governo presieduto dall'onorevole Silvio Berlusconi ed alla costituzione di un nuovo esecutivo presieduto dal senatore Mario Monti, non possono oscurare un ulteriore aspetto legato alla riconsiderazione della disciplina dei tirocini.

Come è noto, l'articolo 22, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), ha previsto sgravi contributivi per i contratti di apprendistato stipulati con datori di lavoro che occupano fino a nove addetti. È altrettanto noto che tale provvedimento costituisce l'attuazione dell'impegno – assunto dal governo nella famosa lettera di intenti inviata lo scorso 26 ottobre all'Unione europea per garantire la crescita del paese – ad approvare entro il 2011 interventi rivolti a favorire l'occupazione giovanile e femminile attraverso la promozione di contratti di apprendistato «contrastando le forme improprie di lavoro dei giovani».

Da queste ultime parole della celebre lettera si è indotti a ritenere che la completa attuazione di quell'impegno richieda ora un'attenta riflessione anche sul piano dei tirocini, in perfetta coerenza con quanto previsto nell'Intesa del 27 ottobre 2010 e nell'ordine del giorno della Camera del 14 settembre 2011.

È auspicabile che, nonostante le gravi emergenze con cui deve misurarsi, il nuovo governo riassuma gli impegni di quello che lo ha preceduto ed attivi finalmente il tavolo comune per dar vita ad una regolamentazione sistemica dei tirocini formativi e di orientamento realmente finalizzata ad una loro adeguata valorizzazione.

L'avveramento di questa ipotesi dipende essenzialmente da volontà ed equilibri politici, sui quali, ovviamente, il giurista del lavoro non può far altro che tacere.

La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento: ieri, oggi e... domani (ovvero prima e dopo l'articolo 11 del decreto legge n. 138/2011) – Riassunto. L'A., dopo aver descritto le caratteristiche salienti dei tirocini, compie una serie di osservazioni sull'esperienza realizzata in Italia in materia, sia da un punto di vista pratico, sia giuridico. Le prime descrivono la portata del fenomeno, in termini quantitativi e qualitativi; le altre, ripercorrono, mettendone in evidenza di volta in volta le criticità, la disciplina dei tirocini: dall'art. 18 della l. n. 196/1997 (e della sua attuazione mediante il d.m. n. 142/1998), alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 60 del d.lgs. n. 276/2003 (sui tirocini estivi), che ha indicato la competenza regionale in materia, fino ad arrivare al provvedimento contenuto nella manovra estiva bis (art. 11, d.l. n. 138/2011). Pur criticando la scelta del metodo, l'A. riconosce il pregio degli

obiettivi alla base di quest'ultimo intervento, ossia ribadire che la capacità promozionale dei tirocini spetti solo a chi possiede validi requisiti, e limitarne la durata massima, onde evitare un utilizzo fraudolento dello strumento. Del resto, tale finalità era stata già definita nell'accordo per il rilancio del contratto di apprendistato, intervenuto tra governo, regioni, province autonome e parti sociali. L'A. affronta poi criticamente tutti i nodi interpretativi sorti a seguito dell'approvazione della norma del decreto legge e della emanazione della circ. Min. lav. n. 24/2011, che ha tentato di chiarirne il contenuto. Si sofferma, in particolare, su un'interpretazione, letterale prima e sistematica poi, dell'art. 11, affrontando i temi della classificazione delle ipotetiche varie tipologie e delle conseguenze in ordine alla durata e ai requisiti soggettivi dei tirocinanti. Infine, dopo aver rilevato gli interventi che proficuamente potrebbero derivare sia dal legislatore sia dalle regioni, auspica, alla luce dell'impegno preso dall'Italia a livello europeo per favorire l'occupazione giovanile e femminile, che le misure contemplino anche una riflessione sui tirocini.

Regulating Internships: Present Issues and Future Developments (i.e. before and after the introduction of Art. 11 of Decree Law No. 138/2011) (Article in Italian)

– **Summary.** *The Author, after a description of the main features of internship schemes, provides an analysis of the Italian experience from a practical and a legal point of view. First, the paper presents a description of internship programmes in quantitative and qualitative terms, then it provides an overview of the relevant regulation in the field and an in-depth assessment of the limits of such legislation. The analysis starts with Art. 18 of Law No. 196/1997 (and its implementation by Ministerial Decree No. 142/1998), and goes on with the declaration of the unconstitutionality of Art. 60 of Legislative Decree No. 276/2003 (on summer internships), that laid down the competence of the regions on the matter, and concludes discussing the latest provisions introduced in Summer 2011 (Art. 11, Decree Law 138/2011). While criticizing the method adopted, the Author acknowledges the value of the underlying objectives of the latest measures, i.e. that internships should be provided only to the holders of specific requirements and their duration should be limited, in order to prevent fraudulent use of this tool. A similar aim had already been defined in the agreement for the promotion of the contract of apprenticeship, concluded between government, regions, autonomous provinces and the social partners. The Author then addresses all the critical issues of interpretation arising after the approval of the Decree Law and of the Circular of the Minister of Labour No. 24/2011, which attempted to clarify the content. He focuses in particular on the literal and systematic interpretation of Art. 11, dealing with the classification of hypothetical types and consequences in terms of duration of internship programmes and of interns' requirements. Finally, after having outlined possible changes that could be implemented by regions and by lawmakers, he concludes by expressing the hope that future measures will deal more specifically with the issue of internships, especially in light of the commitment taken on by Italy at the European level to promote youth and female employment.*

Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi

Pier Antonio Varesi

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L'importanza dell'apprendistato, quale canale del sistema educativo, nel contrasto alla disoccupazione giovanile: l'insegnamento dei Paesi con sistema formativo duale. – **3.** La formazione nel nuovo apprendistato. – **4.** Quanti tipi di apprendistato? – **5.** Le questioni aperte.

1. Premessa.

È diffusa la convinzione che il decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167 (Testo Unico dell'apprendistato), non si limiti a riunire ed armonizzare la disciplina della materia e ad abrogare tutte le norme pregresse ma introduca novità di tale rilievo da poter essere considerato come la terza riforma strutturale dell'istituto in poco più di dieci anni (dopo l'articolo 16 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e gli articoli 47-53 del decreto legislativo 10 settembre 2003) ⁽¹⁾. Il decreto innova significativamente anche la disciplina degli aspetti formativi dell'apprendistato con norme che, per un verso, incardinano ancor più esplicitamente l'istituto nell'ambito del sistema educativo italiano (riconfermando, quindi, le scelte della legge n. 53/2003, c.d. riforma Moratti) e che, per altro verso, manifestano, specie in riferimento all'apprendistato professionalizzante, la volontà di ancorare gli esiti della formazione ai reali fabbisogni di competenze espressi dal sistema produttivo.

Il presente contributo è volto ad esaminare i profili formativi del nuovo quadro normativo nel tentativo di verificarne il possibile impatto sul si-

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

⁽¹⁾ D. GAROFALO, *Il nuovo apprendistato nel Testo Unico (d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167)*, relazione al convegno *Il nuovo apprendistato*, Università Cattolica di Piacenza, 29 novembre 2011, in corso di pubblicazione. A commento del Testo Unico si veda M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011.

stema educativo e sul mercato del lavoro nonché valutarne l'idoneità a garantire l'effettività della formazione.

2. L'importanza dell'apprendistato, quale canale del sistema educativo, nel contrasto alla disoccupazione giovanile: l'insegnamento dei Paesi con sistema formativo duale.

L'aggravarsi nel nostro Paese del fenomeno della disoccupazione giovanile e l'alto numero di giovani NEET (sono oltre 2 milioni quelli tra i 15 ed i 34 anni che non risultano impegnati né in percorsi di istruzione, né di formazione, né di lavoro) ⁽²⁾ inducono ad una pur rapida valutazione dell'esito delle precedenti riforme nel contrasto alla disoccupazione giovanile.

Purtroppo sono evidenti gli insuccessi dei precedenti provvedimenti, sia sul versante occupazionale che su quello formativo. Limitandoci per ora al mero profilo quantitativo, a colpire non è tanto il recente calo del numero degli apprendisti (scesi da 645 mila nel 2008 a 591 mila nel 2009 ⁽³⁾ e diminuiti, ancora, a 530 mila a metà del 2010 ⁽⁴⁾, calo imputabile, in larga parte, alla crisi economica), quanto il fatto che nemmeno nei momenti di maggiore espansione dell'occupazione l'istituto è stato in grado di interessare un numero di giovani superiore a quello coinvolto in passato dal contratto di formazione e lavoro e dal precedente apprendistato ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ITALIA LAVORO, *Neet: i giovani che non studiano, non frequentano corsi di formazione e non lavorano*, Roma, 2011.

⁽³⁾ Cfr. ISFOL, *Monitoraggio sull'apprendistato. XI Rapporto*, Roma, 2010.

⁽⁴⁾ Cfr. INPS, ISTAT, *Primo rapporto sulla coesione sociale*, Roma, 2010.

⁽⁵⁾ Nel decennio 1998-2008 gli apprendisti sono passati da 340 mila a 640 mila, con un incremento di circa l'87%. Il dato va però valutato con prudenza. Si deve tenere conto, infatti, che nel frattempo è venuto meno il contratto di formazione e lavoro (che nel solo anno 1998 favorì l'ingresso nel mercato del lavoro di circa 250 mila giovani). Ne risulta che il volume medio annuo dei giovani sostenuti complessivamente dai contratti di lavoro con finalità formative è rimasto sostanzialmente inalterato nel decennio, assestandosi stabilmente nel tempo attorno alle seicentomila unità annue. Si noti, inoltre, che questo dato rivela semmai un lieve affievolimento del peso degli occupati con contratti che abbinano formazione e lavoro sul totale degli occupati alle dipendenze, scesi dal 4% circa al 3,65% in ragione del consistente aumento dell'occupazione dipendente intervenuto nel frattempo (da circa 14.500.000 a circa 17.500.000).

Molte e di diversa natura sono le ragioni che hanno determinato la scarsa diffusione dell'apprendistato:

- l'inestricabile intreccio di competenze delineato dal decreto legislativo n. 276/2003 ha prodotto un endemico conflitto istituzionale, sopito ma non superato dalle numerose modifiche introdotte dal legislatore statale ⁽⁶⁾ e dalle sentenze della Corte costituzionale ⁽⁷⁾. Si può pertanto sostenere che l'incertezza del diritto ha penalizzato l'istituto;
- le limitate risorse pubbliche a sostegno delle formazioni (circa 100 milioni di euro all'anno) hanno consentito di realizzare percorsi formativi solo per una quota ridotta di apprendisti (pari nel 2009 a circa il 26% dell'universo considerato; ne consegue che la maggior parte degli apprendisti ha potuto usufruire solo di addestramento sul lavoro), sminuendo il valore formativo dell'istituto ⁽⁸⁾;
- hanno certamente nuociuto anche le persistenti difficoltà di dialogo tra sistema formativo ed imprese; mondi spesso refrattari alle forme di collaborazione richieste dall'apprendistato. In particolare la formazione esterna all'azienda (quella offerta dal sistema formativo regionale) è stata sovente accusata dai datori di lavoro di non essere sufficientemente ancorata alla realtà produttiva e, per altro verso, il sistema formativo ha spesso accusato le aziende di puntare al mero addestramento ad uno specifico posto di lavoro.

⁽⁶⁾ A modifica ed integrazione degli artt. 47-53 del d.lgs. n. 276/2003 sono intervenuti l'art. 13, comma 13-bis, del d.l. n. 35/2005 convertito in l. n. 80/2005, l'art. 1, commi 30 e 33, della l. n. 247/2007 e l'art. 23 del d.l. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008.

⁽⁷⁾ Tra le principali pronunce delle Corti costituzionali si veda: C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50; C. Cost. 13 gennaio 2005, n. 51; C. Cost. 7 dicembre 2006, n. 406; C. Cost. 19 dicembre 2006, n. 425; C. Cost. 2 febbraio 2007, n. 21; C. Cost. 6 febbraio 2007, n. 24; C. Cost. 24 novembre 2010, n. 334; C. Cost. 15 maggio 2010, n. 176. Sul conflitto tra Stato e Regioni in materia di apprendistato si veda A. DI CASOLA, *Potestà legislative e concorrenza tra fonti nell'apprendistato professionalizzante: il caso (emblematico) della formazione "esclusivamente aziendale"*, in www.forumcostituzionale.it, e in *Le Regioni*, 2010; L. ZOPPOLI, *Stato, Regioni e parti sociali nella regolazione dell'apprendistato: recenti sviluppi (o viluppi?)*, in *DML*, 2006, 193 ss.; S. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *RIDL*, 2009, I, 379 ss. Più in generale sul difficile rapporto Stato-Regioni in materia di lavoro e sul ruolo esercitato dalla Corte costituzionale si veda B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Corte Costituzionale: la recente giurisprudenza tra continuità ed innovazione*, in *RIDL*, 2007, II, 569 ss., e A. GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale* (nota a Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 50), in *RGL*, 2005, 449.

⁽⁸⁾ Cfr. ISFOL, *op. cit.*

Va ricordato, infine, che due dei tre tipi di apprendistato disciplinati dal decreto legislativo n. 276/2003 non sono decollati: inapplicato, per mancanza delle necessarie intese tra Stato e Regioni, l'apprendistato per il diritto-dovere di istruzione e formazione; mentre l'apprendistato "alto" è stato penalizzato dalle comprensibili difficoltà di fronte ad uno strumento molto innovativo ma anche dalla refrattarietà delle istituzioni formative (istituzioni scolastiche ed università), tanto è vero che è stato circoscritto a timide sperimentazioni ⁽⁹⁾.

In sintesi, l'eredità lasciata, a livello nazionale, dalle precedenti riforme è quella di un contratto di lavoro scarsamente diffuso (anche a causa delle incertezze sul piano giuridico), in cui l'offerta pubblica di formazione ha raggiunto solo una quota minoritaria degli apprendisti e con formazione esterna all'azienda generalmente poco apprezzata dai datori di lavoro. Questo risultato è ancor più insoddisfacente se compariamo le nostre debolezze con la realtà di altri Paesi europei che, invece, hanno costruito sull'apprendistato le politiche di inserimento al lavoro dei giovani.

La tabella 1, riferita ai tassi di disoccupazione giovanile dei Paesi aderenti all'Unione europea, oltre a mostrare quanto sia elevato in Italia il tasso di disoccupazione giovanile (come è noto, molto più elevato della media UE e dei Paesi con cui tradizionalmente ci confrontiamo), ci offre due ulteriori indicazioni interessanti: poiché in Italia il tasso di disoccupazione generale non è particolarmente elevato (se comparato nel contesto europeo), si ha la dimostrazione che il nostro mercato del lavoro è profondamente squilibrato in quanto la disoccupazione è concentrata sui giovani; inoltre, emerge con evidenza che i Paesi che utilizzano il sistema formativo di tipo "duale" (come ad esempio Germania ed Austria) hanno bassi tassi di disoccupazione giovanile e che questi tassi sono inferiori ai tassi di disoccupazione generale. In altri termini, il sistema formativo duale, offrendo ai giovani l'opportunità di percorrere l'intero percorso di istruzione (dalla qualifica fino alla laurea)

⁽⁹⁾ Sul punto si veda S. D'AGOSTINO (a cura di), *La ricerca dell'integrazione fra università e imprese. L'esperienza sperimentale dell'apprendistato alto*, Isfol, I Libri del Fondo sociale europeo, 2009, n. 147, da cui si apprende che la sperimentazione nazionale sull'apprendistato alto (condivisa da Stato e Regioni) ha promosso nel periodo 2004-2008 (prevalentemente nel centro-nord del Paese) una cinquantina di Master universitari, 7 percorsi per l'acquisizione di certificazioni IFTS, 2 corsi di formazione post-diploma e 2 corsi di laurea. Nel complesso sono stati coinvolti circa mille apprendisti. Questo dato esprime tutte le difficoltà della sperimentazione e, se confrontato con le esperienze nello stesso campo dei Paesi vicini (la Francia nel solo anno 2010 ha programmato attività formative in apprendistato alto per circa 100 mila giovani), rivela il ritardo che l'Italia sta accumulando.

in alternanza tra studio e lavoro in apprendistato, è quello che meglio in Europa riesce a contrastare fenomeni di segregazione dei giovani rispetto all'occupazione ⁽¹⁰⁾.

Tabella 1 – Tassi di disoccupazione giovanile nell'UE (15-25 anni)

	Male		Female		< 25 years		25-74 years	
	2005	2010	2005	2010	2005	2010	2005	2010
EU-27	8.3	9.7	9.8	9.6	20.9	8.3		
Euro area	8.2	9.9	10.3	10.3	20.7	8.9		
Belgium	7.6	8.1	9.5	8.5	22.4	7.0		
Bulgaria	10.3	10.9	9.8	9.5	23.2	9.1		
Czech Republic	6.5	6.4	9.8	8.5	18.3	6.4		
Denmark	4.4	8.2	5.3	6.6	13.8	6.2		
Germany	11.4	7.5	10.9	6.6	9.9	6.7		
Estonia	8.8	19.5	7.1	14.3	32.9	15.0		
Ireland	4.6	16.9	4.1	9.7	27.8	11.9		
Greece	6.1	9.9	15.3	16.2	32.9	11.1		
Spain	7.1	19.7	12.2	20.5	41.6	18.0		
France	8.4	9.4	10.3	10.2	23.3	8.2		
Italy	6.2	7.6	10.1	9.7	27.8	7.0		
Cyprus	4.3	6.4	6.5	6.7	17.8	5.3		
Latvia	9.1	21.7	8.7	15.7	34.5	16.6		
Lithuania	8.2	21.2	8.3	14.5	35.1	16.1		
Luxembourg	3.6	4.0	6.0	5.3	16.1	3.8		
Hungary	7.0	11.6	7.4	10.7	26.6	10.0		
Malta	6.4	6.6	8.9	7.2	12.9	5.6		
Netherlands	4.9	4.4	5.8	4.5	8.7	3.7		
Austria	4.9	4.6	5.5	4.2	8.8	3.7		
Poland	16.6	9.3	19.2	10.0	23.7	8.1		
Portugal	6.8	10.0	8.8	12.1	22.4	10.0		
Romania	7.8	7.9	6.4	6.5	22.1	5.8		
Slovenia	6.1	7.5	7.1	7.1	14.7	6.5		
Slovakia	15.5	14.2	17.2	14.6	33.6	12.5		
Finland	8.2	9.1	8.6	7.6	21.4	6.6		
Sweden	7.7	8.5	7.6	8.2	25.2	5.9		
United Kingdom	5.2	8.6	4.3	6.8	19.6	5.8		
Croatia	11.6	11.0	13.9	12.8	30.7	9.4		
Turkey	9.1	10.4	9.3	11.4	19.7	8.8		
Norway	4.7	4.0	4.3	3.0	8.9	2.6		
United States	5.1	10.5	5.1	8.6	18.4	8.2		
Japan	4.6	5.4	4.2	4.6	9.3	4.7		

Fonte: Eurostat

⁽¹⁰⁾ A conferma degli effetti positivi sull'occupazione giovanile di tale sistema, si ricorda che l'unico territorio in Italia che applica (seppur parzialmente) un modello simile al sistema formativo duale (cioè la Provincia autonoma di Bolzano, in cui l'apprendistato può cominciare a 15 anni ed è accompagnato da corposi percorsi formativi esterni all'azienda di 360 ore annue), ha tassi di disoccupazione giovanile molto bassi, inferiori di alcuni punti percentuali anche a quelli della vicina Provincia autonoma di Trento, che pure ha un mercato del lavoro altrettanto ben strutturato ma non utilizza il modello duale.

Le migliori esperienze europee ci insegnano dunque che per contrastare la dicotomia del nostro mercato del lavoro, giovani *versus* meno giovani, è particolarmente efficace la valorizzazione dell'apprendistato, specie se quest'ultimo è concepito come un canale del sistema educativo.

3. La formazione nel nuovo apprendistato.

Quanto esposto giustifica ampiamente la volontà del legislatore di rivisitare la normativa in materia ⁽¹¹⁾. Il decreto legislativo in esame, che dà attuazione alla delega, è frutto di un processo di concertazione allargata che prende l'avvio con l'intesa Stato-Regioni-parti sociali del 27 ottobre 2010 ⁽¹²⁾ e giunge a compimento con l'intesa trilaterale del luglio 2011, ratificata in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Poiché la disciplina delle attività formative connesse ai tre tipi di apprendistato previsti dal decreto legislativo n. 276/2003, ed in specie quella riguardante l'apprendistato professionalizzante, è stata al centro del conflitto di competenze tra Stato e Regioni, non può meravigliare che mediante la citata intesa del luglio 2011 si sia ricercato, applicando il principio di leale collaborazione, un assetto di poteri condiviso proprio su questo punto. È dunque nelle disposizioni riguardanti la formazione che troviamo alcuni dei punti più significativi di cambiamento rispetto al passato.

⁽¹¹⁾ Si veda in proposito l'art. 1, comma 30, lett. c, e comma 33, della l. 24 dicembre 2007, n. 247, che ha delegato il Governo a rivedere la disciplina dell'apprendistato, «previa intesa con le Regioni e le parti sociali». Sulle prospettive di attuazione della norma si veda M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive dell'apprendistato*, in *Osservatorio Isfol*, 2011, n. 2, 15 ss.

⁽¹²⁾ L'intesa Stato-Regioni-parti sociali del 27 ottobre 2010 può essere indicata come l'atto di avvio del processo volto alla costruzione di un patto sociale a sostegno dell'occupazione giovanile e più direttamente della riforma dell'apprendistato. In essa, le parti firmatarie, oltre a concordare una disciplina transitoria per fare fronte alle gravi problematiche sollevate dalla sentenza della C. Cost. n. 176/2010, cit., indicavano due linee di intervento: da un lato i firmatari dell'Accordo si impegnavano ad elaborare linee guida per riformare l'apprendistato professionalizzante; dall'altro lato invocavano la definizione di un più razionale ed efficiente quadro di interventi nel campo del sostegno all'occupazione giovanile, al fine, in particolare, di prevenire l'abuso e l'uso "distorto" dei tirocini formativi e di orientamento e delle collaborazioni coordinate e continuative. Due linee diverse ma convergenti nell'obiettivo: porre l'apprendistato al centro della transizione dalla formazione al lavoro di tutti i giovani.

Alla luce del Testo Unico le questioni concernenti la formazione nei diversi tipi di apprendistato possono essere ricondotte a due comparti paralleli da costruire *ex novo*, paragonabili pertanto a due “cantieri”.

L'apprendistato per l'acquisizione di titoli di studio. Il primo comparto è composto dall'apprendistato di primo livello (quello per la qualifica ed il diploma professionale e rivolto ai giovani dai 15 ai 25 anni) e di terzo livello (apprendistato alto, rivolto ai giovani dai 18 ai 29 anni): in quest'area la formazione si fonda su “standard formativi” definiti dal Ministero del lavoro di concerto con il Ministero della pubblica istruzione, previa intesa con le Regioni. In altri termini, in questi due tipi di apprendistato la formazione è ancorata ad obiettivi individuati dalla pubblica amministrazione e “governata” essenzialmente dai sistemi formativi (scolastici, di istruzione e formazione professionale, universitari); alla contrattazione collettiva è riconosciuto un ruolo ancillare: definire le modalità di erogazione della formazione aziendale.

È in queste disposizioni che possiamo ravvisare il tentativo di costruire il nostro “sistema formativo duale”: esse racchiudono, infatti, l'insieme dei percorsi formativi che il giovane lavoratore può svolgere in apprendistato, alternando lavoro e studio al fine di acquisire titoli di studio (dalla qualifica professionale, alla laurea ed al dottorato di ricerca).

È evidente che nella definizione della struttura dei percorsi, dei contenuti e degli esiti le istituzioni formative avranno un ruolo determinante: non possiamo immaginare percorsi per il diploma professionale, per la maturità o per la laurea che non siano condivisi dalle istituzioni formative e che non rispondano a principi di omogeneità rispetto ai percorsi tradizionali. Si badi: non sono percorsi con riduzione dei contenuti o degli esiti formativi (quasi si potesse immaginare una formazione “con lo sconto”), sono percorsi diversi. Essi sono volti al raggiungimento degli stessi traguardi formativi mediante metodologie non tradizionali ed in particolare mediante la valorizzazione dell'apprendimento sul lavoro. È necessaria, dunque, l'integrazione tra i momenti di apprendimento in aula e quelli di apprendimento sul luogo di lavoro. Benché sia un approccio poco usuale per il nostro Paese, occorre essere consapevoli che rappresenta una sfida per tutto il nostro sistema educativo, spesso refrattario al dialogo con le imprese. Per questo è stata usata la figura del “cantiere”, perché si intravedono le linee della costruzione futura ma l'edificio è solo alle fondamenta e richiede ancora molto lavoro.

L'apprendistato professionalizzante. Il secondo “cantiere” è quello relativo alla formazione nell'apprendistato professionalizzante (ed in

quello di ricerca). In questo ambito è previsto, invece, un ampio ruolo della contrattazione collettiva nella costruzione di specifici percorsi professionali aventi un collegamento con l'inquadramento contrattuale. La lettura del TU conferma questa precisa volontà in più punti: laddove (articolo 4, comma 1) si identifica la finalità del contratto di apprendistato professionalizzante nel raggiungimento di una «qualifica professionale a fini contrattuali», con riconoscimento al lavoratore dell'inquadramento contrattuale previsto per la figura di riferimento; laddove (articolo 4, comma 2) si assegnano alla contrattazione collettiva poteri rilevanti nella definizione degli aspetti fondamentali del processo formativo, quali «la durata e le modalità di erogazione della formazione»; laddove (sempre articolo 4, comma 2) si stabilisce che la formazione deve essere orientata all'acquisizione di competenze tecnico-professionali e specialistiche «in funzione dei profili professionali stabiliti nei sistemi di classificazione ed inquadramento del personale»; laddove (articolo 4, comma 3) si precisa che la formazione di tipo professionalizzante e di mestiere è svolta sotto la responsabilità dell'azienda. È pur vero che essa è «integrata dall'offerta formativa pubblica finanziata dalle Regioni [...] (finalizzata all'acquisizione di competenze di base o trasversali)», ma (a parte il fatto che tale integrazione è eventuale, in quanto svolta «nei limiti delle risorse annualmente disponibili») resta comunque la piena responsabilità del datore di lavoro per la formazione professionalizzante.

La contrattazione collettiva è dunque chiamata a tracciare le linee fondanti di percorsi formativi, svolti sotto la responsabilità del datore di lavoro, che hanno come traguardo specifico figure professionali (e relative competenze) come individuate dai contratti collettivi e come risultanti dagli schemi classificatori e di inquadramento applicati (i c.d. "standard professionali"). A fronte di questo intenso coinvolgimento, il legislatore invita le parti sociali a farsi carico, mediante le risorse dei fondi paritetici interprofessionali nazionali (di cui all'articolo 118 della legge 22 dicembre 2000, n. 388), del finanziamento dei percorsi formativi aziendali.

Questo sistema, come si è detto ancorato a "standard professionali" e pressoché totalmente governato dalla contrattazione collettiva, risulta distinto dal sistema di formazione professionale regionale e dal sistema scolastico proprio per i suoi effetti tutti interni al rapporto di lavoro.

Standard formativi e standard professionali. Le competenze così acquisite dal lavoratore devono però essere utilizzabili anche nel sistema educativo e non solo nel rapporto di lavoro (lo richiede in particolare

l'articolo 2, comma 1, lettera *i*, della legge n. 53/2003 sul sistema educativo di istruzione e formazione, per cui la frequenza positiva di qualsiasi segmento del secondo ciclo comporta l'acquisizione di crediti certificati che possono essere fatti valere, anche ai fini della ripresa degli studi eventualmente interrotti).

A questo fine il TU predispone un sistema che, al fine di armonizzare le diverse qualifiche acquisite mediante i diversi tipi di apprendistato e di consentire la maturazione di crediti per il proseguimento degli studi, pone in correlazione "standard professionali" e "standard formativi". Un organismo denominato Repertorio delle professioni ⁽¹³⁾ è chiamato infatti ad assicurare il dialogo tra questi due mondi della formazione: quello "privato" governato dalla contrattazione collettiva e con effetti esclusivi sul rapporto di lavoro (ed in specie sull'inquadramento) e quello pubblico (statale e regionale). Il Repertorio, tra l'altro, dovrà verificare, validare e certificare il possesso di competenze anche al fine di rilasciare qualifiche e diplomi aventi valore su tutto il territorio nazionale. Per quanto si è detto, questo sistema, sempre utile, diviene essenziale con riferimento all'apprendistato professionalizzante.

La messa a regime di un sistema così complesso richiederà molto probabilmente un non breve periodo: le parti sociali dovranno infatti predisporre, per ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro, "standard professionali" rapportati agli schemi di inquadramento contrattuale. Appare dunque incongrua la previsione dell'articolo 7, comma 7, laddove limita a 6 mesi il periodo transitorio, in attesa della definizione da parte della contrattazione collettiva del nuovo apprendistato. L'accurata definizione degli standard professionali richiede tempi più lunghi. È auspicabile, quindi, uno spostamento dei termini che regolano la transizione al nuovo regime oppure l'adozione di formule più flessibili. Si potrebbe pensare, ad esempio, alla subordinazione del passaggio al nuovo regime, alla presa d'atto (o registrazione) con decreto ministeriale dell'avvenuta predisposizione degli standard professionali da parte del singolo contratto collettivo nazionale di lavoro, da effettuarsi entro un ragionevole lasso di tempo (18 mesi).

⁽¹³⁾ Il Repertorio è costituito da un apposito organismo tecnico di cui fanno parte il Ministero dell'istruzione, le associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed i rappresentanti della Conferenza Stato-Regioni.

4. Quanti tipi di apprendistato?

Il TU, riprendendo lo schema del decreto legislativo n. 276/2003, indica all'articolo 1 tre tipi di apprendistato: apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale; apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere; apprendistato di alta formazione e ricerca.

Poiché sono previste forme nuove di apprendistato, sconosciute al decreto legislativo n. 276/2003 (basti pensare all'utilizzo dell'apprendistato per l'impiego di lavoratori in mobilità o di lavoratori somministrati o di praticanti), ci si può chiedere se queste ipotesi possano configurare nuovi ed ulteriori tipi, aggiuntivi rispetto a quelli esplicitamente richiamati nel provvedimento.

Pur tenendo conto delle specificità che caratterizzano questi lavoratori, non sembrano esservi difficoltà a ricondurre l'apprendistato dei lavoratori in mobilità e quello dei lavoratori somministrati nell'ambito della nota tripartizione. In relazione alle finalità formative perseguite (acquisizione di un titolo di studio o di una qualifica professionale a fini contrattuali) l'apprendistato si svolgerà nel rispetto di quanto previsto, rispettivamente, dagli articoli 3 e 5 o dall'articolo 4. La condizione di lavoratore in mobilità (o di lavoratore somministrato) dell'apprendista determina una articolazione interna ai tre tipi: ad esempio, nell'ambito degli apprendisti in professionalizzante, vi saranno apprendisti ordinari ed apprendisti in mobilità a cui si applicheranno regole parzialmente diverse su alcuni aspetti del rapporto di lavoro.

Diverso, al momento, l'inquadramento dell'apprendistato per il praticantato. Il TU si limita a prevederne l'ammissibilità ma la disciplina puntuale è rinviata all'attesa riforma degli ordini professionali. Solo l'esame di quest'ultimo provvedimento potrà consentirci di valutare adeguatamente la riconducibilità (o meno) dell'apprendistato in praticantato ai tradizionali tre tipi.

5. Le questioni aperte.

L'esame dei profili formativi del decreto legislativo in esame non può ritenersi completo senza la segnalazione di alcune questioni aperte.

In primo luogo va detto che il provvedimento pare soffrire su alcuni punti di un "eccesso di rinvio". La delega di poteri alla contrattazione collettiva per l'apprendistato professionalizzante è così ampia da aver trasferito sulle parti sociali alcuni nodi irrisolti e particolarmente delicati emersi nell'applicazione della precedente normativa. Mi riferisco in

particolare a due questioni su cui il decreto tace: a) la individuazione delle figure professionali che svolgono mansioni di carattere ripetitivo o a bassissimo contenuto professionale per le quali si ritenga ingiustificato il ricorso all'apprendistato o, perlomeno, tale tipologia contrattuale debba essere ristretta entro limiti ridottissimi di durata; b) i requisiti perché possa riconoscersi all'impresa la "capacità formativa". Nulla si dice, ad esempio, sulle competenze o sulla formazione del tutor o referente aziendale, figura centrale nell'impianto del nuovo professionalizzante.

Proprio in ragione del bagaglio di responsabilità che investe le parti sociali, è da ritenere opportuno un adeguato supporto da parte degli enti bilaterali, sia nella definizione degli "standard professionali", sia nella specificazione delle modalità di erogazione ed articolazione dell'offerta formativa, sia, infine, nell'accertamento dei risultati acquisiti dal lavoratore al fine dell'attribuzione della qualifica contrattuale.

La bilateralità, con il suo portato di competenze tecniche e di traguardi già acquisiti e con la sensibilità a contemperare gli interessi in gioco, potrebbe infatti svolgere un ruolo fondamentale per trasformare le scelte politiche del TU in sistemi operativi.

L'intesa dello scorso luglio testimonia della diffusa consapevolezza che si sta intervenendo su un tema importante per il futuro del Paese, così importante da indurre ciascuna parte ad accettare qualche sacrificio (non solo nell'orgoglio). Questa è la strada giusta ma si può fare ancora di più, in particolare per promuovere la diffusione del nostro piccolo sistema duale: l'apprendistato per la qualifica e per il diploma e l'apprendistato alto.

Occorrono scelte coerenti dello Stato, delle Regioni e delle parti sociali rispetto agli ambiziosi obiettivi indicati dall'intesa e dal TU. Più precisamente vorrei richiamare l'attenzione su un punto estremamente critico dell'attuale normativa: a fronte di percorsi formativi molto diversi nei tre tipi di apprendistato i vantaggi per il datore di lavoro sono, al momento, indifferenziati.

Pensiamo all'apprendistato per la qualifica o per il diploma professionale: siamo in presenza di giovani deboli che rischiano di passare da un lavoro precario e dequalificato ad un altro dello stesso tipo. È il fronte di intervento più delicato sul piano sociale e che meriterebbe maggiore attenzione rispetto al vecchio apprendistato in DDIF (diritto-dovere di istruzione e formazione).

In un provvedimento che ha ambizioni di recupero e promozione sociale, non può non colpire l'assenza di specifici vantaggi economici e normativi che rendano appetibile questo tipo di apprendistato rispetto

all'apprendistato professionalizzante. Il rischio che si intravede è che l'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale possa non incontrare il favore dei datori di lavoro (come è avvenuto in passato per il suo predecessore, l'apprendistato per il diritto-dovere di istruzione e formazione) principalmente a causa del più consistente monte ore di formazione posto a carico del datore di lavoro (rispetto all'apprendistato professionalizzante) senza adeguate e specifiche forme di compensazione. Se davvero vi è larga condivisione attorno all'obiettivo di portare al raggiungimento almeno di una qualifica i lavoratori tra i 15 ed i 25 anni che ne sono tuttora privi, allora non può sfuggire l'importanza di specifici meccanismi incentivanti a sostegno della diffusione di questo tipo di apprendistato e, più in generale, di quei percorsi in apprendistato che più elevano la professionalità del lavoratore. Anche le parti sociali possono dare il loro contributo a rendere appetibili i percorsi in apprendistato per l'acquisizione di titoli. Esse potrebbero utilizzare, ad esempio, la scala retributiva come elemento di compensazione del maggior onere formativo che ricade sull'impresa che investe su un giovane impegnato in un corposo percorso formativo (per la qualifica ma anche per la laurea). Su questo punto va detto che il legislatore ha fatto la sua parte, perché il TU consente alla contrattazione collettiva di stabilire la retribuzione ricorrendo al mero sottoinquadramento oppure applicando la percentualizzazione del salario. Sono ora le parti sociali che devono dimostrare di credere al percorso duale e di saper adeguare la retribuzione in base al principio "più formazione, meno retribuzione".

Sono scelte che ci avvicinerrebbero ai modelli di apprendistato presenti in altri Paesi europei e capaci di dinamizzare sia il nostro sistema educativo sia il nostro mercato del lavoro giovanile.

Il Testo Unico dell'apprendistato: note sui profili formativi – Riassunto. *L'A. esamina i profili formativi del nuovo quadro normativo introdotto dal d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167, nel tentativo di verificarne il possibile impatto sul sistema educativo e sul mercato del lavoro nonché di valutarne l'idoneità a garantire l'effettività della formazione. Sono passate in rassegna le diverse ragioni che hanno determinato una scarsa diffusione dell'istituto a partire dall'inestricabile intreccio di competenze delineato dal d.lgs. n. 276/2003, alle limitate risorse pubbliche a sostegno della formazione alle persistenti difficoltà di dialogo tra sistema formativo ed imprese. Nell'exkursus sono evidenziate anche le ragioni alla base del mancato decollo delle tipologie di diritto-dovere di istruzione e formazione e dell'apprendistato "alto" circoscritto solo a timide sperimentazioni. Allo stesso tempo l'A. confronta i tassi di disoccupazione giovanile italiani con quelli di alcuni Paesi europei, come Germania ed Austria, che utilizzano il sistema formativo di tipo duale e che presentano tassi di di-*

soccupazione giovanile inferiori ai tassi di disoccupazione generale rivelando come tale sistema, offrendo ai giovani l'opportunità di percorrere l'intero percorso di istruzione (dalla qualifica fino alla laurea) in alternanza tra studio e lavoro in apprendistato, sia quello che meglio in Europa riesce a contrastare fenomeni di segregazione dei giovani rispetto all'occupazione. Su queste basi il legislatore italiano ha rivisitato la normativa in materia. L'A. approfondisce le tappe del processo di concertazione allargata avviato con l'intesa Stato-Regioni-parti sociali del 27 ottobre 2010, giunto a compimento con l'intesa trilaterale del luglio 2011, ratificata in sede di Conferenza Stato-Regioni. La conclusione è che le tipologie di apprendistato possono essere ricondotte a due "cantieri" paralleli da costruire ex novo: l'apprendistato per l'acquisizione di titoli di studio (che include l'apprendistato di primo e terzo livello) e quello professionalizzante; in quest'ultimo è ampio il ruolo della contrattazione collettiva nella costruzione di specifici percorsi professionali a venti un collegamento con l'inquadramento contrattuale. Nel merito viene data una lettura puntuale delle singole norme senza tuttavia tralasciare le questioni riguardo ai profili formativi da un "eccesso di rinvio", all'adeguato supporto da parte degli enti bilaterali, sia nella definizione degli "standard professionali", sia nella specificazione delle modalità di erogazione ed articolazione dell'offerta formativa, sia, infine, nell'accertamento dei risultati acquisiti dal lavoratore al fine dell'attribuzione della qualifica contrattuale.

The Consolidated Act on Apprenticeship: Some Considerations on Training Schemes (Article in Italian) – Summary. *This paper examines the training schemes contained in the recent provisions introduced by Legislative Decree No 167 of 14 September 2011, in order to assess their impact on education and labour market, and their effectiveness in providing adequate training. In this connection, the reasons that have prevented this legal institution from becoming more widespread are investigated, with a special focus on the complex set of skills laid down by Legislative Decree No. 276/2003, limited funds allocated to training by the State, and ongoing difficulties arising from a lack of dialogue between education providers and businesses. The paper goes on to investigate the apprenticeship contracts for the implementation of training rights and obligations and its failure to take-off, and the reasons why advanced-level apprenticeship contracts have been implemented only on an experimental basis. The focus then turns to unemployment rates for young people in Italy, and a comparison with some European countries where the dual system is in operation – e.g. Austria and Germany – is provided. These countries present lower rates of unemployment among the youth, leading to the conclusion that the dual system – carried out alternating school and work – is the most suitable to help students to find employment. On the basis of these considerations, legislation on training has been reviewed, and a number of provisions have been introduced. In this sense, the paper looks into the concertation process among relevant authorities and the agreement concluded between the parties involved (the State, the Regions and the social actors) on 27 October 2010 and ratified on July 2011. The paper concludes by arguing that apprenticeship programmes should be grouped into two categories: the apprenticeship contracts to obtain educational qualifications (which includes first- and third-level apprenticeship), and vocational apprenticeship, with collective bargaining that should play a major role in regulating the latter (overall results, contractual schemes and so*

on). A close investigation of each provision is provided, also considering training schemes, the role of bilateral bodies, the definition of vocational standards, the implementation of the training programmes and assessment of workers' results in order to offer them adequate contractual arrangements.

Apprendistato e formazione in impresa

Giuseppe Bertagna

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Resistenze. – **3.** Impresa e formazione. – **4.** L'impresa fa formazione o addestramento? – **5.** L'impresa è in sé esperienza formativa. – **6.** Criteri per la formatività dell'impresa.

1. Introduzione.

Il decreto legislativo recante Testo Unico dell'apprendistato («ai sensi dell'articolo 1, comma 30, lettera c), della legge 24 dicembre 2007, n. 247, come sostituito dall'articolo 46, comma 1, lettera b), della legge 4 novembre 2010, n. 183») dà per ormai acquisita una convinzione finora considerata ancora controversa, ovvero che la formazione dell'apprendista possa e debba essere promossa completamente in azienda, in tutti i settori professionali. Il reciproco di questo giudizio è che l'impresa, oggi, sarebbe a pieno titolo formativa e capace di formazione organizzata.

Naturalmente, questo riconoscimento non è senza condizioni, ma diventa efficace quando i percorsi di formazione dell'apprendista si realizzano in un'azienda:

- a) all'interno di accordi locali e nazionali tra le parti sociali;
- b) nel rispetto dei vincoli posti dal Testo Unico citato sia per la disciplina generale (articolo 2) sia per le discipline particolari delle tre diverse forme di apprendistato (articolo 3, per la qualifica e il diploma professionale; articolo 4, per il professionalizzante o di mestiere; articolo 5, per l'alta formazione e di ricerca);
- c) nel rispetto degli standard formativi stabiliti previa intesa con le regioni, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, quando ri-

* *Professore ordinario di Pedagogia generale e sociale, Università degli Studi di Bergamo.*

guardassero l'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale e l'apprendistato di alta formazione (articolo 6, comma 1);

d) nel rispetto degli standard professionali di riferimento definiti nei contratti collettivi nazionali di categoria o, in mancanza, attraverso intese specifiche da sottoscrivere a livello nazionale o interconfederale, anche in corso della vigenza contrattuale, quando fossero d'apprendistato professionalizzante e d'apprendistato di ricerca (articolo 6, comma 2);

e) rendendo possibile l'armonizzazione delle diverse qualifiche professionali acquisite secondo le diverse tipologie di apprendistato e la correlazione tra standard formativi e standard professionali assumendo a riferimento il repertorio delle professioni predisposto, sulla base dei sistemi di classificazione del personale previsti nei contratti collettivi di lavoro ed in coerenza con quanto previsto nelle premesse dalla intesa tra governo, regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010, da un apposito organismo tecnico di cui fanno parte il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, le associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed i rappresentanti della Conferenza stato-regioni;

f) certificando, a regime, le competenze acquisite secondo le modalità definite dalle regioni e province autonome di Trento e Bolzano sulla base del repertorio delle professioni e registrandole sul libretto formativo del cittadino nel rispetto delle intese raggiunte tra governo, regioni e parti sociali nell'accordo del 17 febbraio 2010.

Poiché, nei contratti di apprendistato, l'impresa assume carattere formativo, è ragionevole che essa goda di facilitazioni previdenziali e contrattuali. Nel caso, però, che essa non adempia alle sue funzioni e violi le norme in questo senso stabilite dalle norme o pattuite tra le parti sociali sono previste a suo carico sanzioni contrattuali ed amministrative (articolo 7).

2. Resistenze.

Restano scorie, per la verità non piccole, della vecchia mentalità che diffida del carattere formativo dell'azienda anche in questo pur innovativo testo. Del resto, così come «una rondine non fa primavera, né un

sol giorno» ⁽¹⁾, analogamente non è con un riconoscimento formale, sebbene emblematico, che si modificano modi di pensare e, soprattutto, di agire che si sono consolidati nel tempo.

Molti responsabili delle associazioni datoriali, ad esempio, hanno respinto e continuano a respingere come errata questa idea. Ribadiscono che l'“azienda” non solo non è, ma non potrà né – se pur potesse – dovrebbe mai essere una “scuola”. Sarebbe alla “scuola”, cioè all'aula ed ai docenti, qualcosa di esterno o alternativo all'azienda, dunque, che competerebbe la vera formazione. Quest'ultima, in un'ideale divisione delle parti, andrebbe delegata soltanto ai “professionisti della formazione”, naturalmente pagati dalla Repubblica. L'“azienda”, invece, sarebbe il luogo della produzione e del lavoro, nel quale le giaculatorie pedagogiche farebbero soltanto perdere tempo e deviare dallo scopo. Il che poi equivale ad una confessione che da epistemologica (ci sarebbe inconciliabilità tra studio e lavoro, tra formazione generale e formazione professionale, tra scuola ed impresa, tra conoscenze ed azioni) mostra anche la sua originaria radice economica (ci sarebbe una incompatibilità radicale tra capitale e lavoro, da un lato, e qualsiasi tipo di umanesimo, dall'altro, con tutte le conseguenze del caso).

Speculari a queste posizioni datoriali si ergono anche quelle sindacali, o almeno di alcune parti dei sindacati. Questi rappresentanti dei prestatori d'opera temono, infatti, che l'azienda, al di là delle dichiarazioni formali, non guardi troppo per il sottile e, alla fine, trasformi senza imbarazzi la formazione che le è affidata in un prolungamento sostanziale del lavoro produttivo comandato. Per di più con un vantaggio competitivo indebito rispetto alle aziende che non hanno apprendisti: il minor costo del lavoro, scaricato sulla Repubblica, visto che quest'ultima ha previsto per l'apprendista minori contributi previdenziali e minor costo orario rispetto all'operaio ordinario. In altri termini, si fa notare da questi settori, affidare la formazione all'impresa sarebbe un altro modo inventato dai “datori di lavoro” per socializzare le perdite e privatizzare i profitti.

⁽¹⁾ «Una rondine non fa primavera, né un sol giorno; così un sol giorno o poco tempo non fanno nessuno beato e felice» (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro I, 7, 1098a, 20, trad. it. a cura di C. MAZZARELLI, Rusconi, Milano, 1993, 67).

3. Impresa e formazione.

Non stupisce, quindi, che il Testo Unico, ogni volta che nomina la formazione dovuta all'apprendista, abbia qualche timore a dichiararla esplicitamente ed esclusivamente aziendale e preferisca, quindi, la figura retorica della preterizione: fingere di tacere o attenuare, se non negare, ciò che invece si intenderebbe, al fondo, affermare e rivendicare.

In questo modo, sia che ci si riferisca alle norme generali sulle tre tipologie di apprendistato ⁽²⁾, sia che ci si riferisca a quelle specifiche per l'apprendistato per la qualifica ed il diploma ⁽³⁾ e per l'apprendistato professionalizzante o di mestiere ⁽⁴⁾, mentre si dà per scontato che tutta la formazione per il giovane si possa tenere in azienda, in questo modo riconosciuta a pieno titolo come ordinario «ambiente formativo d'apprendimento», si aggiunge sempre subito dopo che le parti sociali possono anche decidere di delegarla all'esterno.

Un'altra attenuazione della implicita titolarità riconosciuta all'azienda nella promozione della formazione necessaria per l'apprendista si ricava dal citato articolo 4, comma 3, relativo al contratto di mestiere. Qui, infatti, mentre si riconosce l'ovvia aziendalità della formazione di tipo professionalizzante, si sottolinea come, nei «limiti delle risorse annualmente disponibili», essa sia integrata con l'«offerta formativa pubblica finanziata dalle Regioni» per quanto riguarda le «competenze di base e trasversali». E ciò per «un monte complessivo non superiore a centoventi ore». Il testo si presta subito a due osservazioni.

⁽²⁾ Art. 2, *Disciplina generale*, comma 1, punto *f*: «possibilità del riconoscimento, sulla base dei risultati conseguiti all'interno del percorso di formazione, esterna e interna alla impresa, della qualifica professionale ai fini contrattuali e delle competenze acquisite ai fini del proseguimento degli studi nonché nei percorsi di istruzione degli adulti».

⁽³⁾ Art. 3, *Apprendistato per la qualifica e il diploma*, comma 2, punto *b*: «previsione di un monte ore di formazione, esterna o interna alla azienda, congruo al conseguimento della qualifica o del diploma professionale in funzione di quanto stabilito al comma 1 e secondo standard minimi formativi definiti ai sensi del decreto legislativo 17 ottobre 2005, n. 226».

⁽⁴⁾ Art. 4, *Apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere*, comma 3: «la formazione di tipo professionalizzante e di mestiere, svolta sotto la responsabilità della azienda, è integrata, nei limiti delle risorse annualmente disponibili, dalla offerta formativa pubblica finanziata dalle Regioni, interna o esterna alla azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali per un monte complessivo non superiore a centoventi ore per la durata del triennio e disciplinata dalle Regioni sentite le parti sociali e tenuto conto dell'età, del titolo di studio e delle competenze dell'apprendista».

La prima è che, se le regioni non avessero risorse, la formazione sulle competenze di base e trasversali si potrebbe, secondo questa norma, ridurre a poca cosa. Il «non superiore a» si potrebbe, infatti, interpretare anche come dieci ore o perfino zero ore.

La seconda osservazione è che, neanche troppo paradossalmente, questa ipotesi provocatoria è resa possibile perché si prolunga sul piano ordinamentale una divisione astratta, solo intellettuale, spacciata negli ultimi decenni per concreta, oltre che doverosa e *politically correct*. È solo a posteriori, infatti, nel momento critico-riflessivo, alla fine di un processo reale di lavoro, che si può enucleare al suo interno una possibile classificazione tipo quella indicata tra competenze professionali, di base e trasversali. La separazione di queste diverse tipologie di competenze, tuttavia, non solo non è mai esistita durante il processo reale di lavoro nel corso del quale hanno invece sempre interagito, alternandosi ed integrandosi l'una nell'altra, sia a livello logico che cronologico e metodologico. Tale separazione non esiste nemmeno a priori, salvo forzature ed approssimazioni, e perciò non è, a rigore, neppure utilizzabile per predisporre in astratto lo svolgimento ottimale di qualsiasi processo reale di lavoro, sia esso svolto da esperti o da principianti. Anche in sede di progettazione formativa condotta a tavolino, infatti, se non si vuole essere soltanto convenzionali e cantare gli aristotelici *teretismata* ⁽⁵⁾, risulta impossibile non solo separare, ma addirittura distinguere nettamente le tre tipologie di competenze, tanto esse si rincorrono e si intrecciano tra loro, nel senso di non potersi dare l'una senza le altre. L'insistere, dunque, dell'articolo 4, comma 3, sul messaggio che le competenze professionali sarebbero comunque aziendali, mentre quelle di base e trasversali sarebbero maggiormente compito dell'offerta pubblica esterna all'impresa, significa voler sfidare, come le due donne che rivendicavano la maternità dello stesso bimbo, la saggezza di re Salomone. Per di più giustificando due esiti di sicuro imbarazzanti, perciò non auspicabili.

Da un lato, infatti, questa divisione deresponsabilizza l'azienda, spinta in questo modo a comprimere il professionale soltanto sul meccanico-esecutivo, espungendo dall'orizzonte del professionale il culturale e l'educativo. Come fosse possibile lavorare bene senza saperi e senza quello spessore umano che possiamo chiamare affidabilità, impegno, mantenimento delle promesse, identità, coerenza etica, disponibilità a rispondere dei propri errori, proposito di migliorarsi e di migliorare l'ambiente e le relazioni in cui si vive, saggezza di giudizio.

⁽⁵⁾ Potremmo tradurre con «trallallà» (ARISTOTELE, *Analitici posteriori*, 83a, 32-34).

Dall'altro lato, "scolasticizza", anche a non volerlo, l'offerta pubblica esterna, irretendola, in questo modo, in un paradigma metodologico ed organizzativo poco adatto anche psicologicamente alle esigenze formative dell'apprendista, oltre che alle richieste funzionali dell'impresa.

Buon senso vorrebbe, perciò, che nessuno auspicasse e praticasse un taglio così avventuroso tra quanto, nella realtà dei processi di lavoro, è, al contrario, unito. Meglio allora leggere questo comma 3 dell'articolo 4 del Testo Unico come una litote «d'estremo pronto soccorso». Ovvero: se l'azienda non è in grado di tematizzare, per il suo stesso bene oltre che per quello dell'apprendista, anche con eventuali supporti esterni pubblici, una formazione interna basata sulla valorizzazione e sulla esibizione dell'unità reale esistente nei processi di lavoro tra competenze professionali, di base e trasversali, allora solo in questo caso, peraltro sintomo di manifesta inadeguatezza dell'azienda a cui sarebbe bene al più presto provvedere, meglio continuare con le abitudini scotomizzanti di questi decenni, durante i quali il paradigma della separazione tra le tre tipologie di competenze appena menzionate si è tradotto perfino nella estraneità dei luoghi, dei tempi, degli attori, dei metodi e dei contenuti della loro promozione.

Riconoscere, fino a prova contraria, il carattere intrinsecamente ed ordinariamente formativo dell'impresa, tuttavia, al di là delle naturali resistenze indotte dalle abitudini di principio e di fatto di segno contrario, non significa negare alcune problematicità che possono pregiudicare la diffusione quantitativa e qualitativa dell'apprendistato come «un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione», oltre che «alla occupazione dei giovani» (articolo 1, comma 1 del Testo Unico). Formazione ed occupazione che non possono, come è noto, essere pensate e praticate se non nelle prospettive rispettivamente designate dall'articolo 3, comma 2 della Costituzione che impone la «rimozione degli ostacoli [...] che impediscono il pieno sviluppo della persona umana» e dal comma 2 dell'articolo 35 della nostra Costituzione che obbliga la Repubblica a curare «la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori».

4. L'impresa fa formazione o addestramento?

Secondo alcuni interpreti, le possibilità che un'impresa possa promuovere una formazione degna di questo nome, e non dimezzata a mera esecutività addestrativa professionale, tenderebbero a zero. Si riconosce certamente che soprattutto le grandi imprese fanno formazione. Anzi, si

osserva che, spesso, intendono addirittura rivendicarne l'esclusività, accusando la formazione esterna (a partire da quella scolastica) di essere evasiva, mai centrata sul compito. Questo interesse e questa gelosia per la formazione in azienda da parte di grandi gruppi imprenditoriali, però, sarebbe motivata da argomenti poco formativi e, invece, molto più economico-professionali. Per questo, di conseguenza, la formazione aziendale mostrerebbe sempre due pericolose ed ineliminabili derive.

Per un verso, sarebbe sempre funzionale al profitto e non potrebbe mai porre al centro del processo, come dovrebbe essere per ogni vera formazione pedagogicamente legittimata, il lavoro come mezzo e come risorsa preziosa per il «pieno sviluppo» della persona (articolo 3, comma 2 della Costituzione). Circostanza ancora più grave quando si trattasse di minori, come può essere il caso dell'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionali, coperto anche costituzionalmente dal dovere di soddisfare il diritto sociale e civile all'istruzione ed alla formazione dei minori (articolo 117 della Costituzione).

Per l'altro verso, se anche volesse corrispondere in tutto e per tutto al principio di adoperare il lavoro come mezzo e come giacimento culturale per il «pieno sviluppo» della persona, la formazione aziendale non potrebbe che riuscirci solo quando e dove non fosse organizzata, come si diceva un tempo, sulla «divisione capitalistica del lavoro» e, quindi, sulle marxiane caratteristiche dell'alienazione e dell'estraneità. In altri termini, secondo questi interpreti, sarebbe possibile praticare in modo non dimezzato e predicatorio la formazione dell'apprendista esclusivamente in imprese dove tutti imparerebbero a fare tutto, dove tutti sarebbero intercambiabili e dove la distinzione tra comandati e comandanti, alto e basso sarebbe sempre temporanea e reversibile.

Con un paradosso socio-economico, però. In questo caso, infatti, l'impresa sarebbe troppo piccola per investire davvero nella formazione e, quindi, come diceva Rousseau in una realtà nella quale è necessario «perdere tempo» (nel presente) per guadagnarlo (nel futuro). Per cui, all'estremo, ci troveremmo dinanzi ad una doppia impossibilità. Le aziende grandi, per sé o a rete, comunque fondate sulla divisione capitalistica del lavoro, avrebbero la possibilità anche socio-economica di tollerare l'investimento sul tempo lungo della formazione, ma non sarebbero in grado di promuoverla se non parziale e dimezzata. Il che significa esclusivamente al servizio del profitto e del lavoro diviso che coltivano; quindi riducendola ad addestramento.

Le imprese piccole, con divisione del lavoro meno spinta o romanticamente ecosolidali, potrebbero invece promuoverla, adoperando un lavoro circolare ed unitario messo al servizio del pieno sviluppo della per-

sona dell'apprendista. Recupero del lavoro da goethiana «società della Torre», finalizzato all'essere di tutto il soggetto, non all'avere qualcosa ⁽⁶⁾. Tuttavia, non sarebbero nelle condizioni socio-economiche di procedere nel presente a questo investimento che darebbe i suoi frutti solo nel futuro.

Alla fine, in quest'ottica, un apprendistato davvero formativo sarebbe, dunque, possibile soltanto nelle imprese artigiane di nicchia, dove però l'artigiano fosse anche vero "mastro" e dove l'apprendista fosse, in fondo, il suo vocazionale successore.

Con la conclusione che, in nome della teoria del minor danno e del realismo, converrebbe allora appaltare la formazione alla scuola o comunque ad enti pubblici esterni all'impresa, accettando la forzatura della divisione artificiale tra competenze professionali – le uniche coltivabili in azienda – e competenze di base e trasversali, da riservare, invece per principio, solo ad istituzioni formative, senza fine di lucro, come le scuole.

Senza peraltro accorgersi, tuttavia, che in questo modo, mentre si finisce per negare il carattere formativo alle competenze professionali, confinate soltanto nella crociana sfera dell'utile economico, si attribuirebbe la qualificazione dell'inutilità a quelle di base e trasversali, invece indispensabili per sorreggere e contestualizzare le prime. Negando, così, un principio pedagogico fondamentale, e cioè che tutta la formazione della persona, se davvero tale, è utile, mentre non è affatto vero il contrario: che tutto quanto è utile risulti anche formativo della persona, ovvero volto alla maturazione libera e compiuta di sé, tra gli altri, tenendo conto dei vincoli del mondo.

Si potrebbe, per la verità, obiettare ai sostenitori dell'inadeguatezza strutturale dell'impresa a promuovere formazione che, in linea di fatto, neanche la scuola pubblica sarebbe rassicurante, in proposito. Troppe volte, infatti – per non dire quasi sempre – la scuola, al posto di adoperare le discipline di studio e la cultura come cespiti preziosi (*mezzi*) per la formazione integrale della persona (*fine*) fa il contrario: mette le persone (*fine*) al servizio delle discipline e della cultura (*mezzo*); addirittura, dichiara formata la persona dello studente solo se esso dimostra di possedere le discipline di studio e la cultura a livelli standard predeterminati astrattamente. Cosicché questa fiducia nella qualità della formazione, perché promossa fuori dalle aziende segnate dal peccato originale della divisione del lavoro e perché garantita dal pubblico, si rivela,

⁽⁶⁾ J.W. GOETHE, *Wilhelm Meister. Gli anni dell'apprendistato*, 1796 (trad. it. di A. RHO, E. CASTELLINI, Adelphi, Milano, 2006, cap. VII).

alla fine, più un *hysteron proteron* o un *Wistful Thinking*. Ma, poiché se Atene piange non si può risolvere il problema consolandosi con il fatto che Sparta non rida, conviene non sottovalutare le questioni sollevate ed esplorarle, però, con il dovuto realismo.

5. L'impresa è in sé esperienza formativa.

Già al suo tempo, Adam Smith fu consapevole del possibile impoverimento educativo e culturale connesso alla diffusione delle pratiche organizzative della produzione fondate sulla divisione capitalistica del lavoro. Poiché «l'intelligenza delle persone dipende da quel che fanno», infatti, vide con chiarezza che «chi spende la vita nel fare poche semplici operazioni, i cui effetti sono forse sempre gli stessi, non ha occasione di esercitare la sua intelligenza o la sua creatività nell'escogitare espedienti per rimuovere difficoltà che non si verificano mai. Perciò egli non acquista l'abitudine ad un tale esercizio e generalmente diventa tanto stupido ed ignorante per quanto un essere umano possa diventare. Il torpore della sua mente lo rende non solo incapace di partecipare con gusto o anche solo di sostenere una qualsiasi conversazione razionale, ma addirittura di concepire qualsiasi sentimento nobile, generoso o tenero e di conseguenza di formarsi un qualsiasi giudizio equilibrato riguardante perfino molti suoi doveri della sua vita privata» ⁽⁷⁾. Che è poi, quest'ultima frase, una sintesi più sobria, ma nello stesso anche più completa ed ispirata, delle competenze chiave per l'apprendimento permanente contenute nella famosa *Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006* ⁽⁸⁾, nonché dei quattro assi culturali (dei linguaggi, matematico, scientifico-tecnologico, storico-sociale) contenuti nell'allegato 1 del decreto ministeriale 22 agosto 2007 sull'obbligo di istruzione che dovrebbero costituire «il tessuto per la costruzione di percorsi di apprendimento orientati all'acquisizione»

⁽⁷⁾ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, 1776 (trad. it. Utet, Torino, 1987, libro V, cap. I, parte III, art. II, 949).

⁽⁸⁾ Le otto competenze fondamentali («combinazione di conoscenze, abilità e attitudini appropriate al contesto») sono le seguenti: 1) comunicazione nella madrelingua; 2) comunicazione nelle lingue straniere; 3) competenza matematica e competenze di base in scienza e tecnologia; 4) competenza digitale; 5) imparare a imparare; 6) competenze sociali e civiche; 7) spirito di iniziativa e imprenditorialità; 8) consapevolezza ed espressione culturale.

delle competenze chiave elencate nell'allegato 2 ⁽⁹⁾ dello stesso decreto, ritenute indispensabili per qualunque cittadino italiano.

Non fu a caso, dunque, che quando, all'inizio del secolo scorso, il pio ingegner Frederick Winslow Taylor teorizzò l'avvio della cosiddetta "organizzazione scientifica del lavoro" capitalistico, l'abbia fondata su due condizioni che, a suo avviso, erano però situazioni di fatto.

La prima, avere a disposizione una eletta schiera di "tecnici esperti", ben formati anche come uomini, in grado di programmare a tavolino, e con la formalizzazione logico-matematica necessaria, tutti i processi di lavoro che avrebbero dovuto essere poi svolti in fabbrica.

La seconda, avere a disposizione una massa di persone disponibili ad eseguire, obbedendovi in modo acritico, quanto programmato da questi tecnici. Per questo, sono parole sue, persone che dovevano essere «non

⁽⁹⁾ *Imparare ad imparare* (organizzare il proprio apprendimento, individuando, scegliendo ed utilizzando varie fonti e varie modalità di informazione e di formazione formale, non formale ed informale, anche in funzione dei tempi disponibili, delle proprie strategie e del proprio metodo di studio e di lavoro); *progettare* (elaborare e realizzare progetti riguardanti lo sviluppo delle proprie attività di studio e di lavoro, utilizzando le conoscenze apprese per stabilire obiettivi significativi e realistici e le relative priorità, valutando i vincoli e le possibilità esistenti, definendo strategie di azione e verificando i risultati raggiunti); *comunicare* (comprendere messaggi di genere diverso quotidiano – letterario, tecnico, scientifico – e di complessità diversa, trasmessi utilizzando linguaggi diversi – verbale, matematico, scientifico, simbolico, ecc. –, mediante diversi supporti – cartacei, informatici e multimediali); rappresentare eventi, fenomeni, principi, concetti, norme, procedure, atteggiamenti, stati d'animo, emozioni, ecc. utilizzando linguaggi diversi (verbale, matematico, scientifico, simbolico, ecc.) e diverse conoscenze disciplinari, mediante diversi supporti (cartacei, informatici e multimediali); *collaborare e partecipare* (interagire in gruppo, comprendendo i diversi punti di vista, valorizzando le proprie e le altrui capacità, gestendo la conflittualità, contribuendo all'apprendimento comune ed alla realizzazione delle attività collettive, nel riconoscimento dei diritti fondamentali degli altri); *agire in modo autonomo e responsabile* (sapersi inserire in modo attivo e consapevole nella vita sociale e far valere al suo interno i propri diritti e bisogni riconoscendo al contempo quelli altrui, le opportunità comuni, i limiti, le regole, le responsabilità); *risolvere problemi* (affrontare situazioni problematiche costruendo e verificando ipotesi, individuando le fonti e le risorse adeguate, raccogliendo e valutando i dati, proponendo soluzioni utilizzando, secondo il tipo di problema, contenuti e metodi delle diverse discipline); *individuare collegamenti e relazioni* (individuare e rappresentare, elaborando argomentazioni coerenti, collegamenti e relazioni tra fenomeni, eventi e concetti diversi, anche appartenenti a diversi ambiti disciplinari, e lontani nello spazio e nel tempo, cogliendone la natura sistemica, individuando analogie e differenze, coerenze ed incoerenze, cause ed effetti e la loro natura probabilistica); *acquisire ed interpretare l'informazione* (acquisire ed interpretare criticamente l'informazione ricevuta nei diversi ambiti ed attraverso diversi strumenti comunicativi, valutandone l'attendibilità e l'utilità, distinguendo fatti e opinioni).

molto aperte di mente», «così sciocche e pazienti da ricordare come *forma mentis* [...] la specie bovina» ⁽¹⁰⁾. «Tutta l'attività intellettuale, infatti, scriveva questo ingegnere animato da un volenteroso filantropismo evangelico volto a trovare i modi per coniugare capitale e lavoro umano, deve essere eliminata dall'officina e concentrata nell'ufficio di programmazione, riservando ai capi squadra ed ai capireparto il lavoro di carattere strettamente esecutivo: il loro compito deve limitarsi a curare che le operazioni programmate e dirette dall'ufficio programmazione vengano sollecitamente poste in esecuzione nell'officina» ⁽¹¹⁾. Se questa era la qualità del compito dei capisquadra e dei capireparto, si può immaginare quale dovesse essere quella residua per le prestazioni operaie.

Henry Ford, autodidatta operaio dell'Edison, nel tempo libero appassionato di automobili, poi fondatore dell'omonima casa automobilistica, depurò di ogni falsa coscienza filantropica l'ipotesi di *Scientific Management* di Taylor. In nome della "economica" diminuzione dei costi di produzione (la sua macchina aveva un prezzo quasi venti volte inferiore a quello delle altre tradizionali) e della non meno "economica" motivazione al conseguente aumento della platea dei possibili consumatori che avrebbero moltiplicato il circuito, un'altra volta "economico", esistente tra produzione e consumo, scrisse con orgoglio che, su 7882 distinte mansioni progettate necessarie per produrre una sua vettura, ne prevedeva "solo" 949 che avrebbero richiesto lavoratori «forti, capaci e in pratica fisicamente perfetti», per i quali «il pensare» non «fosse una pena». Per le restanti, affermava che «670 potevano essere eseguite da un uomo privo delle gambe, 2637 da un uomo con una gamba sola, 2 da un uomo privo delle braccia, 715 da un uomo con un solo braccio e 10 da un cieco» ⁽¹²⁾. E tutte con poco o nullo pensiero. Per la verità, non è che oggi nell'industria automobilistica o in qualsiasi altro settore industriale impegnato sul mercato globale i principi dello *Scientific Management* si siano dissolti. Basta scorrere, per esempio, i quattro allegati all'allegato tecnico 2 dell'accordo Fiat-sindacati per

⁽¹⁰⁾ F.W. TAYLOR, *L'organizzazione scientifica del lavoro* (1911), Ed. di Comunità, Milano, 1954, 189 (contiene *Shop management*, 1903; *The principles of scientific management*, 1911 e il testo della deposizione di Taylor presso la Commissione speciale della Camera dei Rappresentanti Americana, 1912).

⁽¹¹⁾ Ivi, 65.

⁽¹²⁾ H. FORD *La mia vita e la mia opera* (1922, 1928), La Salamandra, Milano, 1980, 108-109 (con introduzione e postfazione di P. ORTOLEVA).

Pomigliano d'Arco per accorgersene ⁽¹³⁾. Come ricorda Sennet ⁽¹⁴⁾, infatti, anche nell'organizzazione più orizzontale, coinvolgente e democratica, il controllo esercitato dall'alto non può scomparire, ma continua ad essere distribuito in maniera disuguale tra i nodi della rete organizzativa, e può restare senza volto preciso, senza per questo essere meno stringente.

La situazione è, però, radicalmente cambiata rispetto al passato. Le "poche" persone surformate necessarie per progettare e governare i processi contemporanei di lavoro, infatti, non possono più prescindere nella loro opera dalle decisioni intelligenti e programmaticamente collaborative dei "tanti" che lavorano non solo dentro la fabbrica, ed ai suoi diversi livelli gerarchici, ma anche e soprattutto fuori di essa, nei contesti politici, civili, sociali ed economici globali in cui essa si colloca.

Alla originaria centralità assegnata all'*homo oeconomicus* ed al *pure rational economic man*, in questo modo, le teorie dell'organizzazione del lavoro hanno aggiunto quelle più ampie e sofisticate provenienti dall'*homo agens* dentro e fuori la fabbrica, nell'intera società. La *Bounded Rationality*, il *Sense Making*, la *Contingency Theory*, l'*Emotional Intelligence*, la *Learning Organization*, il *Cooperative Learning & Training* e tutte le numerose e suggestive variabili delle teorie ermeneutiche e narrative che sono succedute alla fondamentale teoria dell'azione weberiana ⁽¹⁵⁾ hanno enormemente arricchito il catalogo delle competenze richieste non solo agli ex esperti tayloristi dell'ufficio programmazione, ma a chiunque «lavori a qualsiasi livello di responsa-

⁽¹³⁾ Gli allegati sono ricchi di tabelle dettagliate, nelle quali i contraenti convengono sul modello TMU (*Time Measurement Unit*): 1 TMU vale 0,036 secondi. Ogni movimento del lavoratore (dal sollevare un pezzo a camminare per pochi metri) viene dunque analizzato e misurato con questo metro. Sollevare un pezzo pesante un chilo per piazzarlo ad una distanza di 20 cm vale dai 20 ai 40 TMU (secondo la difficoltà del movimento); per un pezzo fino ad 8 chili i valori sono dai 25 ai 50 TMU; camminare vale 25 TMU per metro, mentre piegarsi e/o raddrizzarsi vale 60 TMU. Naturalmente il modello di analisi è assai complesso. Tiene conto di tre variabili (sicurezza, ergonomia, produttività) e le integra nell'analisi dei tempi, delle posture e delle prestazioni. Inoltre, non è un "modello FIAT", ma è un "protocollo" riconosciuto e, soprattutto, praticato in tutte le aziende simili a livello mondiale.

⁽¹⁴⁾ R. SENNET, *L'uomo flessibile*, 1998 (trad. it. Feltrinelli, Milano, 1999).

⁽¹⁵⁾ M. WEBER, *Alcune categorie della sociologia comprendente*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1913), trad. it. Einaudi, Torino, 1981, 243; ID., *Economia e società* (1922, ed. postuma), trad. it. Ed. di Comunità, Milano, 1995 (I ed. it. 1961) 5 voll.

bilità» in un'economia tecnologicamente avanzata e globalizzata come la nostra.

Le famose tre erre (*writing, reading, arithmetics*) già previste come dotazione indispensabile per tutti i cittadini da Adam Smith per far funzionare il mercato e per renderlo motore dello sviluppo personale, sociale ed economico ⁽¹⁶⁾ si sono, di conseguenza, allargate a dismisura. Nessuno più si sogna, oggi, salvo che sia un disonesto o uno sprovvaduto, per dirla con Crozier, di poter governare fabbriche ed uffici «amministrando cose anziché uomini». O di considerare la qualità soltanto del punto di vista del cliente e dei prodotti e non anche, e prioritariamente, da quello delle condizioni non solo del lavoratore, ma anche della sua persona nel contesto familiare e sociale in cui vive. O di parlare di flessibilità come capacità di rispondere con opportune diversificazioni dei prodotti ai cambiamenti dei mercati ed alle variazioni *just in time* della domanda, immaginando di poter procedere in questa direzione senza il contributo protagonista dei singoli lavoratori e senza valorizzare le decisioni da loro assunte, tra vincoli e possibilità che non si possono ignorare, all'interno della rete socio-locale-globale di servizi (o di non servizi, se inesistenti) in cui si trovano.

Qualcosa vuol pur dire, insomma, il fatto che, oggi, si riconosca che ogni manifattura sia sempre più anche il risultato di una mentofattura – e viceversa ⁽¹⁷⁾; che ogni manuarato sia sempre più anche cognitariato – e viceversa ⁽¹⁸⁾; e che ogni “prestazione”, a qualsiasi livello di responsabilità professionale si riferisca (imprenditore, operaio, giovane in cerca di lavoro o di migliorare la propria posizione di lavoro, professionista che cerca clienti o cliente che cerca un professionista ecc.), per apparire “adeguata e ben fatta”, non può più prescindere dal contesto che la circonda. Perché un conto è prevederla all'interno di una “cattedrale nel deserto”, un altro in un ambiente industriale ben infrastrutturato; un conto è assumerla in una realtà produttiva basata sui distretti industriali, tipici della nostra prima, seconda e terza rivoluzione industriale, un altro in una realtà nella quale si sia giunti a strutturare veri e propri *cluster* formativo-produttivi integrati tipo Silicon Valley; un conto, in un mondo economico globalizzato, è eseguirla per mirare ai prezzi dei prodotti, un altro alla loro qualità ecc. Per questo figure imprenditoriali come quelle del Giovanni Malfenti disegnato da Svevo nel 1923

⁽¹⁶⁾ A. SMITH, *op. cit.*, 952. Vedi anche la sua analisi del caso americano (libro IV, cap. VII e parti II e III).

⁽¹⁷⁾ B.A. TURNER, *Ripensare le organizzazioni: l'apprendimento organizzativo negli anni Novanta*, in *Studi organizzativi*, 2000, 1, 35-54.

⁽¹⁸⁾ G. BERTAGNA, *Lavoro e formazione dei giovani*, La Scuola, Brescia, 2011.

(¹⁹) o dell'industriale ruspante e selvaggio descritto da Parise nel 1973 (²⁰) appartengono, come è giusto, alla letteratura ed alla storia.

Ora, come ricordava von Hayek già nel 1944, non esistono scuole che possano «trasmettere in astratto la scienza» necessaria perché ciascuno «operi bene» in questi campi (²¹), o manuali che possano attrezzare tutti alla bisogna. Avendo ben presente il fondamentale principio di Smith (²²), Hayek ricordava che nessuno può ambire a conquistare questi risultati se non mobilitando fino in fondo le proprie personali capacità, libertà e responsabilità (²³). Ragione per cui la sconfitta dell'ignoranza di tutti non si ottiene mandando pochi o tanti ad attingere ad un taumaturgico deposito delle scienze-conoscenze, custodite e dispensate da illuminati sacerdoti in appositi templi, bensì mettendo ogni soggetto nelle situazioni che lo spingono ad utilizzare al meglio le scienze-conoscenze che sono, e rimangono, ampiamente disperse tra i tanti diversi soggetti con cui interagisce allo scopo di decidere le proprie azioni in vista del proprio bene. È solo, in altri termini, la catallassi («sistema auto-organizzativo di cooperazione volontaria») che fa crescere

(¹⁹) «Il desiderio di novità che c'era nel mio animo – confessa Zeno – veniva soddisfatto da Giovanni Malfenti [suo futuro suocero, *n.d.r.*] ch'era tanto differente da me e da tutte le persone di cui fino ad allora avevo ricercato la compagnia e l'amicizia. Io ero abbastanza colto essendo passato attraverso due facoltà universitarie eppoi per la mia lunga inerzia, ch'io credo molto istruttiva. Lui, invece, era un grande negoziante, ignorante e attivo. Ma dalla sua ignoranza gli risultava forza e serenità ed io m'incantavo a guardarlo, invidiandolo» (I. SVEVO, *La coscienza di Zeno* (1923), Biblioteca Studio Tesi, Pordenone, 1993, 69-70).

(²⁰) «Medio industriale di provincia (maglierie) sui sessant'anni, completamente analfabeta». Questo imprenditore sosteneva «che il mondo moderno non ha alcuna necessità di cultura classica e per cultura classica egli intendeva naturalmente saper leggere e scrivere». «Ho imparato solo la mia firma: serve per gli assegni». «La mia cultura, se così si può dire, nasce da un telaio meccanico, in casa, e si è sviluppata via via. Ora ho un'azienda di 200 operai» (G. PARISE, *Analfabeta borghese*, in *Corriere della sera*, 19 agosto 1973, 1).

(²¹) F.A. VON HAYEK, *La via della schiavitù* (1944), trad. it. Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011.

(²²) «Lo sforzo naturale di ciascun individuo per migliorare la propria condizione, quando lo si lascia agire con libertà e sicurezza, è un principio così potente che da solo e senza alcun aiuto è capace non soltanto di portare la società alla ricchezza e alla prosperità, ma anche di superare i cento ostacoli coi quali la follia delle leggi umane troppo spesso ostacola la sua azione» (A. SMITH, *op. cit.*, libro IV, cap. V, § IV, 683).

(²³) F.A. VON HAYEK, *La presunzione fatale. Gli errori del socialismo* (1988), trad. it. Rusconi, Milano, 1997.

le persone e, con loro, la scienza-conoscenza e pure il “bene comune”. Non altro ⁽²⁴⁾.

Ebbene che cos'è questo se non il “fare impresa”? “Fare impresa” nel conoscere, nel fare, nell'agire, mettendo insieme queste tre differenti, ma integrate, dimensioni nei luoghi e nei tempi diversi che a ciascuno è dato vivere per risolvere i “suoi” problemi, elaborare i “suoi” progetti, eseguire i compiti che gli vengono richiesti o imposti o che si pone.

È nell'impresa, dunque, nel trovare, ciascuno per la sua parte, i modi di farla vivere e non morire, assumendosi le responsabilità delle proprie scelte ed accendendo tutte le occasioni per essere in grado nel concreto di impiegare (nel senso di piegare all'impresa) la conoscenza dispersa tra tanti e diversi individui vicini e lontani che ormai coincidono con il mondo che si impara a crescere, a mettere in gioco se stessi, i propri cari, gli altri e a dar-si la forma possibile che si vuole, tenendo conto di quella che gli altri o le situazioni ci vogliono dare. Non c'è scuola migliore di questa. Anche sul piano dell'apprendimento del “sapere” (le conoscenze teoretiche delle scienze), del “saper fare” (conoscere le abilità tecniche e professionali) e dell’“essere” (dimostrare le competenze personali, che integrano le conoscenze e le abilità acquisite nell'agire bene, come si deve, nella complessità di ogni situazione).

Il problema non è, perciò, negare le difficoltà che è necessario affrontare quando si intenda affidare integralmente la formazione dell'apprendista all'azienda, sia essa rozzamente fordista o abbia anche raggiunto i livelli più elevati di ricomposizione dei compiti in un'economia globalizzata. Sono, del resto, difficoltà analoghe a quelle che si incontrano anche nelle istituzioni scolastiche, quando si scopre che, nella maggior

⁽²⁴⁾ Un esempio paradigmatico a livello macro può essere rappresentato dallo sviluppo industriale italiano. Come sottolinea G.P. CANTONI, *Sviluppo e stabilità. Diagnosi e proposte tra Europa e globalizzazione nel 150° anniversario dell'unità d'Italia*, Spirali, Milano, 2011: «lo sviluppo industriale italiano è stato come nessun altro, caotico, imprevedibile e imprevisto [...]. Ogni tentativo di pianificarlo, di disegnarlo dall'alto in basso, di instradarlo in questa o quella direzione, è risultato inevitabilmente frustrato dai fatti». Questo perché la realtà profonda dell'economia si è fondata sulla spina dorsale della piccola e media impresa, cioè sulla volontà, la passione, la dedizione, la libertà e la responsabilità di generazioni di singoli imprenditori, legati ai territori e al circolo virtuoso locale tra il risparmio delle famiglie e le necessità aziendali. Una realtà che molto spesso si è tradotta in crescita “nonostante” lo scenario in cui si è trovata a competere, “nonostante” l'indifferenza dei governi, la carenza di scienza-conoscenza formalizzata delle situazioni, la difficoltà di avere una rappresentanza di alto livello. Le grandi imprese, invece, che hanno sempre goduto delle condizioni negate alla piccola e media impresa hanno fatto perdere all'Italia il treno della chimica, dell'informatica, della ricerca di base e adesso, forse, dell'industria automobilistica.

parte dei casi, la separazione artificiale in discipline, tempi, luoghi, docenti e condizioni indipendenti, e non catallattiche (“imprenditoriali”), che spesso vi regna, non si può dire propizi la formazione del marxiano uomo polivalente ed onnilaterale o del costituzionale «pieno sviluppo della persona di ciascuno». In questi casi, infatti, la scuola finisce per usare gli studenti più come “oggetti” che servono per perpetuare l’inerzia della sua tradizionale struttura al posto di sforzarsi del contrario, piegandosi lei ai “soggetti”.

La formazione, del resto, è sempre difficile, in impresa o a scuola. Costa sempre, è faticosa, costringe spesso a difendersi per affermarsi, è dialettica, è intrisa del legame indissolubile tra sofferenza (*pathémata*) e conoscenza (*mathémata*), che Eschilo raggruma nel famoso *pathei pathos* ⁽²⁵⁾. Ma questa è la condizione della vita che riguarda sia l’azienda, sia la scuola.

Certo, i minori hanno bisogno di protezioni in questa avventura. Viceversa, la retorica del carattere formativo della fatica e della sofferenza che, in ogni caso ed in modi diversi, è ineliminabile tanto dal lavoro quanto dallo studio diventa pericolosamente fine a se stessa. Esaltare il faticare e soffrire senza fini diversi dal faticare, e soffrire perché questo temprerebbe in sé il carattere delle persone è tutt’altro che una strategia formativa: è soltanto una brutale logica di potere che umilia e comprime.

Le protezioni, però, vanno previste nell’uno (azienda) e nell’altro luogo (scuola). Non si può dare per scontato che i minori siano a rischio nel primo ed in salvo nel secondo solo perché il primo sarebbe “privato” ed il secondo “pubblico”.

Nel caso dell’apprendistato in generale, ma a maggior ragione in quello per la qualifica professionale, tra l’altro, le protezioni in questione sono previste molto più che nella scuola, non solo per norme di legge che, come sappiamo, spesso restano grida manzoniane, ma per definizione e controllo da parte delle forze sociali, cioè per accordi contrattuali tra parti datoriali e sindacali che hanno tutto l’interesse a non lasciare alcuna distanza tra il pattuito ed il realizzato.

6. Criteri per la formatività dell’impresa.

Il problema, dunque, non è negare che l’azienda, la fabbrica possano essere a pieno titolo esperienze formative, ma è mettere a fuoco le con-

⁽²⁵⁾ ESCHILO, *Agamennone* (versi 177 e 250).

sapevolezze che possono permettere loro di rivendicare e, soprattutto, avvalorare progressivamente questa qualificazione, convinte che più la garantiscono agli apprendisti meglio producono e vincono nella competizione del mercato.

Organizzazione relazionale. La prima consapevolezza da rendere condivisa si può chiamare, in una parola, “organizzazione”. Non si tratta di stabilire modelli organizzativi, magari a priori, da applicare dovunque e comunque, in nome di una improbabile teoria unificata ⁽²⁶⁾; si tratta invece di affermare dovunque e comunque il principio che la organizzazione non è una cosa, e nemmeno una teoria descrittiva o costitutiva o regolativa, e tantomeno un organigramma aggiornato, ma è una serie di relazioni vissute tra persone, orientate ad uno scopo comune, in uno spazio ed in un tempo determinato.

Come declinare questo principio nel concreto di ogni azienda è compito della bilateralità. I tempi in cui l’organizzazione poteva essere imposta o attraverso il potere dei tecnici (o dei “padroni”) oppure attraverso la forza della legge sono finiti. La svolta culturale che ha spostato la tutela della “buona” organizzazione dalla norma di legge alla sussidiarietà attiva ⁽²⁷⁾ è una maturazione che non si deve soltanto alle teorie scientifiche dell’organizzazione, ma che ha trovato larghe legittimazioni nell’antropologia filosofica relazionale che ha sempre più dimostrato le debolezze insanabili di quella individualistica, nonché nella critica allo statalismo, con la sua storica tendenza al positivismo giuridico.

Proprio per questo, se non esiste un modello organizzativo ottimale predeterminato per tutti gli ambienti e per tutte le stagioni, diventa, tut-

⁽²⁶⁾ Una prova del carattere illusorio di questa pretesa è, per esempio, il caso Luxottica. Essa è cresciuta, infatti, infrangendo le regole che avrebbero presieduto allo sviluppo delle aziende. Michel Porter ha teorizzato che, per crescere fuori casa, all’estero, bisogna essere molto forti in casa propria. La Luxottica ha fatto il contrario. Altri Autori hanno collegato il successo industriale all’esternalizzazione delle attività, da delocalizzare dove il costo del lavoro è inferiore. La Luxottica ha fatto il contrario: ha internalizzato quando tutti stavano esternalizzando, puntando sull’aumento della produttività e sulla qualità («non mi serve un operaio che lavori tanto facendosi pagare poco: mi serve un operaio intelligente, che sappia controllare le macchine e i robot»). Altri ancora hanno enfatizzato il ruolo della comunicazione per lo sviluppo aziendale. La Luxottica ha puntato sul prodotto: è la sua qualità che assicura la fidelizzazione del cliente. Infine, pur deprecando il fenomeno, in molti casi si è sostenuto che, per stare sul mercato, bisognerebbe ricorrere ad elusione ed evasione fiscale, oltre che al lavoro nero: Luxottica ha fatto vanto del contrario (G. BRUNETTI, A. CAMUFFO, *Del Vecchio e Luxottica. Come si diventa leader mondiali*, Isedi, Torino, 2000).

⁽²⁷⁾ Si pensi, per esempio, alle differenze di impianto organizzativo ricavabili dalla logica dello Statuto dei lavoratori e da quella che soggiace allo Statuto dei lavori.

tavia, un criterio formativo fondamentale ribadire che nessuno può lavorare bene in un ambiente nel quale non senta e non sappia altrettanto bene di essere nodo di una rete. I modi e le forme di questi sentimenti e di questi riconoscimenti razionali criticamente riflessi vanno stabiliti e cercati in ogni situazione. Ma che ci debbano alla fine essere per tutti non dovrebbe essere oggetto di discussione.

Un aiuto a riscoprire la centralità dell'organizzazione come relazionalità negoziale può derivare, paradossalmente, proprio dal modo con cui si strutturano oggettivamente gli ambienti di lavoro. Gli psicologi, come è noto, hanno elaborato il concetto di *affordance* ⁽²⁸⁾. In questo senso, un ambiente di lavoro che pretenda di dichiararsi avanzato e competitivo a livello globale deve essere organizzato in maniera tale da far capire anche senza dirlo che non è frutto né del caso, né delle mere esigenze tecnico-produttive, ma di una progettazione relazionalmente significativa negoziata tra tutti gli attori coinvolti che l'hanno determinata. Deve essere, quindi, la stessa presenza di oggetti, macchine, rapporti tra spazi reali e/o virtuali, interni ed esterni all'impresa, a suggerire a chiunque vi lavori, ed in particolare ai giovani apprendisti, il tipo di relazioni interpersonali da cui tale ordine disposizionale proviene ed a cui aspira. In questo senso, dovrebbe anche suggerire ai neofiti un repertorio di azioni ben precise e lo stimolo a formulare ipotesi all'interno di quadri teorici poi da verificare circa gli usi degli oggetti, la qualità e la quantità delle relazioni tra le persone e le cose e la natura dei rapporti tra mezzi e fini.

Non serve, all'inizio, che ci sia scritta da qualche parte una formalizzazione matematica o narrativa di tutte queste possibili suggestioni. È importante che questa formalizzazione nasca e si strutturi a mano a mano che procede l'integrazione del neofita nell'organizzazione. Il che significa anche non bloccare la vitalità di questo processo che deve restare continuo e, perciò, aperto, mai irrigidito in formule catechistiche.

Quasi un ossimoro, visto che ogni formalizzazione conclude un processo e gli dà un nome, per non lasciarlo mistico ed ineffabile, mentre ogni processo è tale nella misura in cui non precipita a procedimento, ma si mantiene forza viva (intellettuale, emotiva, motoria, sociale, morale, espressiva) grazie allo sforzo degli attori in gioco, nessuno escluso. Forza viva che, richiedendo l'esperienza ed il coinvolgimento personale, non può confermarsi «frutto incomunicabile della sofferenza e della memoria, e attraverso la quale si compie la formazione dell'uomo». Per

⁽²⁸⁾ J.J. GIBSON, *Per un approccio ecologico alla percezione visiva* (1979), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1999.

questo non potrà mai «essere insegnata in nessuna scuola e in nessun corso»⁽²⁹⁾.

Le *affordance* non dipendono, quindi, dall'ambiente, ma dalle potenzialità formative relazionali nucleate nell'ambiente stesso e dalla intelligenza personale che si è distribuita e sedimentata con la disposizione degli elementi fisici, psichici ed ideali che lo compongono.

Formare un neofita in questo contesto significa, quindi, non nutrire dubbio sul fatto che tutte le persone siano intelligenti e creative. Anche quelle per le quali si possono nutrire molti indizi per non ritenerle tali. Allo stesso tempo, però, significa anche non dubitare della circostanza che nessuno potrà mai dimostrare la sua intelligenza e creatività se non è posto nelle condizioni organizzative e nelle situazioni disposizionali unitarie di poterlo attivamente dimostrare⁽³⁰⁾. Magari sorprendendoci.

Conoscenza pratica. La seconda consapevolezza con cui avvalorare il carattere formativo dell'azienda riguarda la riscoperta del valore da attribuire alla conoscenza pratica. Nessuno ha mai imparato a camminare sui tetti studiando fisica e geometria dei piani inclinati sui libri o facendo esperimenti grafici al computer, nei laboratori. Tantomeno qualche musicista è riuscito ad eseguire un vibrato, studiandolo su un apposito manuale. Allo stesso modo, nessun medico è mai diventato esperto nella palpazione del paziente facendo corsi per corrispondenza o studiando per anni ed anni sui libri che descrivono le preclare virtù di questa fondamentale tecnica clinica. Kant, ad esempio, confessava che non si sarebbe mai fatto curare dai suoi colleghi medici di università, ma da medici "ruspanti", di batteria, che continuavano a vedere e curare pazienti, ogni giorno. Né esiste uomo che riesca ad andare in bicicletta perché ha imparato alla perfezione che «per ogni angolo di mancanza di equilibrio, si curva la deviazione in maniera inversamente proporzionale al quadrato della velocità alla quale si sta andando»⁽³¹⁾. O che si muova bene su una scena perché sa che la velocità di un gesto è sempre inversamente proporzionale alla radice cubica della curvatura della traiettoria del gesto stesso. O che vada a fare la spesa al supermercato, obbe-

⁽²⁹⁾ J. MARITAIN, *Per una filosofia dell'educazione* (1969), trad. it. a cura di G. GALEAZZI La Scuola, Brescia, 2001, 87.

⁽³⁰⁾ J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine* (1939), trad. it. Einaudi, Torino, 1949, 111, 113.

⁽³¹⁾ K. POLANY, *La conoscenza personale. Verso una filosofia post-critica* (1958), trad. it. a cura di E. RIVERSO, Rusconi, Milano, 1990, 135 ss.

dendo agli algoritmi dell'economia neoclassica ⁽³²⁾. E si potrebbe continuare.

Questi esempi bastano per ribadire che, sul piano epistemologico, "conoscenza pratica" e "conoscenza teorica" sono effettivamente due cose diverse che possono addirittura rimanere parallele per tutta la vita, senza incontrarsi mai. In giovani ed in vecchi, tra l'altro. È accaduto da sempre. Accade anche oggi: si pensi soltanto alle ultime generazioni "manettare" delle nuove tecnologie informatiche. O ai tanti esempi di fior di figure professionali (medici, piloti, commercialisti, progettisti, manager, artisti, inventori, artigiani, creativi ecc.) che hanno imparato sul campo ad essere migliori ed in ogni senso più affidabili dei colleghi che hanno condotto studi teorici sistematici. Accadrà pure domani.

Non si vuol dire che questo parallelismo sia bene e, quindi, auspicabile. Anzi, è bene, come abbiamo più volte ricordato, mirare all'opposto. È opportuno, però, valorizzare, anche per contribuire ad evitare i problemi formativi che ne possono derivare, alcune specificità della "conoscenza pratica".

Anzitutto, che «siamo più inclini a trasformare le nostre azioni in pensiero implicito che non a tradurre esplicitamente il pensiero in azione» ⁽³³⁾ e che «la mente» prima di altro «è un'estensione della mano e degli strumenti che si usano e delle attività alle quali li si applica» ⁽³⁴⁾. È noto, d'altra parte, che «l'abilità è un modo di trattare le cose, non una derivazione della teoria» ⁽³⁵⁾. Per questo, «spesso siamo capaci di fare cose molto prima di essere in grado di spiegare concettualmente quello che stiamo facendo o normativamente perché lo dobbiamo fare» ⁽³⁶⁾. Per cui davvero, «questa simmetria tra il fare e il comprendere ci ricorda l'abilità dei bambini nel giocare a biglie senza avere un'idea delle leggi matematiche che le governano, o anche quella degli antichi Egizi, che costruivano le piramidi quando ancora non possedevano le cogni-

⁽³²⁾ Markowitz, ad esempio, decise di allocare i suoi risparmi non secondo la teoria che gli guadagnò il rispetto del mondo, bensì investendoli come avrebbe fatto un normale padre di famiglia.

⁽³³⁾ J.S. Bruner, *La cultura dell'educazione. Nuovi orizzonti per la scuola* (1996), trad. it. di L. CORNALBA, Feltrinelli, Milano, 1997, 92. Di cultura come prassi implicita e non solo come consapevolezza cosciente di strutture normative parlano P. BOURDIEU, *Ragioni pratiche*, Il Mulino, Bologna, 1995 ed E. GOFFMAN, *La vita quotidiana come rappresentazione*, Il Mulino, Bologna, 1975.

⁽³⁴⁾ J.S. BRUNER, *La cultura dell'educazione*, cit., 166.

⁽³⁵⁾ Ivi, 167.

⁽³⁶⁾ Ivi, 166.

zioni geometriche indispensabili»⁽³⁷⁾. O ci deve rimandare al chiasmo già teorizzato come paradigma insuperabile dell'antropologia, oltre tremila anni fa, dagli Ebrei, poi ripreso e sviluppato in senso epistemologico, ad esempio, da Pascal⁽³⁸⁾, Wittgensten⁽³⁹⁾ o Peirce⁽⁴⁰⁾.

«Quanto il Signore ha ordinato, noi lo faremo e lo ascolteremo», è scritto in Es 24, 7. Così assicura il popolo d'Israele a Mosè appena sceso dal Sinai con la Torah. Il chiasmo di quel fare che, contro ogni nostra attesa, precede l'ascoltare, non è una svista. Vuol invece dire che solo mettendo in pratica principi e teorie ancora implicite e non giustificate diviene poi possibile ascoltarle, e cioè comprenderle fino in fondo, renderle esplicite e giustificarle.

Per questo è molto importante che, in un'impresa che vuol essere formativa, si parta dalle azioni e si giunga alle riflessioni critiche. Si praticino, cioè, i reali processi di lavoro, prima in osservazione, poi in affiancamento ed infine in autonomia. E, contemporaneamente, ma sempre dopo l'azione, si abbiano gli stimoli (teoretici, scientifici, tecnici, etici, civili ecc.) adeguati per analizzare questi processi nelle tre fasi che si sono indicate.

Per esempio, distinguere nella fase di osservazione e di ambientamento, nei processi di lavoro: gli scopi; poi le azioni più importanti (primarie) messe in campo per concretizzarli; quindi le azioni accessorie o secondarie richieste per rendere possibile le prime; infine, dare la giusta attenzione alle modalità con cui si procede alla verifica interna ed esterna dei risultati ottenuti.

Provare poi, nella seconda fase, il processo reale di lavoro che è sempre unitario, affiancati dal "mastro", scoprendo l'eventuale distanza tra il modo con cui si erano colte e formalizzate le varie fasi durante l'osservazione ed il modo con cui, invece, si praticano nel corso dell'accompagnamento.

Per ultimo, dopo aver condotto numerose osservazioni ed altrettante prove in affiancamento, fare da soli, svolgere in autonomia i processi reali di lavoro. Mettere in gioco, insomma, la propria competenza per-

⁽³⁷⁾ J. S. BRUNER, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 4 (ciclo di lezioni tenute nei giorni 12-14 aprile 2000 al Dams di Bologna, trad.it. di M. CARPITELLA).

⁽³⁸⁾ Pensiero n. 233, ed. Brunschvicg, in B. PASCAL, *Pensieri* (1670), trad. it. di G. AULETTA e Ines e V.G. ROSSI, Paoline, Cinisello Balsamo, 1986, 203-204.

⁽³⁹⁾ «Il nostro discorso acquista il suo senso solo dal resto delle nostre azioni» (L. WITTGENSTEIN, *Della certezza* (1950-1951), trad. it. Einaudi, Torino, 1974, § 229, 37).

⁽⁴⁰⁾ C.S. PEIRCE, *Scritti scelti*, Utet, Torino, 2005, 185-227.

sonale senza più protezioni e possibili scarichi di responsabilità. Ed essere aiutati da altri, a partire magari dallo stesso “mastro” che ci ha seguiti, a scoprire l’eventuale distanza esistente tra la formalizzazione dei processi di lavoro condotta nella fase dell’osservazione, i processi di lavoro realmente praticati nelle fasi di accompagnamento ed infine i processi di lavoro svolti in autonomia.

In secondo luogo, va considerato che crescere nella e attraverso la “conoscenza pratica” non significa necessariamente risultare, per dirla con Platone ed Aristotele, «praticoni»⁽⁴¹⁾, gente che non si pone la domanda del “perché” di quanto si fa e se come lo si fa è anche come lo si dovrebbe fare per farlo bene, dandone le ragioni. E, soprattutto, non significa essere gente incapace di dare risposte a queste domande o che le potrebbe dare al massimo in maniera pleonastica, cioè semplicemente rifacendo quanto ha fatto e riformulando all’infinito la domanda su questo fare, domanda che resterebbe però sempre senza una convincente risposta. Il problema non è questo, quindi, ma quello del livello di formalizzazione e di giustificazione di queste risposte esplicative alle domande e, quindi, della loro corrispondenza con le teorie scientifiche accettate nei paradigmi di ricerca disponibili e condivisi dalle comunità scientifiche. Il che implica, in assenza di questa condizione, non la loro inefficacia, ma un forte ridimensionamento della loro generalizzazione intersoggettiva e della loro potenza esplicativa.

Infine, non va taciuto un dato elementare che non bisogna trascurare quando si intende avvalorare la conoscenza pratica: è sempre il “sapere pratico”, quello della persona in azione in un contesto del mondo e dell’esistenza, a rendere possibile anche il “sapere teoretico” più raffinato e sottile che si possa pensare. Non si lavora mai, quindi, a partire dalla testa: si lavora sempre a partire da tutto il corpo (che contiene, è ovvio, la testa, ma che non è riducibile ad essa). Anche la metafisica o la logica matematica o il sapere più contemplativo che si possa immaginare risultano, perciò, il prodotto di azioni nell’esperienza. Azioni empiriche che “formano” (nel senso di dar-si e dare una forma) la persona che le agisce, gli altri ed il mondo con cui inter-agisce. Aristotele esprimeva la medesima convinzione osservando che il sapere teoretico nasce «da molte sensazioni di esperienza»⁽⁴²⁾. Non, dunque, nel senso un po’ magico per cui l’esperienza sarebbe per sé generatrice di scienza, ma in quello molto meno discutibile in base al quale il sapere o è sempre sapere di qualche azione che si esperisce o non esiste affatto.

⁽⁴¹⁾ PLATONE, *Gorgia*, 465a; ARISTOTELE, *Metafisica*, I, 980b-981a.

⁽⁴²⁾ ARISTOTELE, *Metafisica*, I, 981a, 1-5.

Ecco perché: «l'immaginazione è [...] diversa sia dalla sensazione sia dal pensiero, però non esiste senza la sensazione, e senza di essa non c'è apprensione intellettuale»⁽⁴³⁾ e perché «non c'è nessuna cosa, come sembra, che esista separata dalle grandezze sensibili», per cui «gli intelligibili si trovano nelle forme sensibili, sia quelli di cui si parla per astrazione sia le proprietà ed affezioni degli oggetti sensibili». Cosicché «se non si percepisse nulla non si apprenderebbe né si comprenderebbe nulla»⁽⁴⁴⁾.

Il "mastro" come facilitatore. L'ultima consapevolezza che autorizza ogni impresa a rivendicare il suo ruolo formativo è, in un certo senso, la condizione delle precedenti: esse non esistono di fatto se non si può contare su un "mastro" che agisce nell'ambiente di lavoro e che le abbia già interiorizzate e metabolizzate.

Senza un "mastro" di questo tipo, infatti, nessun apprendista potrà mai "copiare", potrà essere guidato all'analisi dei processi di lavoro, quindi accompagnato nel ripeterli e, per ultimo, veder valutate e certificate le sue competenze quando lavorerà in autonomia. In una parola, non sarà mai possibile essere prima "discepoli" e poi, si spera, "apostoli"⁽⁴⁵⁾, cioè prima imparare dal vivo e poi insegnare a nostra volta ad altri il "lavoro ben fatto", in una dinamica circolare, duplicativa e progressiva che non potrà mai avere fine non per l'intera vita dei singoli, ma anche per l'intera durata dell'esistenza in vita dell'impresa.

È proprio questa dinamica infinita, inesauribile, che ha fatto e fa equiparare ogni "mestiere" (sapere pratico in azione) testimoniato da un esperto ad un "mistero" (sapere teorico da scoprire, contenuto nel primo). Ogni buona riproduzione di procedure, quand'anche fossero ben conosciute teoricamente e quindi anche algoritmizzate, implica, infatti,

⁽⁴³⁾ ARISTOTELE, *De anima*, III, 427b, 14-17.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, III, 432a, 4-9, 229.

⁽⁴⁵⁾ Uso intenzionalmente questi vocaboli di ascendenza religiosa perché esprimono una modalità di apprendimento che caratterizza l'uomo in qualsiasi suo altro apprendimento. Discepoli (*mathetái*): si tratta di uomini e donne che seguono Gesù "Maestro" ("mastro"), lo vedono, lo toccano, vivono con lui. Solo se è si è discepoli (Luca, negli *Atti* sostiene che, proprio per la loro caratteristica di "stare" sempre col "Maestro", siano stati pochi: precisamente 72) si può essere poi apostoli (*apóstoloi*), inviati ad evangelizzare con la parola. Ma ogni apostolo, in questo senso, non può esistere se non a partire dal suo essere stato discepolo di ciò che annuncia: come a dire senza un "maestro/mastro" che agisce e con cui si vive a lungo non si può imparare nulla e tanto meno, poi, essere in grado di insegnarlo.

sempre una creativa «ripetizione senza ripetizione»⁽⁴⁶⁾ che va in onda *live*. Ciò sia nel senso che ogni soggetto ripete a modo proprio le sequenze che compongono qualsiasi procedura anche formalmente conosciuta, mostrandosi più o meno felice nel gesto e nei risultati, sia nel senso che, per lo stesso soggetto, adottarla, incarnarla, implica, momento dopo momento, senza interruzioni e senza alcuna rete di protezione, trovare ed introdurre istantaneamente, nel contesto dato, una “giusta misura” di articolazione, relazione, arbitraggio e giudizio tra sé, gli altri, gli oggetti, i linguaggi, le tecnologie, le istituzioni, le norme ed i risultati.

Infatti, «ogni situazione vitale ha, come il neonato, nonostante tutte le somiglianze, un nuovo volto, mai esistito, che mai tornerà. Essa ti richiede una presa di posizione che non può essere già pronta. Non richiede nulla di ciò che è stato. Richiede presenza, responsabilità, richiede te stesso. È questo che chiamo grande carattere»⁽⁴⁷⁾.

Il carattere formativo dell'impresa, quindi, finisce per accreditarsi sulla base del carattere formativo del “tutor” che prende in carico l'apprendista. Se egli non lavora bene, non farà nemmeno lavorare bene. Non è in questione il “sapere” contenuto nel lavoro. Si possono insegnare, diceva Aristotele, soltanto conoscenze; ma lavorare è molto più che avere le conoscenze che lo rendono possibile, coinvolge l'esperienza personale, l'essere stesso di chi lavora. Ecco perché se si possono insegnare le conoscenze del lavoro non si può insegnare a lavorare: il lavoro, come ogni vita in azione, è ininsegnabile⁽⁴⁸⁾. Non c'è altro da fare che viverlo ogni volta, per dimostrare di possederlo. Per questo un antichissimo proverbio recita che imparare un “mestiere” da un “mastro” significa “rubarlo”. Rubarlo da persona a persona, rivivendolo in sé, per “simpatia”, copiarlo per intrusione, indovinando per intuizione ciò che tiene nascosto, prearlo⁽⁴⁹⁾, enucleando razionalmente quanto è nucleato, superando la refrattarietà dell'artista (o di chiunque si dimostri «esperto» nel fare bene qualcosa) a condividere la “sua” competenza, il che poi vuol dire la “sua” irripetibile e non trasmissibile

⁽⁴⁶⁾ N. BERNSTEIN, *Dexterity and Its Developments*, Lawrence Erlbaum, Hillsdale (NJ), 1996, cit. in S. GHERARDI, A. BRUNI, *Studiare le pratiche lavorative*, Il Mulino, Bologna, 2007, 169.

⁽⁴⁷⁾ M. BUBER, *Discorsi sull'educazione (1920-1930)*, tr. it. di A. Aluffi Pentini, Armando, Roma 2009, pp. 99-100.

⁽⁴⁸⁾ ARISTOTELE, *Metafisica*, da 981a, 13, a 981b, 10.

⁽⁴⁹⁾ Capire (*capere*, prendere), carpire (*carpere*, staccare con violenza), carpo (*Karpōs*, sia frutto sia, per metonimia, giuntura, polso che si piega per carpire il frutto): ecco il carattere anche etimologicamente “predatorio” dell'apprendimento.

esperienza personale, per farla “nostra” per quanto possibile, con un “nostro” altrettanto personale atto creativo che ci forma mentre lo svolgiamo e che, mentre ci forma, ci aiuta anche a riconoscere che noi siamo sempre molto di più di questa forma che a mano a mano esibiamo e delle forme che andiamo via via assegnando al mondo ed al nostro rapporto con le cose. Che cosa esiste di più formativo di un’esperienza di questo genere?

Apprendistato e formazione in impresa – Riassunto. *L’A. muove dal presupposto secondo cui il Testo Unico dell’apprendistato ha, seppure a certe condizioni, riconosciuto l’impresa come formativa. Vengono ricordate le resistenze culturali, tuttora presenti, a tale assunto, quelle che vedono la formazione come delegata alla scuola, mentre l’azienda sarebbe esclusivamente il luogo della produzione e del lavoro. Del resto, secondo l’A., anche il testo di legge prevede delle attenuazioni al principio espresso in premessa, specie, ove, a proposito dell’apprendistato professionalizzante e di mestiere, chiede che la formazione professionalizzante sia integrata da quella pubblica, finalizzata all’acquisizione di competenze di base e trasversali. Si tratterebbe di una divisione astratta, lontana dalla realtà dei processi di lavoro, che, da una parte, deresponsabilizza l’azienda, dall’altra, scolasticizza l’offerta pubblica. L’A. ritiene, invece, che l’azienda possa essere a pieno titolo formativa, se basata su una organizzazione relazionale, se consapevole del valore della conoscenza pratica, se, infine, possa contare su un “mastro” come facilitatore.*

Apprenticeship and In-house Training (Article in Italian) – Summary. *This paper takes as its starting point the underlying assumption of the Consolidated Law on Apprenticeship that, in certain conditions, the company represents a training environment. The paper describes the cultural resistance to this view by those who – still today – see education as being provided solely at school, while companies remains exclusively a place for work and production. According to the Author, however, the law itself provides for a softening of the principle expressed in its introduction, especially in the cases of apprenticeships aimed at teaching a trade or a profession, where vocational training must be complemented by public formal education, aimed at providing basic and cross-disciplinary skills. A rigid separation would not reflect real work processes, and, on the one hand, it would release the company from the responsibility of providing training, while on the other, it would lead to public training becoming increasingly school-based. The Author believes, therefore, that the company can rightfully exist as a training environment, if it is based on a relational organization structure giving value to practical skills, and with a “master” to guide the apprentices.*

L'apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità

Silvia Spattini

Sommario: **1.** L'apprendistato dei lavoratori in mobilità. – **2.** Quadro regolatorio e deroghe. – **2.1.** Requisiti soggettivi. – **2.2.** Trattamento economico e durata. – **2.3.** Recesso. – **2.4.** Regime contributivo e incentivi. – **3.** Sospensione del trattamento e cancellazione dalla lista di mobilità. – **4.** Le prospettive nella prassi dell'apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratori in mobilità. – **5.** Nota bibliografica.

1. L'apprendistato dei lavoratori in mobilità.

L'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo n. 167 del 2011 disciplina l'assunzione di lavoratori in mobilità, con l'obiettivo della loro qualificazione o riqualificazione professionale, mediante una delle tre tipologie di contratto di apprendistato ⁽¹⁾, già regolate dalla cosiddetta riforma Biagi e confermate dalla nuova normativa ⁽²⁾.

Considerando l'apprendistato uno strumento efficace di acquisizione di nuove competenze e conoscenze e di inserimento nel mercato del lavoro, il Legislatore ha ritenuto che tale contratto potesse assumere una funzione complementare e parallela a quella principale della formazione e dell'inserimento occupazionale dei giovani (articolo 1, comma 1) ovvero quella della riqualificazione professionale e della ricollocazione

* *Direttore e ricercatore Adapt.*

⁽¹⁾ Per l'articolazione tipologica del contratto di apprendistato, cfr. M. TIRABOSCHI, *Definizione e tipologie*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011, parte II, sub art. 1, nonché i contributi specifici sull'impianto e il quadro regolatorio di ogni singola tipologia ivi raccolti.

⁽²⁾ Per una prima lettura della riforma dell'apprendistato, cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo apprendistato*, Ipsoa Indicialia, Milano, 2011, nonché M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, Giuffrè, Milano, 2011.

di lavoratori espulsi dal processo produttivo ⁽³⁾. Sono evidenti, infatti, i profili comuni relativi alle difficoltà di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro delle due categorie di soggetti, pur molto differenti tra loro, spesso collegate alla inadeguatezza delle loro conoscenze e capacità rispetto alle esigenze espresse dal lato della domanda di lavoro. Con particolare riferimento ai lavoratori in mobilità, si ritiene che «l'errore strategico più ricorrente è la ricerca del reimpiego nell'ambito della professionalità già in proprio possesso» ⁽⁴⁾, mentre nella maggior parte dei casi è necessaria appunto l'acquisizione di una nuova e diversa professionalità o specializzazione maggiormente richiesta dal mercato del lavoro.

Non solo per i giovani inoccupati, ma anche per i lavoratori in mobilità, una formazione in ambiente lavorativo ⁽⁵⁾, attuabile attraverso l'apprendistato, pare fondamentale e maggiormente efficace nel creare o ricreare un adeguato livello di occupabilità.

2. Quadro regolatorio e deroghe.

Il contratto di apprendistato per la qualificazione o riqualificazione professionale di lavoratori in mobilità è regolato, ugualmente alle altre tipologie, dalla disciplina generale del contratto che, come dispone l'articolo 2, è rimessa ad appositi accordi interconfederali o ai contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, con osservanza dei principi definiti dall'articolo stesso, nonché alla normativa regionale per la regolamentazione dei profili di sua competenza ⁽⁶⁾.

Tuttavia, dato il particolare ambito di applicazione, operano regole specifiche, che contraddistinguono l'apprendistato dei lavoratori in mobili-

⁽³⁾ Con riferimento alla logica dell'introduzione di tale nuova tipologia di contratto di apprendistato, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: la semplificazione passa per il Testo Unico*, in *GLav*, n. 21, 22.

⁽⁴⁾ R. LA COSTA, *Apprendistato: dalla proposta ai fatti*, in *Il Consulente Milleottantuno*, 25 maggio 2011, n. 36, 6.

⁽⁵⁾ Cfr. il contributo di G. BERTAGNA, *Apprendistato e formazione in impresa*, che precede.

⁽⁶⁾ Per i dettagli sulla disciplina generale, si rinvia ai contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 2.

tà con riferimento ad alcuni profili ⁽⁷⁾, in particolare: i requisiti soggettivi, il recesso e il regime contributivo agevolato.

2.1. Requisiti soggettivi.

L'ambito di applicazione soggettivo del contratto di apprendistato è definito in generale dall'età dei lavoratori, poiché la stessa definizione lo individua come un contratto di lavoro destinato ai giovani. Diversamente, invece, la disciplina del contratto di apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità non individua l'età come requisito soggettivo ⁽⁸⁾. Tale limitazione, infatti, contrasterebbe con la finalità della specifica modalità di contratto di apprendistato, consacrata alla riqualificazione e ricollocazione di lavoratori in mobilità, normalmente adulti oltre i trent'anni.

Con riferimento, perciò, a tale contratto di apprendistato la condizione per l'applicazione dello stesso è l'iscrizione del lavoratore alle liste di mobilità, indipendentemente dal godimento dell'indennità ⁽⁹⁾. Per godere degli incentivi economici collegati ad essa, inoltre, il lavoratore non potrà essere stato licenziato nei sei mesi precedenti da una azienda con assetto societario coincidente con quello dell'azienda che assume (articolo 8, comma 4-bis, legge 23 luglio 1991, n. 223). Se ricorre tale condizione, si ritiene comunque possibile l'assunzione in apprendistato, con esclusione degli incentivi summenzionati, ma con l'applicazione degli altri incentivi economici e normativi collegati al contratto di apprendistato (trattamento retributivo agevolato e computo).

Occorre precisare, inoltre, che l'assunzione di un lavoratore in mobilità mediante un contratto di apprendistato non può essere generalizzata, ma deve avere come presupposto la qualificazione o la riqualificazione del lavoratore. Nella circostanza, perciò, dell'assunzione di un lavoratore in mobilità da adibire a mansioni già svolte e che non consentano l'acquisizione di nuove competenze o conoscenze, egli non potrà essere assunto con un contratto di apprendistato.

⁽⁷⁾ Cfr. P. RAUSEI, *I quattro nuovi apprendistati: struttura e caratteristiche*, in *DPL*, 2011, n. 43.

⁽⁸⁾ In linea con questa interpretazione, E. MASSI, *Apprendistato: il perché di un cambiamento*, in *The world of il Consulente*, 15 maggio 2011, n. 5.

⁽⁹⁾ Cfr. E. MASSI, *L'Apprendistato per i lavoratori in mobilità*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 2001, n. 42.

2.2. Trattamento economico e durata.

Anche per i lavoratori in mobilità assunti con contratto di apprendistato sarà possibile l'inquadramento fino a due livelli inferiori rispetto alla categoria spettante oppure, in alternativa, la percentualizzazione della retribuzione ⁽¹⁰⁾. Tale disposizione, tuttavia, si combina con altre norme relative ai diritti del lavoratore beneficiario di una indennità di mobilità. Ai sensi dell'articolo 19, comma 10, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, il beneficiario decade da ogni trattamento di sostegno al reddito in caso di rifiuto di un lavoro congruo, definito – ai sensi dell'articolo 1-*quinques* del decreto legge n. 249/2004 – come un lavoro inquadrato a un livello contributivo non inferiore al 20% rispetto a quello di provenienza, oltre che situato a non più di 50 chilometri. Questo significa che se il sottoinquadramento o la percentualizzazione determinano una retribuzione inferiore di oltre il 20% rispetto a quella precedentemente percepita, il lavoratore in mobilità può legittimamente rifiutare il lavoro.

Con riguardo al contratto di apprendistato per la qualificazione o la riqualificazione di lavoratori in mobilità, il Testo Unico non definisce specifici principi per la regolamentazione della durata. Occorre perciò fare riferimento a quanto è prescritto per le tre tipologie di contratto di apprendistato e, in particolare, alla disciplina della durata che verrà stabilita dalle regioni e province autonome e dalla contrattazione collettiva.

2.3. Recesso.

Con riferimento al profilo del recesso, nel contratto di apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità non trova applicazione la libera recedibilità al termine del periodo di formazione. L'articolo 7, comma 4, esplicita tale deroga, specificando l'applicazione delle disposizioni in materia di licenziamenti individuali di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604 ⁽¹¹⁾.

Pertanto, la disciplina generale, applicabile alle tipologie di apprendistato di cui agli articoli 3, 4 e 5 del Testo Unico, stabilisce il divieto per

⁽¹⁰⁾ Per gli approfondimenti sull'argomento, si rimanda a S. FACELLO, D. PAPA, *Disciplina generale dell'apprendistato: il trattamento economico e normativo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, *sub* art. 2.

⁽¹¹⁾ Cfr. E. MASSI, *L'Apprendistato per i lavoratori in mobilità*, cit.

le parti di recedere dal contratto durante il periodo di formazione in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo e la possibilità di recesso con preavviso ai sensi dell'articolo 2118 del codice civile al termine del periodo di formazione. Al contrario, per il contratto di apprendistato per la qualificazione o riqualificazione professionale di lavoratori in mobilità, sia durante il periodo di formazione, sia al termine dello stesso, viene applicata la normativa in materia di licenziamenti individuali.

Tale deroga rispetto alla disciplina generale del recesso dai contratti di apprendistato trova giustificazione nell'incentivo economico riconosciuto ai sensi dell'articolo 8, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223 ⁽¹²⁾ anche in caso di assunzione con contratto di apprendistato di un lavoratore iscritto alle liste di mobilità. Poiché il contributo è concepito come incentivo per il reinserimento stabile dei lavoratori in mobilità, è necessario che anche in caso di assunzione con contratto di apprendistato sia garantita la stessa stabilità del contratto a tempo indeterminato, escludendo quindi la libera recedibilità al termine del periodo di formazione. Senza tale deroga sarebbe vanificata la funzione dell'incentivo, poiché il datore di lavoro avrebbe la possibilità di sfruttare il vantaggio economico, ma poi di recedere liberamente dal contratto a differenza dall'assunzione con contratto a tempo indeterminato.

2.4. Regime contributivo e incentivi.

Il regime contributivo agevolato applicabile al contratto di apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratori in mobilità non è disciplinato direttamente dalla normativa in materia di previdenza e assistenza sociale degli apprendisti, ma dalla normativa in materia di procedure di mobilità. L'articolo 7, comma 4, specifica infatti che trova applicazione l'articolo 25, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223. Esso assimila, in effetti, la quota contributiva a carico del datore di lavoro in caso di assunzione di lavoratori in mobilità a quella prevista per gli apprendisti (ai sensi dell'articolo 1, comma 773, della legge n. 296/2006), tuttavia l'applicazione della legge n. 223/1991, e non direttamente dell'articolo 1, comma 773, della legge n. 296/2006, comporta una diversa durata del regime agevolato.

⁽¹²⁾ Cfr., *infra*, § 2.4.

Normalmente la contribuzione dovuta dai datori di lavoro per gli apprendisti riguarda tutto il periodo di apprendistato ⁽¹³⁾, mentre l'applicazione dell'articolo 25, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223, limita la durata del regime agevolato a 18 mesi.

Coerentemente a tale impostazione, il comma 9 dell'articolo 7 del decreto legislativo n. 167 del 2011, stabilendo l'estensione dei benefici contributivi per l'anno successivo al termine del periodo di formazione (nel caso ovviamente di prosecuzione del rapporto di lavoro), esclude dal campo di applicazione di tale disposizione i lavoratori in mobilità assunti in apprendistato per la qualificazione o riqualificazione, per i quali, come detto, la contribuzione agevolata è limitata a 18 mesi dall'assunzione.

Con riferimento al lavoratore, potrebbe nascere il dubbio relativamente all'aliquota contributiva applicabile a suo carico. Tuttavia, poiché questa dipende dalla tipologia di contratto sulla base del quale il lavoratore è assunto, pare indubbio che al lavoratore in mobilità assunto con contratto di apprendistato ai sensi dell'articolo 7, comma 4, debba essere applicata l'aliquota prevista per gli apprendisti – ovvero il 5,84% – per tutta la durata del contratto di apprendistato ⁽¹⁴⁾. Tale aliquota costituisce di fatto un incentivo per il lavoratore in mobilità ad accettare il contratto di apprendistato, anche se va sempre ricordato che il beneficiario dell'indennità di mobilità è soggetto all'obbligo di immediata disponibilità che comporta la decadenza dal trattamento di sostegno al reddito in caso di rifiuto di un lavoro congruo.

Accanto all'incentivo economico rappresentato dalla contribuzione agevolata, il contratto di apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità vede anche l'applicazione di un ulteriore incentivo specifico previsto in generale per l'assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore beneficiario dell'indennità di mobilità, rappresentato dal riconoscimento al datore di lavoro della metà dell'indennità di mobilità che sarebbe spettata al lavoratore (articolo 8, comma 4, della legge 23 luglio 1991, n. 223). È sempre l'articolo 7, comma 4, del decreto legislativo n. 167/2011 che specifica l'applicazione di tale agevolazione economica anche in caso di assunzione del lavoratore in mobilità con contratto di apprendistato. Tale incentivo è erogato per ogni mensilità di retribuzione corrisposta al lavoratore, per un massimo di 12 mesi op-

⁽¹³⁾ Cfr. L. INSABATO, *Incentivi all'assunzione di apprendisti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini*, cit., parte II, sub art. 7.

⁽¹⁴⁾ Si veda circ. Inps n. 22/2007.

pure 24 mesi in caso di lavoratori ultracinquantenni o 36 mesi se l'assunzione avviene nelle aree del Mezzogiorno o in quelle con tasso di disoccupazione superiore alla media nazionale.

L'applicazione di tale disposizione normativa, prevista in via generale in caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato, anche per assunzione del beneficiario di una indennità di mobilità con contratto di apprendistato pare coerente con la qualificazione dello stesso (ai sensi dell'articolo 1, comma 1) come contratto di lavoro a tempo indeterminato. Questo è tanto più vero, poiché il legislatore ha provveduto a garantire che l'incentivo sia finalizzato al reinserimento stabile dei lavoratori in mobilità, attraverso la già ricordata esclusione della libera recedibilità dal contratto di apprendistato per la riqualificazione dei lavoratori in mobilità al termine del periodo di formazione.

Come per ogni contratto di apprendistato, infine, anche a questa tipologia è collegato l'incentivo normativo dell'esclusione dal computo dei limiti numerici dei lavoratori previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti (ai sensi dell'articolo 7, comma 3).

3. Sospensione del trattamento e cancellazione dalla lista di mobilità.

Paiono interessanti alcune riflessioni sull'applicazione congiunta della normativa in materia di contratto di apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratore in mobilità e di quella in materia di iscrizione alla lista di mobilità e al diritto alla relativa indennità.

Nel caso dell'assunzione di un lavoratore in mobilità con contratto di apprendistato part-time, deve considerarsi applicabile l'articolo 8, comma 6, della legge 23 luglio 1991, n. 223. In base a tale disposizione, il lavoratore in mobilità apprendista part-time mantiene l'iscrizione alla lista di mobilità. Inoltre, a norma dell'articolo 8, comma 7, della stessa legge, sarà sospesa l'indennità di mobilità e il computo del periodo di godimento.

Al contrario, in caso di assunzione a tempo pieno, essendo il contratto di apprendistato un contratto di lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore è cancellato dalla lista di mobilità in applicazione dell'articolo 9, comma 6, lettera *a* della medesima legge. Tale interpretazione è avvalorata anche dalla applicazione della tutela contro i licenziamenti individuali di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604 e dall'esclusione della libera recedibilità al termine del periodo di formazione. Tuttavia, il la-

voratore in mobilità potrà essere reinscritto (al massimo per due volte) alla lista di mobilità (ai sensi dell'articolo 9, commi 7 e 8, legge n. 23/1991), nel caso di mancato superamento del periodo di prova o se giudicato inidoneo alla specifica attività a cui è stato adibito. Può inoltre essere reinscritto alla lista di mobilità ai sensi dall'articolo 2, comma 6, del decreto legge n. 299/1994 il lavoratore in mobilità assunto a tempo indeterminato e successivamente licenziato senza aver maturato dodici mesi di anzianità aziendale presso la nuova impresa, di cui sei di lavoro effettivamente prestato ⁽¹⁵⁾.

4. Le prospettive nella prassi dell'apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratori in mobilità.

Nei confronti delle nuove tipologie contrattuali, viene sempre mostrata diffidenza dalla prassi e molta prudenza nella loro adozione, spesso a causa dell'incertezza legata all'effettivo utilizzo di nuovi strumenti contrattuali.

Accanto a tale aspetto, rilevanti per il successo di uno strumento contrattuale sono i vantaggi, non solo economici, ad esso connessi.

Nel caso dell'apprendistato, sono spesso ricordati i vantaggi collegati agli aspetti economici e normativi, in particolare, per il datore di lavoro. Con riferimento al contratto in apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratori in mobilità, naturale sarà la comparazione dei vantaggi collegati all'assunzione dei lavoratori in mobilità mediante altre tipologie contrattuali.

È noto come i lavoratori in mobilità siano abitualmente assunti con contratto a tempo determinato, successivamente trasformato in contratto a tempo indeterminato, poiché in tal modo i datori di lavoro si garantiscono lo sgravio contributivo per 23 mesi, invece che per i 18 mesi riconosciuti in caso di assunzione a tempo indeterminato. La preferenza per l'assunzione a tempo determinato è inoltre legata alla possibilità del datore di lavoro di verificare la persona e le capacità del lavoratore per un periodo temporale significativo e decidere, solo in un secondo momento, la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

In caso di assunzione con contratto di apprendistato, il costo del lavoro collegato al trattamento economico è tendenzialmente inferiore rispetto a quello di un contratto di lavoro a tempo determinato o indeterminato,

⁽¹⁵⁾ Cfr. circ. Inps n. 67/2011.

data la possibilità del sottoinquadramento o della percentualizzazione della retribuzione.

Tuttavia, il contratto di apprendistato per la qualificazione o riqualificazione di lavoratori in mobilità non può essere valutato esclusivamente o prioritariamente da un punto di vista economico. Occorre comprendere, valorizzare e non sottovalutare i vantaggi connessi al suo profilo caratterizzante ovvero la formazione e la qualificazione professionale del lavoratore. Tale profilo consente al datore di lavoro di inserire un lavoratore con esperienza lavorativa, ma contemporaneamente di fargli acquisire nuove competenze e capacità necessarie a rispondere alle proprie esigenze aziendali.

L'apprendistato per la riqualificazione di lavoratori in mobilità – Riassunto. *L'A. ripercorre la disciplina legislativa del contratto di apprendistato applicato ai lavoratori in mobilità, una novità introdotta dal d.lgs. n. 167/2011 (Testo Unico dell'apprendistato). Viene descritta la disciplina contenuta nel testo di legge, evidenziandone le peculiarità rispetto a quella generale dell'apprendistato (requisiti soggettivi, incentivi economici, recesso) e coordinandola con la normativa di riferimento in tema di mobilità.*

Apprenticeship schemes to retrain redundant workers (Article in Italian) – Summary. *This paper describes the provisions introduced by Legislative Decree No. 167/2011 (consolidating legislation on apprenticeships) that regulate apprenticeship contracts for redundant workers. The paper examines the innovative measures in this legislation, comparing them with more general rules on apprenticeship schemes (individual requirements, incentives, dismissals) and with the related unemployment legislation.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Dal caso FIAT al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali

Edoardo Ales

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La “aziendalizzazione” del diritto del lavoro e delle relazioni industriali nella dimensione transnazionale e le sue ricadute sul contesto italiano: il caso FIAT. – **3.** Il “caso Italia”: il diritto del lavoro “di prossimità” tra accordi interconfederali e legge. – **3.1.** Il contesto. – **3.2.** Il diritto del lavoro “di prossimità”. – **3.3.** Le eventuali conseguenze. – **4.** Problematiche costituzionali del diritto del lavoro “di prossimità”.

1. Premessa.

Pur assumendo, se non altro da un punto di vista cronologico, la veste di primo commento alle convulse vicende che hanno interessato il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane da giugno a settembre 2011, il saggio si propone di fornirne un inquadramento sistematico all’interno di una più ampia (e ormai consolidata) tendenza transnazionale di “aziendalizzazione” della disciplina, legale e pattizia, dei rapporti di lavoro, individuali e collettivi. Le carenze strutturali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali sovranazionali (comunitarie, in particolare) sono alla base della suddetta tendenza e la rendono, al momento, egemone.

Il caso FIAT che di quella tendenza è figlio, in considerazione della sempre più spinta internazionalizzazione del Gruppo, si inserisce tuttavia in un contesto, quello italiano, che risulta(va) caratterizzato dalla uniformità tendenziale della disciplina dei rapporti di lavoro, nella pro-

** Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Cassino.*

Desidero ringraziare, per una prima lettura di questo saggio, i colleghi Pasquale Passalacqua e Fulvio Pastore dell’Università di Cassino. Errori e omissioni rimangono, ovviamente, nella mia responsabilità. Un ringraziamento anche ai collaboratori della cattedra di Diritto del lavoro di Cassino per il loro contributo nella raccolta del materiale bibliografico.

spettiva di una duplice “comunità di riferimento” rappresentata dall’ordinamento giuridico nazionale e dal sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale. Il tentativo di forzare quest’ultimo attraverso accordi aziendali conclusi, al di fuori del contratto collettivo nazionale di categoria, con una parte soltanto degli interlocutori sindacali tradizionali della categoria stessa, ha provocato la “tempesta perfetta”⁽¹⁾ che sembrava dover spazzare via il sistema di relazioni industriali italiano, basato, almeno fino al 2009, sul consenso unitario.

Tuttavia, sull’orlo del baratro, le stesse parti sociali hanno ritrovato unità di intenti, sottoscrivendo l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Questo, che non va oltre un ossequio formale delle istanze uniformanti (ribadita centralità del contratto collettivo nazionale di lavoro), asseconda invece, in maniera decisa, le spinte diversificatrici (capacità derogatoria, anche non controllata, della contrattazione aziendale), anche se, in definitiva, non offre alcuna soluzione al caso FIAT, destinato, dunque, a essere affrontato (con esito incerto per l’azienda) secondo le regole preesistenti.

Nello scenario appena abbozzato, l’intervento del legislatore, posto in essere attraverso l’articolo 8 della legge n. 148/2011, assume, quindi, una duplice valenza: contingente, per ciò che concerne la soluzione del caso FIAT (comma 3); permanente, per ciò che riguarda la “aziendalizzazione” del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, a fronte dell’introduzione di uno strumento giuridico, opzionale e condizionato, di conclusione di contratti collettivi territoriali o aziendali efficaci *erga omnes*, dotati di un potere derogatorio senza precedenti delle norme di legge e di contratto collettivo (commi 2 e 2-bis).

Il potenziale sviluppo di quello che, parafrasando il legislatore, potremmo definire un diritto del lavoro “di prossimità” (territoriale e aziendale), seppur rifiutato dalle parti sociali confederali con l’*addenda* del 21 settembre all’accordo del 28 giugno 2011, rende necessario un attento vaglio di costituzionalità dell’articolo 8, dal punto di vista, non tanto della garanzia della libertà sindacale (articolo 39 della Costituzione), quanto, piuttosto, dell’esercizio conforme a costituzione della potestà legislativa, di cui sono titolari, esclusivi o concorrenti, stato e regioni (articolo 114 della Costituzione). Disposizioni di contratto collettivo efficaci *erga omnes* (e, quindi, dotate della stessa forza della legge) de-

⁽¹⁾ Di «nemesi del diritto sindacale» ha icasticamente parlato R. DEL PUNTA, *Note su Pomigliano*, in *DLM*, 2010, 505. Di “terribile 2009” parla, invece, F. SCARPELLI, *Una riflessione a più voci del diritto sindacale ai tempi della contrattazione separata*, in *RGL*, 2010, I, 3.

stinate a produrre un diritto del lavoro aziendale o territoriale sembrano, infatti, porsi in contrasto con i principi affermati dall'articolo 117 della Costituzione e con il federalismo solidale di cui all'articolo 120 della stessa.

2. La “aziendalizzazione” del diritto del lavoro e delle relazioni industriali nella dimensione transnazionale e le sue ricadute sul contesto italiano: il caso FIAT.

Da tempo si riscontra un consenso pressoché unanime sul fatto che l'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza abbiano messo in discussione le “comunità di riferimento” tradizionali del diritto, in generale, e del diritto del lavoro, in particolare: l'ordinamento giuridico nazionale, per il diritto in generale, l'ordinamento giuridico nazionale e il sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale, per il diritto del lavoro ⁽²⁾. Ciò ha determinato, quale conseguenza primaria, la crisi della funzione regolativa uniforme ⁽³⁾ dei rapporti sociali ed economici tradizionalmente attribuita alla legge, in generale, e al contratto collettivo di categoria in particolare ⁽⁴⁾. Funzione che consentiva loro di proporsi quali strumenti di garanzia della coesione sociale della “comunità di riferimento”. In un processo circolare, la crisi della capacità regolativa degli strumenti tradizionali determina, a sua volta, il venir meno della coesione sociale, finendo per disgregare la “comunità di riferimento” che la legge e il contratto collettivo di categoria avevano contribuito a creare e a tenere unita.

In molti avevano scommesso sulla possibilità che la Comunità economica europea, prima, e l'Unione europea, poi, assurgessero a nuova “comunità di riferimento” nell'internazionalizzazione dei mercati e della concorrenza, riproponendo il circuito virtuoso tra regolamentazione uniforme e coesione economica e sociale. Anzi, a ben vedere, con

⁽²⁾ Si veda la magistrale sintesi delle cause del fenomeno da parte di R. DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im)possibili del diritto sindacale*, in *DLM*, 2011, 1 e il lucido sviluppo del tema da parte di A. PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globalizzazione. Note a margine del caso FIAT*, in *LD*, 2011, 343.

⁽³⁾ Sul punto, si veda per tutti U. ROMAGNOLI, *Dalla cancellazione dell'art. 8 alla ricostruzione del diritto del lavoro*, in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*, 2011, 2, il quale parla di fine del carattere “universale” del diritto del lavoro.

⁽⁴⁾ Di «de-territorializzazione e ri-localizzazione della contrattazione collettiva» parla S. SCIARRA, *Uno sguardo oltre la FIAT. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in *RIDL*, 2011, III, 178.

l'Atto unico europeo (1987) la Comunità aveva espressamente indicato, tra i suoi obiettivi di medio periodo, proprio il rafforzamento della coesione economica, sociale (e territoriale) (articolo 130A TCE, ora articolo 174 TFUE). Tuttavia, se in alcuni settori il diritto comunitario è riuscito nell'opera di uniformazione dei diritti nazionali o di introduzione, *ex novo*, di regole giuridiche comuni, creando, dunque, una nuova "comunità di riferimento", ciò è avvenuto in misura limitata e, per quanto si dirà, insufficiente per il diritto del lavoro e per le relazioni industriali ⁽⁵⁾.

Al di là, infatti, delle perplessità suscitate dalla contraddizione stridente tra «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso» (articolo 151 TFUE) e l'adozione, mediante direttive, di "prescrizioni minime" per perseguire tale obiettivo, proprio le notevoli carenze sul versante degli strumenti regolativi uniformi hanno impedito, in un circuito diventato vizioso, di creare la nuova "comunità di riferimento".

Di queste carenze, per motivi di spazio, è consentito soltanto dare alcuni brevi cenni.

a) I limiti alla competenza regolativa comunitaria contenuti nell'articolo 153(5) TFUE con riferimento al "nocciolo duro" del diritto del lavoro e delle relazioni industriali ovvero retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e diritto di serrata. Peraltro, le conseguenze di queste limitazioni si sono fatte pesantemente sentire nelle ben note vicende relative al cosiddetto *Laval quartet* ⁽⁶⁾, escludendo la possibilità di un bilanciamento politico (e non giudiziario) tra diritto di sciopero e libertà economiche.

b) L'approccio minimalista della Carta di Nizza, la quale condiziona l'esercizio dei diritti collettivi in essa riconosciuti (articoli 27 e 28) al

⁽⁵⁾ Nello stesso senso A. PERULLI, *op. cit.*, 355.

⁽⁶⁾ L'espressione indica le ormai famose (o famigerate) pronunce rese dalla Corte di Giustizia nei casi *Laval*, *Viking*, *Rüffert* e *Commissione v. Lussemburgo*. Sul tema si veda, almeno, U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; T. NOVITZ, *The impact of Viking and Laval. Contesting the social function and legal regulation of the right to strike*, in E. ALES, T. NOVITZ (eds.), *Collective Action and Fundamental Freedoms in Europe. Striking a Balance*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2010; A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, UTET, Torino, 2010, 171; A. BÜCKER, W. WARNEK (eds.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Nomos, Baden-Baden, 2011, nonché in *DLRI*, 2011, fasc. 131, con scritti di S. SCIARRA, J. MALMBERG, N. BRUUN, G. ORLANDINI, A. LO FARO, R. ZAHN e B. DE WITTE.

rispetto del diritto dell’Unione e delle legislazioni o prassi nazionali, abdicando così alla funzione di uniformazione (almeno dei diritti) che le sarebbe teoricamente propria, soprattutto ora che le è stato attribuito lo stesso valore dei trattati (articolo 9 TFUE).

c) La previsione, sempre più frequente nelle direttive in materia sociale, di clausole di uscita (*opting out*) che consentono agli stati membri di sottrarsi a parti consistenti della già scarna legislazione comunitaria (si veda, da ultimo, la direttiva 2008/104/CE sul lavoro temporaneo mediante agenzia e, in particolare, l’articolo 5 contenente possibilità di deroga al principio di parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili).

d) Gli equivoci del dialogo sociale comunitario e la conseguente debolezza della contrattazione collettiva di settore a livello europeo ⁽⁷⁾. Il primo, infatti, sia a livello intersettoriale che settoriale, risulta chiaramente funzionalizzato alla produzione negoziata del diritto comunitario o all’attuazione di linee guida e programmi dettati dalla Commissione e non certo alla regolamentazione in via autonoma dei rapporti di lavoro, in questo scontando, di riflesso, le limitazioni di competenza indirettamente imposte dall’articolo 153(5) TFUE; la seconda vive nell’equivoco che il primo sia contrattazione collettiva e stenta a decollare in considerazione delle difficoltà della parte datoriale a organizzare, a livello europeo, una rappresentanza di interessi che vada al di là dell’attività di *lobbying* nei confronti degli organismi comunitari ⁽⁸⁾.

e) La mancata adozione, da parte della Commissione europea, della proposta (prevista nell’agenda sociale 2005-2010) di introdurre un quadro giuridico opzionale per la contrattazione collettiva transnazionale, quale misura volta alla creazione di un mercato europeo del lavoro; ciò a causa dell’opposizione dissennata da parte delle organizzazioni sindacali e datoriali europee che non ne hanno colto la valenza unificante e di contrasto alla “aziendalizzazione” delle relazioni industriali transnazionali ⁽⁹⁾.

Questi elementi, insieme a molti altri di natura prettamente economica e organizzativa, hanno incentivato, a livello europeo, la individualizzazione delle strategie negoziali delle imprese/gruppi multinazionali (*u-*

⁽⁷⁾ Sul complesso dipanarsi della contrattazione collettiva a livello comunitario ed europeo, si veda B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell’ordinamento dell’Unione europea*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – INT, 2011, n. 87.

⁽⁸⁾ P. MARGINSON, *Industrial Relation at European Sector Level: the Weak Link*, in *Economic and Industrial Democracy*, 2005, 511.

⁽⁹⁾ Sulla vicenda si veda E. ALES, *Transnational collective bargaining in Europe: The case for legislative action at EU level*, in *ILR*, 2009, 149.

nit, single-employer level) e la loro fuoriuscita dalla comunità di riferimento tradizionale (*sector, multi-employer level*)⁽¹⁰⁾, essendo destinate, anzi, esse stesse a diventare “comunità di riferimento”, peraltro spesso in un regime di competizione interna tra siti produttivi dislocati in ambiti territoriali diversi. Di qui, l’aspirazione dell’impresa “sovrana”⁽¹¹⁾ a divenire produttrice autonoma di norme e sistema autonomo di relazioni industriali al fine di giungere all’instaurazione di *organization-based employment systems* ovvero di sistemi di relazioni di lavoro calibrati sulla singola realtà organizzativa⁽¹²⁾. Di qui, ancora, la coincidenza del “luogo” giuridico di produzione e di applicazione delle norme, tendenzialmente altro rispetto alle “comunità di riferimento” tradizionali. Di qui, infine, l’estremizzazione del criterio della “specializzazione” già utilizzato, peraltro in tempi non sospetti, dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana per affermare la prevalenza della contrattazione collettiva aziendale sulla contrattazione di livello superiore in caso di concorso-conflitto tra le due⁽¹³⁾.

È bene, tuttavia, sottolineare che, a livello transnazionale, il fenomeno della “aziendalizzazione” si è potuto sviluppare in via autonoma proprio in considerazione del contesto anomico o, comunque, privo di regole uniformi, sopra descritto, trovando limite, al momento, nelle resistenze opposte dagli ordinamenti giuridici e dai sistemi di relazioni industriali nazionali (le “comunità di riferimento” tradizionali), sui quali le norme elaborate dalla nuova “comunità di riferimento” sarebbero destinate a incidere in considerazione del luogo fisico di svolgimento della singola prestazione lavorativa. La “aziendalizzazione” si è trovata, dunque, di fronte un ostacolo “applicativo”, di difficile superamento in assenza di una apertura ricettiva, implicita o esplicita, da parte delle

⁽¹⁰⁾ Sul punto si veda, per tutti, P. MARGINSON, K. SISSON, *Multinational Companies and the Future of Collective Bargaining. A Review of the Research Issues*, in *European Journal of Industrial Relations*, 1996, 173.

⁽¹¹⁾ Secondo l’icastica espressione di G. FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l’art. 8 del decreto n. 138/2011*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 129, 13.

⁽¹²⁾ In una simile prospettiva globale, sembra riduttivo ricondurre l’atteggiamento di FIAT esclusivamente all’influsso esercitato dal modello di relazioni industriali nordamericano, sul quale si veda comunque G. BERTA, *I nuovi criteri dell’azione sindacale secondo la UAW*, in *DLRI*, 2011, 95. Tuttavia, occorre non sottovalutare il fenomeno dello *unilateral transfer of multinationals’ employment practices*: sul punto si veda, almeno, A. FERNER, J. QUINTANILLA, *Between Globalization and Capitalist Variety: Multinationals and the International Diffusion of Employment Relations*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2002, 243.

⁽¹³⁾ M. GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *DLRI*, 1981, 355.

“comunità di riferimento” tradizionali – ordinamento giuridico nazionale, sistema di relazioni industriali di categoria produttiva o intercategoriale⁽¹⁴⁾ – o di un intervento da parte del legislatore comunitario (quale quello evocato nella agenda sociale 2005-2010) volto ad affermare la prevalenza della norma transnazionale su quella nazionale.

Tanto è vero che, nella costruzione dei propri *organization-based employment systems*, spesso, le imprese/gruppi multinazionali coinvolgono soggetti rappresentativi dei lavoratori a livello nazionale, avvalendosi, di contro, solo molto raramente, dell’ausilio delle omologhe organizzazioni datoriali⁽¹⁵⁾. Constatazione quest’ultima che, sommata a quanto evidenziato in precedenza circa la debolezza della rappresentanza datoriale europea a livello di settore, lascia intravedere una difficoltà complessiva delle organizzazioni imprenditoriali a comprendere fino in fondo il fenomeno della “aziendalizzazione” e la sua portata (per loro) dirompente.

In questo scenario si colloca il caso FIAT⁽¹⁶⁾, esempio paradigmatico della volontà di una impresa/gruppo multinazionale di instaurare un *organization-based employment system* in un contesto nazionale tendenzialmente ispirato alla regolamentazione uniforme dei rapporti di lavoro e, in quel momento, ancora fortemente ancorato alle “comunità di riferimento” tradizionali. Si è, quindi, in presenza non di un “semplice” ostacolo “applicativo” di norme specializzate definite a livello transnazionale, ma di un vero e proprio ostacolo “elaborativo” superabile sol-

⁽¹⁴⁾ Coglie con lucidità questo aspetto D. GOTTARDI, *La FIAT una multinazionale all’assalto delle regole del proprio Paese*, in *LD*, 2011, 381.

⁽¹⁵⁾ Sul punto si veda, almeno, V. TELLJOHANN, I. DA COSTA, T. MÜLLER, U. REHFELDT; R. ZIMMER, *European and international framework agreements: Practical experiences and strategic approaches*, Eurofound, Lussemburgo, 2009, in www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/102/en/2/EF08102EN.pdf; S. SCIARRA, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – INT, 2009, n. 73; S. SCARPONI, S. NADALET, *Gli accordi transnazionali nelle ristrutturazioni d’impresa*, in *LD*, 2010, 211.

⁽¹⁶⁾ La letteratura sul caso FIAT è ormai più che considerevole. Tra i molti, in una prospettiva di ricostruzione sistematica, si veda, almeno, A. LASSANDARI, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*, in *LD*, 2011, 321; F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, 9; R. DE LUCA TAMAJO, *L’Accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, 1080; L. MARIUCCI, *Back to the future: il caso FIAT tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 2011, 239. Le posizioni di Massimo Roccella sul caso FIAT e sulla parabola del diritto sindacale italiano sono riproposte, con grande sensibilità umana e scientifica, da M. AIMO, D. IZZI, *Azione sindacale e vicenda FIAT: la voce di Massimo Roccella*, in *LD*, 2011.

tanto attraverso l'individuazione di interlocutori disponibili a modificare radicalmente la "comunità di riferimento".

Proprio in questa prospettiva, gli sviluppi, imprevisti e imprevedibili, del caso FIAT, determinati dall'atteggiamento condiscendente degli attori confederali del sistema di relazioni industriali (accordo interconfederale del 28 giugno 2011) e da quello decisamente supportivo del legislatore nazionale (articolo 8 della legge n. 148/2011), suggeriscono di parlare, piuttosto, di un "caso Italia" ⁽¹⁷⁾, a sua volta paradigmatico della determinazione delle "comunità di riferimento" tradizionali di assecondare un processo economico evidentemente ritenuto inevitabile, irreversibile e persino positivo per la competitività della nuova "comunità di riferimento" che vedrà la luce al suo esito.

3. Il "caso Italia": il diritto del lavoro "di prossimità" tra accordi interconfederali e legge.

3.1. Il contesto.

Per cercare di comprendere appieno il "caso Italia" risulta indispensabile analizzare il contesto di relazioni industriali nel quale esso matura. Esso è caratterizzato da una progressiva enfaticizzazione del "secondo livello" (territoriale o aziendale) di contrattazione collettiva in un sistema di relazioni industriali che si avvia a diventare policentrico, in ossequio a una lettura estremizzata del principio di sussidiarietà verticale sul piano interno, in un quadro ordinamentale peraltro già ispirato al principio di sussidiarietà orizzontale sul piano esterno (ovvero per ciò che concerne la ripartizione delle competenze regolative tra legge e autonomia collettiva).

Una simile affermazione trova un primo riscontro nella comparsa di una disposizione apparentemente marginale nell'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 (punto 16) ⁽¹⁸⁾, ribadita ed esplicitata nell'accordo interconfederale del 15 aprile dello

⁽¹⁷⁾ In questo modo contraddicendo l'opinione di chi aveva considerato (o aveva sperato di poter considerare) Pomigliano un caso ma non un modello, si veda F. SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in *DLM*, 2010, 327.

⁽¹⁸⁾ Sul quale si veda, almeno, F. CARINCI, *Una dichiarazione d'intenti: l'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *RIDL*, 2009, I, 177 e M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, 2009, 1278.

stesso anno (punto 5) ⁽¹⁹⁾, in forza della quale, «al fine di governare direttamente nel territorio situazioni di crisi aziendali o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'area», i contratti collettivi nazionali di categoria possono consentire «che, in sede territoriale, fra le Associazioni industriali territoriali e le strutture territoriali delle organizzazioni sindacali stipulanti il contratto medesimo, siano raggiunte intese per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi disciplinati dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria. La capacità di modificare è esercitabile sulla base di parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale quali, ad esempio, l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti. In ogni caso le intese così raggiunte per essere efficaci devono essere preventivamente approvate dalle parti stipulanti i contratti collettivi nazionali di lavoro della categoria interessata».

Pur inscrivendosi in testi nei quali è formalmente ribadita la centralità del livello nazionale (interconfederale e di categoria), la disposizione non deve essere sottovalutata. Per il suo tramite, infatti, sia pure tra mille cautele ⁽²⁰⁾, si va affacciando l'idea che il “secondo livello” sia quello più efficace al quale affidare non solo situazioni di crisi aziendale, ma anche questioni relative allo sviluppo economico e occupazionale. Non è un caso che tra i «parametri oggettivi individuati nel contratto nazionale» al fine di consentire la deroga ricorrano, seppure a titolo esemplificativo, elementi quali «l'andamento del mercato del lavoro, i livelli di competenze e professionalità disponibili, il tasso di produttività, il tasso di avvio e di cessazione delle iniziative produttive, la necessità di determinare condizioni di attrattività per nuovi investimenti»: tutti aspetti strettamente correlati al concetto di competitività che diventa, quindi, appannaggio esclusivo del livello territoriale e di singola impresa. Non è, dunque, tanto la – peraltro solo eventuale – deroga al contratto di categoria a dover essere sottolineata, quanto piuttosto la certi-

⁽¹⁹⁾ Sul quale V. FERRANTE, *L'accordo interconfederale dell'aprile 2009 e la riforma del sistema della contrattazione collettiva: brevi note*, in *ADL*, 2009, 1021. Per un inquadramento sistematico di entrambi gli accordi nell'ambito della più complessiva vicenda dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accori separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *RIDL*, 2010, I, 487.

⁽²⁰⁾ Sul punto V. BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza FIAT e le relazioni industriali in Italia*, in *DLRI*, 2011, 315.

ficazione del venir meno del ruolo di stimolo della competitività da parte del livello nazionale ovvero, in una prospettiva più ampia, da parte della “comunità di riferimento” a esso sottesa.

L’idea che la “comunità di riferimento” non sia più quella nazionale (di categoria), ma, in questo caso, quella d’impresa, trova conferma nel caso FIAT, in cui il recupero della competitività, declinato in termini di maggiore produttività del lavoro e di certezza del rispetto degli impegni presi dai lavoratori e dai loro rappresentanti nei confronti del Gruppo, finisce per diventare l’elemento unico di micro-coesione economica e sociale della nuova “comunità di riferimento”. Ciò determina anche, quale inevitabile conseguenza, l’esclusione da essa di quei soggetti che non ne condividono il progetto ovvero che contestano la *vision* aziendale, rifiutandosi di sottoscrivere il contratto collettivo che sancisce la nascita del nuovo soggetto. Ovviamente si tratta di un contratto collettivo che taglia i ponti con il passato e che determina l’instaurazione dell’*organization-based employment system*.

D’altro canto, a maggior ragione in un contesto di rottura dell’unità sindacale, nulla impedisce al datore di lavoro di adottare meccanismi di *closed/unionshop* ovvero di inclusione/esclusione di determinate organizzazioni sindacali a seconda che abbiano o meno sottoscritto il contratto collettivo, legittimati dall’articolo 19 dello Statuto dei lavoratori così come modificato dal referendum popolare del 1995 e ritenuto costituzionalmente legittimo nella nuova formulazione già nel 1996 ⁽²¹⁾.

Né può dirsi che l’ordinamento giuridico statale, chiamato in causa dai dissenzienti esclusi, abbia reagito in maniera vibrante e univoca a difesa dello *status quo ante* ⁽²²⁾. Pur non essendo le questioni (ancora) ap-

⁽²¹⁾ Estremamente critico nei confronti della valorizzazione dell’art. 19 in funzione dell’esclusione dal godimento dei diritti sindacali da parte dei sindacati (rappresentativi) non firmatari del contratto collettivo applicato dall’azienda è G. FERRARO, *op. cit.*, 18. Su questa linea, in evidente contraddizione interna rispetto alla centralità dell’art. 19 Stat. lav., affermata nella stessa sentenza, anche Trib. Torino 15 settembre 2011. Per una ricostruzione attualizzante delle problematiche inerenti l’art. 19 Stat. lav., si veda F. CARINCI, *Se quarant’anni vi sembrano pochi. Dallo Statuto dei lavoratori a Pomigliano*, in *ADL*, 2010; P. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, Relazione al Convegno annuale AIDLASS, 2011; A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 124; S. SCARPONI, *Un’arancia meccanica: l’accordo separato alla FIAT-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*, in *LD*, 2011, 301.

⁽²²⁾ Sul punto si veda la lucida ricostruzione dei vari passaggi della vicenda giudiziaria della quale sono state (e sono tuttora) protagoniste Fiom e FIAT, operata da F.

prodate al giudizio di legittimità, la giurisprudenza di merito si è dimostrata, infatti, quantomeno ondivaga nella valutazione del nuovo corso imposto da FIAT.

In un simile clima, la stipula dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non sorprende, rappresentando l'ultimo, disperato tentativo della “comunità di riferimento” sindacale tradizionale di riguadagnare le posizioni perdute in favore della “aziendalizzazione” delle relazioni industriali propugnata da FIAT e anche, paradossalmente, a vantaggio della visibilità dei più fieri oppositori di questa (leggi Fiom), assurti a (ultimi) paladini del sistema⁽²³⁾. Il tentativo in questione è affidato alla già richiamata strategia consistente nell'assecondare un fenomeno economico e sociale in atto, cercando di governarlo nella consapevolezza di non poterlo fermare: quasi che ciò consenta di esorcizzarne le potenzialità negative.

L'accordo, nella sua parte – assolutamente prevalente – dedicata alla contrattazione collettiva (punti 2-8), si apre con due affermazioni rassicuranti circa il mantenimento dello *status quo ante*: la prima ribadisce la funzione del contratto collettivo nazionale quale garante della «certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale»; la seconda circoscrive l'esercizio della contrattazione collettiva aziendale «alle materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge». Peraltro, il riferimento alla fonte legale che, al momento della sottoscrizione dell'accordo, poteva apparire pleonastico si rivela, alla luce di quanto previsto dall'articolo 8 della legge n. 148/2011, segnale premonitore del ruolo che detta fonte sarà chiamata a svolgere.

Di qui in avanti (punti 4-8), l'accordo comincia a confrontarsi con la realtà dei fatti, molto meno rassicurante nella prospettiva conservativa sopra indicata. Si tratta, in primo luogo, di dare risposta a quanto già chiaramente emerso dalla vicenda FIAT ovvero l'efficacia *erga omnes* dell'accordo aziendale approvato dalla maggioranza dei lavoratori che si configura quale unico contratto collettivo riconosciuto e applicato dal datore di lavoro nella “comunità di riferimento”. La risposta, da un lato,

CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2011, n. 133, *passim*.

(²³) Sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, la letteratura è già copiosa. Essa, ove conferente, verrà citata nelle note che seguono. In ogni caso, per una disamina complessiva anche dei suoi antecedenti, si veda F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2011, n. 125.

pare centrata, affermandosi, nel punto 4, che «i contratti collettivi aziendali per le parti economiche e normative⁽²⁴⁾ sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda»; dall'altro, appare disallineata, in quanto condiziona detta efficacia all'approvazione del contratto da parte della «maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti».

È noto, infatti, che l'esclusione dei dissenzienti dalla "comunità di riferimento" è avvenuta proprio mediante la fuoriuscita di FIAT dal sistema delle RSU, così come disegnato dagli accordi interconfederali del 1993, e dal conseguente ricorso alla RSA quale modello di riferimento della rappresentanza in azienda, legittimata esclusivamente dalla sottoscrizione del contratto collettivo applicato dall'azienda stessa.

Anche in questo caso la risposta dell'accordo pare in parte centrata e, in parte, disallineata rispetto alla realtà dei fatti. Per un verso, il punto 5 dà atto dell'esistenza del problema, individuando una serie di condizioni⁽²⁵⁾ alle quali il contratto collettivo aziendale stipulato dalle RSA può

(24) L'accordo dedica una disposizione specifica all'efficacia della parte obbligatoria del contratto collettivo (punto 6), in particolare con riferimento alle «clausole di tregua sindacale finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti con la contrattazione collettiva». Queste, infatti, «hanno effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda e non per i singoli lavoratori». Trova in questo modo conferma l'enfasi tradizionalmente posta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane sulla titolarità individuale del diritto di sciopero e la sottovalutazione del momento collettivo della proclamazione sindacale. Affermare che le clausole di tregua vincolano soltanto le organizzazioni firmatarie e non i lavoratori, significa riconoscere a coalizioni spontanee organizzate da questi ultimi, al di fuori della parti firmatarie, la possibilità di proclamare uno sciopero anche in presenza di clausole di tregua condivise da tutti i sottoscrittori dell'accordo interconfederale (Cgil e, quindi, Fiom incluse). Non è un caso che gli accordi FIAT prevedano l'esclusione dai benefici contrattuali del lavoratore che non rispetti le regole e gli standard definiti dal contratto collettivo aziendale, con ciò estendendo, di fatto, l'obbligo di pace al singolo dipendente. Per un'approfondita riflessione sul punto in questione si veda M.V. BALLESTRERO, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 2011, 269.

(25) «In caso di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite *ex art.* 19 della legge n. 300/70, i suddetti contratti collettivi aziendali esplicano pari efficacia se approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda. Ai fini di garantire analoga funzionalità alle

assumere la stessa efficacia generalizzata riconosciuta a quello concluso dalla RSU; per l'altro, non coglie (o, piuttosto, non vuole cogliere) l'elemento centrale della questione ovvero che il riferimento alle RSA contenuto negli accordi FIAT è operato con finalità diverse da quelle relative alla legittimazione negoziale delle stesse, rispondendo invece, come detto, alla volontà dell'azienda di escludere i non firmatari dall'esercizio dei diritti sindacali nella “comunità di riferimento”⁽²⁶⁾. Il modello FIAT si regge, infatti, sul consenso (di parte) delle federazioni di categoria firmatarie dei contratti aziendali e di Gruppo e sul risultato, peraltro non plebiscitario⁽²⁷⁾, dei referendum confermativi della validità degli accordi. Non certo sul riconoscimento di un ruolo negoziale alle RSA.

La valorizzazione di queste ultime in chiave negoziale, seppure come *second best* rispetto alla prima scelta costituita dalla RSU (punto 4), suona piuttosto come una concessione fatta a quella parte del sindacato confederale che ha sempre stentato a riconoscersi nella rappresentanza unitaria (elettiva) o, anche, come una mossa preventiva rispetto a un possibile riconoscimento da parte di aziende diverse da FIAT del già citato ruolo negoziale alle RSA, al di fuori di qualsiasi controllo confederale.

Rimane il fatto che, non prevedendo, tra le ipotesi in cui il contratto collettivo aziendale assume efficacia *erga omnes*, quella della sua approvazione a maggioranza, mediante referendum, da parte dei lavoratori interessati, l'accordo non risolve il caso FIAT. Ciò rende del tutto te-

forme di rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro, come previsto per le rappresentanze sindacali unitarie anche le rappresentanze sindacali aziendali di cui all'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, quando presenti, durano in carica tre anni. Inoltre, i contratti collettivi aziendali approvati dalle rappresentanze sindacali aziendali con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze sindacali aziendali a seguito di una richiesta avanzata, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione firmataria del presente accordo o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti».

⁽²⁶⁾ Mette chiaramente in luce questo aspetto F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende FIAT*, in *DLRI*, 2011, 334. Sul punto si veda anche G. NATULLO, *Le rappresentanze sindacali aziendali: ieri, oggi; ... e domani?*, in *DLM*, 2010, 789.

⁽²⁷⁾ Sul tema dell'esercizio degli strumenti di democrazia diretta e sulle sue implicazioni di carattere generale per il diritto sindacale italiano, si veda G. DE SIMONE, *Lo spazio e il ruolo del voto tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso FIAT*, in *LD*, 2011, 287.

orico il dibattito sull'efficacia retroattiva delle disposizioni dell'accordo stesso a tali fini.

Specificata attenzione, nella prospettiva sin qui evocata della progressiva "aziendalizzazione" delle relazioni industriali, merita, ovviamente, il punto 7 dell'accordo, il cui primo periodo, riprendendo quanto affermato nel punto 5 dell'accordo interconfederale del 2009, recita: «I contratti collettivi aziendali possono attivare strumenti di articolazione contrattuale mirati ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi. I contratti collettivi aziendali possono pertanto definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro».

Le differenze con l'accordo del 2009 necessitano di essere adeguatamente sottolineate. In primo luogo, dal nuovo testo scompare il riferimento al livello negoziale territoriale: il *focus* si sposta, infatti, sulla dimensione aziendale. In secondo luogo, vengono meno i "parametri oggettivi", fissati in via esemplificativa dall'accordo interconfederale del 2009, al ricorrere dei quali era condizionato l'esercizio della capacità modificativa dell'accordo territoriale rispetto al contratto nazionale. In terzo e ultimo luogo, anche se il prodotto non cambia, l'ordine dei fattori viene invertito, aprendosi la disposizione con l'attribuzione al contratto collettivo aziendale del potere modificativo e chiudendosi con il richiamo alla necessaria autorizzazione alla modifica da parte del contratto nazionale.

Che l'inversione non sia frutto di una semplice scelta stilistica emerge, con tutta evidenza, dal secondo periodo del punto 7, che riporta: «Ove non previsti [limiti e procedure] ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia nel contratto collettivo nazionale di lavoro applicato nell'azienda, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali [delle organizzazioni] firmatarie del presente accordo interconfederale, al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa, possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto collettivo nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro. Le intese modificative così definite esplicano l'efficacia generale come disciplinata nel presente accordo».

Tre sono gli aspetti di questa disposizione che meritano di essere sottolineati. In primo luogo, la possibilità della contrattazione collettiva a-

ziendale di concludere intese modificative nelle materie indicate, senza la previa autorizzazione da parte del contratto nazionale. In secondo luogo, la necessità che i contratti collettivi aziendali che contengono le suddette intese siano stati «conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali [delle organizzazioni] firmatarie dell'accordo interconfederale». In terzo luogo, l'efficacia generalizzata di cui sono dotate le predette alle condizioni indicate dai punti 4 e 5 dell'accordo ovvero direttamente – se sottoscritte dalla «maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti» – all'esito della verifica di rappresentatività delle RSA e dell'eventuale referendum confermativo, se sottoscritte da queste ultime.

Il quadro che emerge dal secondo periodo del punto 7 delinea un deciso allentamento dei vincoli imposti dal livello nazionale (interconfederale o di categoria) sul “secondo livello”, il quale, come già sottolineato, coincide ora con la singola impresa. La dimensione territoriale viene recuperata, sul solo versante sindacale, attraverso l'intesa che deve essere raggiunta tra organizzazioni sindacali territoriali delle organizzazioni firmatarie dell'accordo interconfederale e RSU o RSA. Rimane da capire quale organizzazione territoriale, di fronte a una intesa modificativa raggiunta a livello aziendale, magari a garanzia dei livelli occupazionali, si assumerà la responsabilità di impedirne la definitiva sottoscrizione.

D'altro canto, e per concludere l'analisi del contesto nel quale matura il “caso Italia”, alla “aziendalizzazione” delle relazioni industriali corrisponde, sul versante della riflessione teorica, un'enfatizzazione del ruolo del datore di lavoro nell'applicazione del contratto collettivo e, più in generale, del potere imprenditoriale di auto-organizzazione derivante dall'articolo 41 della Costituzione ⁽²⁸⁾; ciò al fine di risolvere l'annosa questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo e della sua inderogabilità da parte del contratto individuale. Fine che viene perseguito, per un verso, attraverso la valorizzazione «della volontà del datore di lavoro e del prestatore di rinviare alla fonte collettiva la regolamentazione del rapporto individuale di lavoro, in esecuzione della clausola convenuta, espressamente o tacitamente, all'atto dell'assunzione e confermata nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro», dimostrata

⁽²⁸⁾ Di centralità della decisione manageriale aziendale, peraltro solo formalmente partecipata, parla V. BAVARO, *op. cit.*, 326.

«dalla costante osservanza della regolamentazione collettiva»⁽²⁹⁾; per l'altro, più drasticamente, ritenendo il contratto collettivo un atto endo-procedimentale della formazione negoziata della volontà datoriale e della regolamentazione negoziata dell'esercizio dei poteri datoriali⁽³⁰⁾. Sebbene nessuna delle due posizioni appena richiamate sia stata elaborata con riferimento alla "aziendalizzazione" (anche se la prima si riferisce alla vicenda degli accordi separati), risulta evidente come in tale contesto entrambe si pongano in sintonia con la tendenza emergente delle relazioni industriali. Non vi è dubbio, infatti, che una delle caratteristiche fondamentali della "aziendalizzazione" sia rinvenibile nella centralità del singolo imprenditore/datore di lavoro relativamente alla determinazione delle condizioni di lavoro. Ora, se è vero che la prima delle due posizioni richiamate valorizza, insieme al ruolo del singolo datore, quello del singolo lavoratore, è chiaro che, dati i ben noti rapporti di forza, sarà il datore a decidere il rinvio al contratto collettivo che ritiene più conveniente applicare. Quanto alla seconda posizione, nonostante essa si riferisca, in modo esplicito, alla rappresentanza collettiva della parte datoriale per valorizzarne il ruolo, la profonda crisi della quale quest'ultima è preda⁽³¹⁾, ne rende plausibile l'estensione al singolo imprenditore.

Peraltro, l'attualità di un simile approccio aveva già trovato riscontro nello studio giuridico sull'elaborazione di un quadro opzionale per la contrattazione collettiva transnazionale, presentato alla Commissione dal gruppo di esperti all'uopo incaricato nel 2006⁽³²⁾. Nello studio, al

⁽²⁹⁾ A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, I, 56. Critico sull'efficacia del ricorso alla clausola di rinvio G. SANTORO PASSARELLI, *L'impatto del conflitto intersindacale sui livelli contrattuali della categoria dei metalmeccanici. Note minime su questioni ancora controverse*, in *ADL*, 2011, 222.

⁽³⁰⁾ R. ROMELI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, 210 ss.

⁽³¹⁾ Si tratta di un fenomeno non solo italiano. Oltre alle considerazioni sopra svolte sulle difficoltà incontrate dalla rappresentanza datoriale a livello europeo, si veda la pratica tedesca della cosiddetta *OT Mitgliedschaft* (*OT* sta per *Ohne Tarifvertrag*) ovvero dell'affiliazione imprenditoriale all'organizzazione rappresentativa senza obbligo di applicazione del contratto collettivo da questa sottoscritto. Sul punto, W.F. RHODIUS, *Die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband. Rechts- und Satzungsfragen des Stufenmodelles*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011.

⁽³²⁾ E. ALES, S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOB CZAK, F. VALDÉS DAL-RÉ, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Commissione europea, *Rapporto finale*, 2006, in www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4641&langId=en. Per un'analisi del Rapporto, si veda A. LO FA-

fine di evitare l’insorgere di problematiche relative all’efficacia di un testo negoziato a livello transnazionale nei singoli ordinamenti nazionali – problematiche difficilmente risolvibili senza (un’improbabile) imposizione del primo nei secondi da parte del legislatore comunitario –, si propone il recepimento dei contenuti dell’accordo transnazionale in tante determinazioni datoriali quante sono le imprese alle quali l’accordo trovi applicazione. Recepiti in singole determinazioni datoriali, i contenuti dell’accordo perderebbero, infatti, il loro carattere transnazionale per assumere la valenza e l’efficacia riconosciuta loro dall’ordinamento nazionale nel quale agiscono i datori di lavoro che le adottano.

3.2. Il diritto del lavoro “di prossimità”.

Se, dunque, il sistema di relazioni industriali ha assecondato⁽³³⁾, nelle modalità appena descritte, le istanze di “aziendalizzazione” proposte da un grande gruppo (multi)nazionale, il legislatore è andato molto oltre⁽³⁴⁾: per un verso, ha affrontato il caso FIAT, risolvendolo, almeno per ciò che riguarda il profilo relativo all’ambito soggettivo di applicazione degli accordi, che ricomprende, ora, anche i singoli dissenzienti; per l’altro, ha generalizzato le predette istanze in chiave di (potenziale) “prossimizzazione” delle fonti di produzione del diritto del lavoro al loro ambito di applicazione territoriale e di impresa.

Con il comma 3 dell’articolo 8 della legge n. 148/2011, il legislatore ha operato, infatti, il riconoscimento retroattivo dell’efficacia generalizzata delle «disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali», a condizione che questi siano stati approvati con votazione a maggioranza dei lavoratori. Con i commi 1, 2 e 2-

RO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *DLRI*, 2007, 551.

⁽³³⁾ Sia pure sotto la minaccia della delocalizzazione (A. PERULLI, *op. cit.*) e della fuoriuscita di FIAT dal sistema di relazioni industriali confederale, per cui si veda F. CARINCI, *La cronaca si fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, 25. Si veda, però, la ricostruzione della vicenda, nei termini indicati nel testo operata dallo stesso F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 5, nella quale si mettono nella giusta evidenza le posizioni comunque favorevoli di parte del mondo sindacale confederale all’alleggerimento del ruolo del contratto collettivo di categoria.

⁽³⁴⁾ Si veda, sul punto, i rilievi fortemente critici di F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l’accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2011, n. 127.

bis della medesima disposizione ha introdotto, invece, uno strumento giuridico opzionale attraverso il quale le parti sociali possono creare un diritto del lavoro “di prossimità”, anche in deroga a quello nazionale vigente.

Pur nella consapevolezza che con il comma 3 il legislatore abbia risolto solo parzialmente il caso FIAT, destinato a fare il suo corso con riferimento, ad esempio, alla qualificazione dell’operazione complessiva in termini di trasferimento d’azienda, non vi è dubbio che, nella prospettiva di questo scritto, l’attenzione debba essere concentrata sullo strumento giuridico opzionale di cui ai commi 1, 2 e 2-*bis* ⁽³⁵⁾.

Che si tratti di uno strumento opzionale lo si evince chiaramente dal tenore letterale della norma la quale dispone che «i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale [...] possono realizzare specifiche intese».

A tal fine, la legge richiede il ricorrere di una serie di requisiti. In primo luogo soggettivi, dovendo detti contratti essere stipulati «da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011». A riguardo la disposizione non sembra presentare profili interpretativi particolarmente problematici ⁽³⁶⁾. Pare, infatti, ragionevole affermare che detti contratti possono essere sottoscritti anche da una sola associazione dei lavoratori comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale o territoriale ovvero dalla sua rappresentanza operante in azienda ⁽³⁷⁾, alternativamente individuata nella RSA o nella RSU, attraverso il rinvio alla «normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011». Rinvio che pare funzionale alla sola individuazione degli agenti negoziali e non alle diverse condizioni, previste dall’accordo del 28 giugno

⁽³⁵⁾ Analizzando i quali si prenderà, indirettamente, posizione anche sui profili di incostituzionalità del comma 3, per violazione dell’art. 39, comma 4, Cost., a nostro avviso da escludersi in radice, in quanto la norma costituzionale in questione produce i suoi effetti esclusivamente nei confronti del contratto collettivo nazionale di categoria. Di diverso avviso e, quindi, in favore dell’applicabilità dell’art. 39, comma 4, Cost. anche alla contrattazione collettiva aziendale e territoriale, A. VALLEBONA, *L’efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l’idolo dell’uniformità oppressiva*, in www.ebinter.it/allegati/news/12-10-11_vallebona_30_09_.pdf, 13.

⁽³⁶⁾ Ma vedine alcuni evidenziati da F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 27 ss.

⁽³⁷⁾ Così anche A. VALLEBONA, *op. cit.*, 8.

2011, alle quali le intese acquisiscono efficacia generalizzata, a seconda che si tratti di RSU o RSA. La legge, infatti, prevede, quale unica condizione soggettiva per la produzione dell'efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati, che le intese siano sottoscritte «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali».

Ai fini dell'individuazione del “criterio maggioritario”, nel silenzio del legislatore, potrebbero, invece, tornare utili le disposizioni contenute nell'accordo del 28 giugno 2011 in tema di efficacia generalizzata delle specifiche intese. Si tratterebbe, infatti, di considerare maggioritaria la volontà espressa «dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti» (punto 4), nel caso in cui nell'impresa la rappresentanza dei lavoratori utilizzi tale modello, ovvero quella espressa «dalle rappresentanze sindacali aziendali costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati direttamente dall'azienda» (punto 5), nel caso in cui il modello prescelto sia quello della RSA.

Questa soluzione, almeno per ciò che concerne la gestione del modello RSA, consente di recuperare una parte estremamente significativa dell'accordo (punti 4 e 5) e, per relazione, la disposizione di cui al punto 1, riguardante la certificazione della rappresentatività sindacale⁽³⁸⁾. Quest'ultima, infatti, mentre sembra destinata a incontrare seri problemi nella sua applicazione a fini di selezione degli agenti negoziali del contratto collettivo nazionale di categoria, in considerazione della condotta antisindacale che verrebbe posta in essere dal datore di lavoro che escludesse un sindacato la cui rappresentatività si colloca al di sotto della fatidica soglia del 5%⁽³⁹⁾, può tornare, invece, utile nella attribuzione di significato al requisito di legge del “criterio maggioritario”, altrimenti destinato a rimanere del tutto oscuro.

⁽³⁸⁾ Nello stesso senso anche A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2011, n. 132, 38. Per una approfondita analisi del meccanismo di certificazione e delle sue imperfezioni, si veda F. SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, cit., 6 ss.

⁽³⁹⁾ Nel caso del lavoro pubblico è la legge, infatti, e non un accordo collettivo, a rendere legittima l'esclusione dalle trattative, da parte dell'Aran, del sindacato non rappresentativo.

Dalla ricostruzione operata con riferimento ai soggetti della contrattazione “di prossimità”, emergono però due elementi altamente problematici, entrambi riguardanti il livello territoriale ⁽⁴⁰⁾. Il primo concerne l’applicazione del “criterio maggioritario” ai contratti collettivi siglati a quel livello, rispetto ai quali né la legge né gli accordi collettivi definiscono parametri di valutazione della rappresentatività, con conseguente indeterminatezza dell’agente negoziale di parte sindacale. Il secondo si riferisce alla mancata individuazione, al medesimo livello, degli agenti di parte datoriale. A ciò si aggiunge la vaghezza del riferimento al territorio, di cui si può dire soltanto che non coincide con quello nazionale.

Al requisito soggettivo se ne aggiunge uno oggettivo, condizionante la possibilità stessa di concludere le specifiche intese: queste, infatti, devono essere «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all’avvio di nuove attività», sulla falsariga di quanto già previsto dall’accordo interconfederale del 2009. Tuttavia, rispetto a quest’ultimo, è opportuno segnalare alcune significative differenze. In primo luogo, l’elenco non pare essere esemplificativo ma tassativo, circoscrivendo alle ipotesi previste la sottoscrizione delle specifiche intese. In secondo luogo, le finalità evocate non riguardano soltanto la ricerca della competitività (maggiore occupazione, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività), comunque confermata appannaggio esclusivo delle “comunità di riferimento” territoriale e aziendale, ma anche materie di grande rilievo sistematico quali «la qualità dei contratti di lavoro, l’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, l’emersione del lavoro irregolare».

Se da un lato, quindi, l’ambito di azione delle specifiche intese risulta, qualitativamente e quantitativamente, esteso, dall’altro l’elencazione tassativa delle finalità perseguibili, contenuta nel comma 1, rende il ricorrere di queste ultime condizione di legittimità delle intese stesse, attivando così un meccanismo di sindacabilità, *ex post*, (dell’esistenza)

⁽⁴⁰⁾ Sulla cui valorizzazione si sono concentrate le critiche di molti: T. TREU, *L’Accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, 635 ss.; R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull’art. 8 della manovra di agosto*, in *Nel merito* (www.nelmerito.com), 16 settembre 2011, 2; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 33. Ritiene F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, *cit.*, 30, che «l’allargamento effettuato dal livello aziendale a quello territoriale sia stato improvvisato, con un costo sistemico ben superiore al risultato comunque realizzabile».

delle motivazioni a esse sottese sia da parte del singolo lavoratore che delle organizzazioni sindacali dissenzienti ⁽⁴¹⁾.

Una volta superato questo primo vaglio, le specifiche intese incontrano un ulteriore limite rappresentato dall'elenco ⁽⁴²⁾ – da considerarsi ancora una volta tassativo ⁽⁴³⁾ – di materie negoziabili, latamente riconducibili alla «organizzazione del lavoro e della produzione». Dall'elenco, il cui contenuto ha già stimolato un notevole dibattito, emerge però un'indicazione estremamente chiara, in forza della quale, nell'ipotesi estrema di specifiche intese che regolino tutte le materie in esso contenute, al diritto del lavoro nazionale (non "di prossimità", dunque) residuerebbe, di fatto, "soltanto" il diritto antidiscriminatorio. Ciò in linea con una tendenza da tempo rinvenibile nelle legislazioni dei paesi anglosassoni che rischia, però, di privare il diritto del lavoro del suo *proprium* rispetto al diritto antidiscriminatorio ovvero la garanzia di tutele del lavoratore che vadano oltre la – pur fondamentale – garanzia della dignità dell'individuo. Il diritto antidiscriminatorio, insieme al grande

⁽⁴¹⁾ Così, condivisibilmente, almeno per ciò che riguarda il sindacato giudiziale e la sua funzione, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 32 e 41; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 38. *Contra* T. TREU, *op. cit.*, 635, il quale ritiene che si tratti di «una premessa generica perché non mi sembra, neppure qui, possibile attribuirvi il valore di condizione necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui al comma 2», nonché A. VALLEBONA, *op. cit.*, 7, il quale parla di «formulazioni così generali e ampie che difficilmente se ne potrà affermare l'insussistenza con la conseguente nullità dell'accordo».

⁽⁴²⁾ Art. 8, comma 2. Si tratta «delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

⁽⁴³⁾ Così A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 43; F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 39. In senso contrario R. ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, cit., 1.

assente di questo elenco ⁽⁴⁴⁾, ovvero la tutela della salute e sicurezza, costituirebbero quindi i pilastri di ciò che resterebbe del diritto del lavoro “universale” del ventunesimo secolo.

La chiave di volta del costituendo sistema del diritto del lavoro “di prossimità” è però rappresentata dal comma 2-*bis* dell’articolo 8 della legge n. 148/2011, il cui testo merita di essere riportato integralmente: «Fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Come sottolineato in *Premessa*, si tratta di una disposizione di delega derogatoria senza precedenti ⁽⁴⁵⁾ nella storia del nostro ordinamento, pur da tempo abituato al rinvio legale alla contrattazione collettiva ⁽⁴⁶⁾. I precedenti richiamabili riguarderebbero, infatti, specifiche ipotesi accuratamente circoscritte da parte del legislatore, caratterizzate dalla preferenza – anche se, a dire il vero, sempre meno marcata ⁽⁴⁷⁾ – per l’azione unitaria del sindacato comparativamente più rappresentativo a livello di categoria o di settore. Ciò sul presupposto della capacità del livello in questione di garantire un’equilibrata composizione degli interessi della “comunità di riferimento” a esso sottesa.

Ritenendo il legislatore mutata la “comunità di riferimento” – divenuta, come ampiamente argomentato, da nazionale a territoriale o aziendale – mutano, di conseguenza, gli interlocutori del rinvio che a quei livelli si attestano. Su tale presupposto, la possibilità di deroga si estende, in maniera altrettanto conseguente, dalla legge al contratto collettivo nazionale di lavoro ⁽⁴⁸⁾, il quale viene a trovarsi in una posizione di chiara

⁽⁴⁴⁾ A onor del vero, l’elenco presenta un’altra grave lacuna, quella relativa allo sciopero. Essa si potrebbe spiegare con l’assenza di norme di legge che lo disciplinino al di fuori dei servizi essenziali e con la tendenza, di recente emersa nella contrattazione collettiva di tutti i livelli, a inibirne la proclamazione durante la vigenza del contratto collettivo (clausole di tregua).

⁽⁴⁵⁾ Sottolineano questo aspetto A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 24.

⁽⁴⁶⁾ P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005 e, più di recente, R. ROMEI, *L’autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, cit., *passim*.

⁽⁴⁷⁾ G. FERRARO, *op. cit.*, 12.

⁽⁴⁸⁾ Nella prospettiva di chi ha sempre sostenuto l’illimitata derogabilità (anche *in peius*) del contratto collettivo nazionale da parte della contrattazione collettiva di secondo livello, a condizione che la seconda segua la prima, quella che, altrimenti, sem-

sotto-ordinazione ⁽⁴⁹⁾ rispetto alla contrattazione “di prossimità”. Mentre quest’ultima, infatti, assume efficacia *erga omnes* ⁽⁵⁰⁾, come ribadito a ogni più sospinto dagli accordi e della legge, lo stesso non può dirsi – e, infatti, non è detto – in alcun passaggio degli accordi e della legge sulla contrattazione nazionale di categoria ⁽⁵¹⁾.

L’efficacia *erga omnes*, combinata alla capacità derogatoria, rende peraltro la contrattazione “di prossimità” molto più vicina alla legge di quanto sia stato finora anche soltanto ipotizzato per la contrattazione collettiva a efficacia generalizzata. Una simile osservazione trova conferma nella circostanza che i limiti posti dal legislatore stesso alla contrattazione “di prossimità” coincidono con quelli ai quali è usualmente soggetta la legge nazionale o regionale ovvero di derivazione internazionale, comunitaria e costituzionale (articolo 117, comma 1, Costituzione).

Se, da un lato, ciò giustifica la perifrasi fin dall’inizio utilizzata di diritto del lavoro “di prossimità”, dall’altro apre un fronte altamente problematico circa i soggetti e le modalità attraverso le quali detti limiti possono essere fatti valere. L’approssimazione alla legge, infatti, non pare determinare la coincidenza tra questa e i prodotti della contrattazione collettiva di prossimità, almeno in forma diretta e senza una ben ponderata rivisitazione complessiva del sistema delle fonti (del quale il contratto collettivo efficace *erga omnes* diverrebbe, a pieno titolo, parte).

Cercando di fornire una prima indicazione, si potrebbe partire dai limiti comunitari, la verifica del rispetto dei quali può tranquillamente passare per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, operato dal giudice

brerebbe un’apertura, risulta invece essere una limitazione del principio l’illimitata derogabilità: così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 14.

⁽⁴⁹⁾ Parla di «capovolgimento del sistema contrattuale, riconsiderato *bottom-top*, non per far fronte ad una domanda di maggior democrazia, ma per rendere operativa la scelta di un’efficacia generale, anche in deroga del c.c.n.l. e dell’*acquis* legislativo» F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 34.

⁽⁵⁰⁾ Non pare condivisibile l’opinione di chi sostiene che in caso di deroga alla legge «il legislatore ha individuato ragionevolmente i soggetti legittimati a sottoscrivere un accordo derogatorio con efficacia limitata ai soli lavoratori rappresentati dagli stipulanti o che abbiano fatto rinvio, espressamente o tacitamente, all’attività negoziale di questi»: così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 8. Non sembra, infatti, che l’efficacia generalizzata possa essere sottoposta a un simile limite nei confronti di coloro che non si riconoscono nei soggetti sindacali stipulanti la specifica intesa.

⁽⁵¹⁾ Il legislatore utilizzerebbe qui una tecnica che «trasforma la norma imperativa in norma semimperativa, cioè derogabile da un’altra fonte espressamente indicata»: così A. VALLEBONA, *op. cit.*, 6.

nazionale sulla base dell'equiparazione, in altra prospettiva aspramente criticata ⁽⁵²⁾, operata dalla Corte stessa tra organizzazioni sindacali e legislatore nazionale e tra legge e contratto collettivo dotato di efficacia generalizzata. Procedendo in ordine di difficoltà crescente, si dovrebbe immaginare, poi, un sindacato diretto del giudice nazionale con riferimento al rispetto dei limiti derivanti da norme internazionali, in una prospettiva di disapplicazione della norma adottata in loro violazione, in assenza, come noto, di una giurisdizione specializzata in materia. Infine, raggiungendo l'acme della difficoltà, occorre interrogarsi sulla facoltà del giudice adito di proporre la questione di costituzionalità rispetto ai prodotti del diritto del lavoro "di prossimità", in considerazione della loro efficacia generalizzata e degli stessi limiti a essa posti dal legislatore: elementi che rendono dubbia la loro sottrazione al sindacato del giudice delle leggi ⁽⁵³⁾.

Resta, peraltro, da chiarire quali siano i limiti costituzionali che potrebbe incontrare il diritto del lavoro "di prossimità", una volta che alla sua capacità dispositiva è stato sottratto il diritto antidiscriminatorio e la tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (materie riferibili, rispettivamente, agli articoli 2, 3, 37, e 32 della Costituzione) ⁽⁵⁴⁾. Rimasti sinora privi di seguito giurisprudenziale i tentativi di ancorare la tutela contro il licenziamento illegittimo a norme costituzionali (articoli 4

⁽⁵²⁾ E. ALES, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, in E. ALES, T. JASPERS, P. LORBER, C. SACHS-DURAND, U. WENDELING-SCHRÖDER (eds.), *Fundamental Social Rights in Europe: Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, 45.

⁽⁵³⁾ Secondo F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 77, la giurisprudenza «non sarà affatto indotta a coltivare un'eccezione di incostituzionalità, ma potrà aggredire direttamente ed immediatamente il testo collettivo sottopostole, dichiarandolo illegittimo in tutto o in parte». Occorrerebbe chiarire, però, in che modo ciò potrebbe avvenire.

⁽⁵⁴⁾ Non pare, infatti, condivisibile l'opinione secondo la quale l'art. 8 della l. n. 148/2011 «esprime una contraddizione logico-giuridica insanabile, in quanto autorizza una deroga generalizzata alla legge (in ogni aspetto dello svolgimento del rapporto) ma nel rispetto dei principi costituzionali (laddove non c'è norma di diritto del lavoro che non potrebbe essere riconducibile, più o meno direttamente, ai principi costituzionali)»: così A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 50. La riconducibilità, in senso lato, di tutte le norme vigenti del diritto del lavoro ai principi costituzionali non impedisce, infatti, alla legge o alla contrattazione collettiva da essa delegata, di modificarne i contenuti. Si tratta di prendere atto dell'inevitabile rischio di storicizzazione che il diritto del lavoro italiano corre, a fronte dell'assenza di norme costituzionali che prevedano forme specifiche di tutela.

e 35 della Costituzione) ⁽⁵⁵⁾, una prospettiva interessante potrebbe essere quella del ricorso, costante, da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità al contratto collettivo di categoria quale parametro di determinazione della retribuzione sufficiente *ex* articolo 36 della Costituzione. Tuttavia, in questo caso, l’efficacia generalizzata attribuita alla contrattazione di “prossimità” ⁽⁵⁶⁾ – di cui, come abbiamo sostenuto, non è, invece, dotato, almeno *per tabulas*, il contratto collettivo nazionale di categoria – risolverebbe a monte la questione, stabilendo – a livello aziendale o territoriale – quella connessione tra *erga omnes* e retribuzione sufficiente data per scontata dai Costituenti ma mai realizzata, a livello nazionale di categoria, dal legislatore ordinario ⁽⁵⁷⁾.

3.3. Le eventuali conseguenze.

Qualora lo strumento giuridico opzionale appena descritto riscuotesse il successo auspicato dal legislatore (la rubrica dell’articolo 8 è, in questo senso, esplicita: *Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*) le conseguenze sarebbero, comunque, di grande momento.

Ci si troverebbe, infatti, di fronte a una riproposizione, in chiave micro-corporativa, dell’interesse dell’impresa di cui all’articolo 2104, comma 1, del codice civile, interesse perseguibile attraverso una legislazione aziendale negoziata, ispirata al principio di partecipazione, come testimoniato dal riferimento a essa operato nelle finalità di cui al comma 2 e da alcuni richiami, a dire il vero rimasti lettera morta, contenuti negli accordi FIAT. L’interesse della nuova “comunità di riferimento” prevarrebbe, dunque, in una prospettiva, salvifica della stessa e non con-

⁽⁵⁵⁾ Tutela che, peraltro, potrebbe essere desunta, quale vincolo comunitario, dall’art. 30 della Carta di Nizza che ne sancisce il diritto contro ogni licenziamento giustificato, se non fosse per l’immancabile riferimento, in esso operato, all’esercizio di detto diritto in conformità con il diritto dell’Unione e con le legislazioni e prassi nazionali. Contrariamente a quanto ritengono, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 49, nella Carta viene indiscutibilmente affermato “solo” l’obbligo di motivazione del licenziamento, non anche la forma di tutela che, pure, deve essere in qualche modo prevista.

⁽⁵⁶⁾ Come, invocato, in tempi non sospetti, e recentemente ribadito, ovviamente con riferimento al solo contratto collettivo aziendale, da G. SANTORO PASSARELLI, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale: istituzionalizzazione della rappresentanza in azienda?*, in *DLRI*, 1989, 329 e *Id.*, *I contratti collettivi della FIAT di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, 2011, III, 161.

⁽⁵⁷⁾ *Contra* A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 49, i quali sembrano ritenere costituzionalizzato il riferimento operato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità al contratto collettivo nazionale di categoria.

flittuale delle relazioni industriali, sugli interessi delle parti, in nome dell'incremento di competitività del quale entrambe beneficerebbero. Prospettiva, questa, definita micro-corporativa in quanto, rispetto alla costruzione macro-corporativa fascista, viene meno la *reductio ad unum* degli interessi delle singole imprese nell'interesse superiore della produzione nazionale; ciò in conseguenza, ovviamente, della mutata "comunità di riferimento" (non più il partito unico/corporazione, ma l'impresa).

L'assolutizzazione dell'interesse dell'impresa quale "comunità di riferimento" prevalente determinerebbe, poi, una coincidenza del luogo giuridico di produzione con quello di applicazione delle norme e una estremizzazione del concetto di *lex loci laboris*, in prospettiva aziendale o territoriale.

Infine, si assisterebbe a una valorizzazione del livello territoriale sub-nazionale densa di incognite, a cominciare – come detto – dai soggetti negoziali e dalla loro rappresentatività⁽⁵⁸⁾, per finire (si fa per dire) con l'individuazione della relativa "comunità di riferimento", soprattutto di parte datoriale.

Ciò detto, occorre ancora una volta sottolineare come l'ultima parola sulla nascita effettiva del diritto del lavoro "di prossimità" spetti alle «associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero (anche nel senso di alternativamente, almeno così sembrerebbe dal tenore letterale della disposizione) [a]lle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda».

Il "gran rifiuto" confederale contenuto nell'*addenda* del 21 settembre 2011 all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non sembra lasciare spazio a fraintendimenti. Tuttavia, come noto, è l'occasione a fare l'uomo ladro e, nel perdurante silenzio del legislatore, la realtà dei fatti a declinare il concetto di associazione sindacale comparativamente più rappresentativa.

4. Problematiche costituzionali del diritto del lavoro "di prossimità".

Quale che sia il destino del diritto del lavoro "di prossimità" e, quindi, il suo grado di pratica realizzazione, la riflessione teorica non può sottrarsi all'analisi dei profili di costituzionalità dell'articolo 8 della legge

⁽⁵⁸⁾ Sottolineano la problematicità di questo aspetto F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 28 e A. VALLEBONA, *op. cit.*, 9.

n. 148/2011 e dello strumento giuridico opzionale in esso proposto. Anche in questo caso, ragioni di spazio impongono di procedere per cenni.

Occorre qui partire proprio dal “gran rifiuto” ovvero dalla natura opzionale dello strumento giuridico, per chiarire che proprio la valorizzazione dell’autonomia collettiva a essa sottesa rende irricevibili le obiezioni di legittimità costituzionale sollevate in ragione di una presunta violazione dei principi di uguaglianza, razionalità, proporzionalità⁽⁵⁹⁾ e libertà sindacale⁽⁶⁰⁾. Il legislatore, infatti, non impone alcunché alle organizzazioni sindacali, offrendo loro quella che ritiene essere una opportunità di diversificazione negoziata del diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Si tratta, dunque, di una ipostatizzazione del principio di libertà sindacale, del tutto in linea con la ben nota tendenza della costituzione sindacale materiale ad assolutizzarne la portata.

Peraltro, la decisione, quanto mai opportuna, del legislatore di non occuparsi dell’efficacia soggettiva del contratto collettivo nazionale di categoria priva di significato la verifica di costituzionalità dell’articolo 8 della legge n. 148/2011 rispetto alla seconda parte dell’articolo 39, esplicitamente destinata a esplicitare la propria funzione “ostruzionistica”⁽⁶¹⁾ esclusivamente nei confronti dei tentativi, non conformi, di dotare di efficacia generalizzata i contratti collettivi di categoria⁽⁶²⁾.

Molto più problematico appare, invece, il rapporto tra l’articolo 8 e alcune delle disposizioni contenute nel titolo V della Costituzione, così come modificato dalla legge n. 3/2001. Come noto, quest’ultima ha rivisitato *funditus* la materia della potestà legislativa, ribaltando il princi-

⁽⁵⁹⁾ Così, A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 22, i quali invocano l’esigenza di una rinnovata «legittimazione metalegislativa dell’ordinamento» di mengoniana memoria, non essendo disposti ad ammettere che essa ha già avuto luogo a seguito della crisi delle “comunità di riferimento” tradizionali. Naturalmente la nuova legittimazione può non piacere, ma questo è un altro discorso che condurrebbe lontano, verso i lidi della critica al modello parlamentare, secondo alcuni, troppo soggetto a fenomeni degenerativi di stampo populistico (demagogia), soprattutto in presenza di leggi elettorali quale quella attualmente vigente in Italia.

⁽⁶⁰⁾ G. FERRARO, *op. cit.*, 30.

⁽⁶¹⁾ G. FERRARO, *op. cit.*, 2.

⁽⁶²⁾ Reputa «troppo semplice» la soluzione indicata nel testo alla verifica di costituzionalità dell’art. 8, rispetto all’art. 39 Cost., F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 45. Tuttavia non sembra, a sommosso avviso di chi scrive, che gli argomenti portati dall’Autore a sostegno della soluzione contraria possano risultare decisivi. Non certo, la supposizione che se fosse esistito all’epoca, i Costituenti avrebbero assoggettato il contratto collettivo aziendale al meccanismo di cui ai commi 2-4 dell’art. 39 Cost.

pio previgente di centralità di quella statale e di residualità di quella regionale. Evitando di entrare nel dettaglio della questione, ciò che qui preme sottolineare è che la “territorializzazione” della potestà legislativa, indubbiamente favorita dal nuovo riparto di competenze tra stato e regioni, avviene a condizioni e secondo regole ben precise.

In particolare, la riconduzione, ormai pacifica, della disciplina del rapporto di lavoro all’ordinamento civile dello stato⁽⁶³⁾ sembra postularne una regolamentazione unitaria e non frammentata, neppure a livello regionale. A ciò si aggiunga che il legislatore statale è tenuto alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» – articolo 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione⁽⁶⁴⁾ – e il Governo all’esercizio di poteri sostitutivi «quando lo richiedono la tutela dell’unità giuridica o dell’unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (articolo 120, comma 2, della Costituzione).

Non sfugge, ovviamente, il fatto che i principi appena richiamati si riferiscono alla potestà legislativa e, dunque, alla legge⁽⁶⁵⁾. Tuttavia, come già suggerito in precedenza, occorre valutare con attenzione la correttezza di un approccio formalistico che privilegi la natura dell’atto (ambiguamente privatistica), rispetto all’efficacia generalizzata dei suoi effetti. Ma anche a voler ritenere non sostenibile l’assimilazione, negli effetti, della contrattazione collettiva di prossimità alla legge, rimane

⁽⁶³⁾ Per una ricostruzione della vicenda, si veda R. SALOMONE, *Il diritto del lavoro nella riforma costituzionale. Esperienze, modelli e tecniche di regolazione territoriale*, Cedam, Padova, 2005.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto si veda, almeno, C. PINELLI, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *DP*, 2002, 881, secondo il quale «la locuzione non è mero riflesso ma strumento indispensabile per far valere quei diritti in quanto diritti dei cittadini di una Repubblica che nel riconoscere e promuovere le autonomie locali come individuate all’art. 114 rimane una e indivisibile in ragione del rispetto del principio di eguaglianza fra i cittadini stessi».

⁽⁶⁵⁾ «Non è che non ci si renda conto della differenza fra una legislazione regionale che “espropria” una competenza esclusiva dello Stato ed una contrattazione collettiva che “attua” una delega attribuitale dal titolare stesso di quella competenza, lo Stato, con la copertura offerta dall’art. 39, comma 1, Cost. Ma la *ratio* è la stessa, perché l’attribuzione di tale competenza esclusiva allo Stato è giustificata dall’essere quella in grado di garantire un trattamento uniforme sull’intero territorio nazionale, sì da non poter né esserne privato né privarsene, almeno non in modo massivo e sostanzialmente incondizionato; non può, senza che rilevi il fatto di privarsene a pro della contrattazione collettiva, perché l’art. 39, comma 1, Cost. assicura sì una protezione, ma non assoluta bensì relativa, come d’altronde fa anche l’art. 40 Cost.». Così F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale*, cit., 75.

innegabile il principio di regolamentazione unitaria di materie – tra le quali la disciplina del rapporto di lavoro – ⁽⁶⁶⁾ che i costituenti sottraggono alla potestà legislativa regionale, chiamata, in ogni caso e ove operante, al rispetto dei livelli essenziali definiti dal legislatore statale. Nulla di tutto ciò è presente nell’articolo 8 della legge n. 148/2011, che si pone così in netta antitesi rispetto ai principi appena enunciati. Esso violerebbe, quindi, in maniera diretta o per aggiramento (a seconda della posizione che si assume nei confronti dell’assimilazione di cui sopra), l’articolo 117, comma 2, lettere *l* e *m* della Costituzione, ponendosi anche in evidente contrasto con il principio guida del cosiddetto federalismo fiscale, declinato, nell’articolo 119 della Costituzione, in termini di promozione della coesione e della solidarietà sociale. Contrasto che si ripropone, a livello comunitario, rispetto al già citato obiettivo dell’Unione europea di rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale, soprattutto, qualora questo venga finalmente e coerentemente sviluppato in una prospettiva sociale piuttosto che di infrastrutture materiali ⁽⁶⁷⁾.

Dal caso FIAT al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali – Riassunto. *Pur assumendo, se non altro da un punto di vista cronologico, la veste di primo commento alle convulse vicende che hanno interessato il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane da giugno a settembre 2011, il saggio si propone di fornirne un inquadramento sistematico all’interno di una più ampia (e ormai consolidata) tendenza transnazionale di “aziendalizzazione” della disciplina, legale e pattizia, dei rapporti di lavoro, individuali e collettivi. Le carenze strutturali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali sovranazionali (comunitarie, in particolare) sono alla base della suddetta tendenza e la rendono, al momento, egemone. Il caso FIAT che di quella tendenza è figlio, in considerazione della sempre più spinta internazionalizzazione del Gruppo, si inserisce, tuttavia, in un contesto, quello italiano, che risulta(va) caratterizzato dalla uniformità tendenziale della disciplina dei rapporti di lavoro, nella prospettiva di una duplice “comunità di riferimento” rappresentata dall’ordinamento giuridico nazionale e dal sistema di relazioni industriali di categoria o intercategoriale. Il tentativo di forzare quest’ultimo attraverso accordi aziendali conclusi, al di fuori del contratto collettivo nazionale di categoria, con una parte soltanto degli interlocutori sindacali*

⁽⁶⁶⁾ La problematicità, in termini di rispetto del riparto di competenze, del rinvio legale alla contrattazione collettiva territoriale, alternativo a quella nazionale di categoria, a fini normativi, era già stata rilevata, con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, da P. PASSALACQUA, *op. cit.*, 153 ss.

⁽⁶⁷⁾ Come già previsto dalla Strategia di Lisbona rivisitata nel 2005. Sul punto si veda E. ALES, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi “genealogica”*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, cit., 168 ss.

tradizionali della categoria stessa, ha provocato la “tempesta perfetta” che sembrava dover spazzare via il sistema di relazioni industriali italiano, basato, almeno fino al 2009, sul consenso unitario. Tuttavia, sull’orlo del baratro, le stesse parti sociali hanno ritrovato unità di intenti, sottoscrivendo l’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Questo, che non va oltre un ossequio formale delle istanze uniformanti (ribadita centralità del contratto collettivo nazionale di lavoro), asseconda invece, in maniera decisa, le spinte diversificatrici (capacità derogatoria, anche non controllata, della contrattazione aziendale), anche se, in definitiva, non offre alcuna soluzione al caso FIAT, destinato dunque a essere affrontato (con esito incerto per l’azienda) secondo le regole preesistenti. Nello scenario appena abbozzato, l’intervento del legislatore – posto in essere attraverso l’art. 8 della l. n. 148/2011 – assume, quindi, una duplice valenza: contingente, per ciò che concerne la soluzione del caso FIAT (comma 3); permanente, per ciò che riguarda la “aziendalizzazione” del diritto del lavoro e delle relazioni industriali, a fronte dell’introduzione di uno strumento giuridico, opzionale e condizionato, di conclusione di contratti collettivi territoriali o aziendali efficaci erga omnes, dotati di un potere derogatorio senza precedenti delle norme di legge e di contratto collettivo (commi 2 e 2-bis). Il potenziale sviluppo di quello che, parafrasando il legislatore, potremmo definire un diritto del lavoro “di prossimità” (territoriale e aziendale), seppur rifiutato dalle parti sociali confederali con l’addenda del 21 settembre 2011 all’accordo del 28 giugno 2011, rende necessario un attento vaglio di costituzionalità dell’art. 8, dal punto di vista, non tanto della garanzia della libertà sindacale (art. 39 Cost.), quanto, piuttosto, dell’esercizio conforme a costituzione della potestà legislativa, di cui sono titolari, esclusivi o concorrenti, stato e regioni (art. 114 Cost.). Disposizioni di contratto collettivo efficaci erga omnes (e, quindi, dotate della stessa forza della legge), destinate a produrre un diritto del lavoro aziendale o territoriale, sembrano, infatti, porsi in contrasto con i principi affermati dall’art. 117 Cost. e con il federalismo solidale di cui all’art. 120 Cost.

FIAT and Industrial Relations in Italy. The Impact and Constitutional Limits of Company-level Agreements (Article in Italian) – Summary. *This paper offers a systematic analysis of developments in Italian labour law and industrial relations from June to September 2011, considering the international trend towards the regulation of individual employment contracts and collective agreements by means of company-level agreements. This practice, that is increasingly widespread, reflects structural shortcomings in supranational labour law, particularly EU law. The case of FIAT, a company undergoing a major process of internationalisation, is an example of this tendency, in response to the standardisation of labour law provisions in both national legislation and collective bargaining (company-wide and inter-sectoral agreements). The attempt to conclude company-level agreements outside the scope of industry-wide bargaining, by negotiating with only some of the trade union actors, has given rise to a situation of uncertainty, calling into question the effectiveness of the industrial relations system in Italy, that until 2009 was based on consensus. However, with a certain unity of intent, the social partners concluded an Interconfederal Agreement (national multi-industry agreement) on 28 June 2011. Although paying tribute to the key role of national collective bargaining at a formal level, the Interconfederal Agreement introduced some innovations (e.g. the opportunity to derogate from the national collective agreement), but failed to provide a solution to issues ari-*

sing at company level, that will be dealt with by means of existing provisions. In this connection, Art. 8, Act No. 148/2011 has a twofold function, as it provides a legal instrument for FIAT in terms of collective bargaining (par. 3), while promoting company-level bargaining as an unprecedented, optional means for concluding local- and company-level agreements with erga omnes effect and a mandatory character. In spite of the amendments on 21 September 2011 to the Interconfederal Agreement of 28 June 2011, the regulation of labour matters by a more widespread use of company-level agreements (a practice known as diritto del lavoro di prossimità), needs to take account of the constitutionality of Art. 8, Act No. 148/2011. More specifically, rather than its compliance with the right to organise (Art. 39 of the Constitution), there is a need to verify its compliance with the allocation of legislative powers (Art. 114 of the Constitution) that are usually the exclusive and concurrent jurisdiction of the government and the Regions. The erga omnes clauses in collective agreements promoting the use of company-level collective agreements and having force of law seem to be in contrast with the principles laid down in Art. 117 of the Constitution and with the concept of federalism based on solidarity in Art. 120 of the Constitution.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Infortunati e malattie professionali

- *mobbing e malattia professionale (1.1.)*

Lavoro a termine

- *legittimità costituzionale art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183/2010 (2.1.)*

Previdenza

- *transazione novativa e imposizione previdenziale (3.1.)*

Sciopero

- *sanzioni amministrative per violazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (4.1.)*

Somministrazione di lavoro

- *ragioni giustificatrici della somministrazione a tempo determinato (5.1.)*

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. Infortuni e malattie professionali

1.1. Trib. Larino 12 ottobre 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 1).

Malattie professionali - Malattie non tabellate - Disturbo depressivo generato da costrittività organizzative o mobbing - Indennizzabilità Inail - Sussistenza.

Alla luce del sistema introdotto dall'art. 10 del d.lgs. n. 38/2000, anche tenuto presente quanto disposto dal d.m. 14 novembre 2008 e dal successivo d.m. 11 dicembre 2009, il disturbo depressivo generato da costrittività organizzativa o mobbing, una volta che ne sia provata l'origine lavorativa, deve essere riconosciuto come malattia professionale indennizzabile dall'Inail.

Disturbo cronico dell'adattamento da costrittività organizzativa e malattia professionale

Nella sentenza in epigrafe il Tribunale di Larino affronta il delicato tema della qualificazione del disturbo depressivo, cagionato dal comportamento persecutorio di tipo verticale con azioni ostili, sistematiche e ripetute nel tempo, poste in essere dal datore di lavoro, come malattia professionale indennizzabile dall'Inail.

La vicenda trae origine dal ricorso di una lavoratrice volto ad accertare che le patologie di cui soffriva (sindrome ansioso-depressiva reattiva) fossero conseguenza diretta della costrittività organizzativa o, comunque, delle azioni di mobbing sul posto di lavoro e, quindi, venissero riconosciute quale malattia professionale con conseguente indennizzo a carico dell'Inail.

Il resistente Inail, il cui personale aveva pure avuto modo di diagnosticare alla lavoratrice una "sindrome ansioso-depressiva reattiva", non contestava espressamente la sussistenza delle condotte a fondamento della pretesa, bensì il diritto all'indennizzo in quanto, oltre a ritenere la malattia non riconducibile ad alcuna patologia prevista nelle tabelle allegate al d.P.R. n. 1124/1965, non riteneva sussistente l'esposizione al rischio né il nesso di causalità tra la malattia contratta e l'attività lavorativa svolta.

Il Tribunale di Larino, all'esito dell'analisi delle prove documentali e testimoniali, ha verificato come il comportamento del datore di lavoro, oltre ad essere palesemente illegittimo, con evidenti ricadute negative tanto sul bagaglio professionale che sulla personalità della lavoratrice, avesse provocato gravi ripercussioni sulla sua stessa integrità psichica, tanto che la consulenza tecnica di ufficio aveva riscontrato un «disturbo dell'adattamento cronico con ansia e depressione misto di grado moderato», in stretto rapporto causale con la vicenda lavorativa per «comportamento persecutorio di tipo verticale con azioni ostili, sistematiche, e ripetute nel tempo» poste in essere dal datore di lavoro.

Ritenendo le conclusioni della consulenza pienamente condivisibili, il giudice affronta la valutazione della natura professionale della malattia contratta.

Come noto la tematica, di grande interesse e rilevanza, ha subito nel corso degli anni profondi mutamenti.

Il Testo Unico n. 1124/1965, in tema di malattia professionale, infatti, limitava la tutela alle sole patologie specificate in una apposita tabella ed a condizione che fossero contratte nell'esercizio di attività lavorative tipiche; si trattava di un sistema tabellare a carattere tassativo (G. FERRARI, G. FERRARI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 2004; E. CATALDI, *Malattie professionali (assicurazione obbligatoria contro le)*, in *EGT*, 1990, vol. XIX; V. SIMI, *Le malattie professionali e il sistema della lista (aspetti giuridici)*, in *Proposte sociali*, 1973, 241; M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2005) che, tuttavia, offriva al lavoratore il vantaggio di dover solo dimostrare lo svolgimento di una data attività per vedersi riconoscere la derivazione professionale della malattia, dal momento che il nesso causale tra tecnopatia e prestazione lavorativa era presunto (cfr. Cass. 12 ottobre 1987, n. 7551, in *MGC*, 1986, fasc. 8-9; Cass. 17 novembre 1995, n. 11897, in *MGC*, 1995, fasc. 11).

La presunzione che la norma riservava a vantaggio del lavoratore poteva essere vinta solo qualora si fosse dimostrato, in modo rigoroso ed incontrovertibile, che la malattia fosse stata causata da fattori del tutto estranei all'attività lavorativa prestata (Cfr. Cass. 3 aprile 2008, n. 8638, in *MGC*, 2008, 4, 510; Cass. 15 febbraio 1989, n. 910, in *MGC*, 1989, fasc. 10; Cass. 8 ottobre 1992, n. 10953, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1993, II, 29; Cass. 10 dicembre 2001, n. 15591, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2001, II, 142; Cass. 15 gennaio 1994, n. 343, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1994, II, 30).

Un sistema così strutturato, però, ben presto si è dimostrato inadeguato alle mutate condizioni sociali ed all'evoluzione dell'organizzazione del lavoro, allorché i vantaggi probatori garantiti al lavoratore dalle tabelle sono risultati di minore rilevanza rispetto all'interesse ad estendere la tutela mediante la possibilità di dimostrare l'esistenza del nesso eziologico tra malattia non tabellata e lavorazione.

Così la Corte costituzionale, che per anni aveva difeso il sistema tabellare, sostenendo che esso «presenta il vantaggio della presunzione legale circa l'eziologia professionale delle malattie contratte nell'esercizio delle lavorazioni morbigene» e che, pur presentando dei vuoti di tutela relativi a malattie e lavorazioni non ricomprese negli elenchi, non menomava in misura rilevante l'idoneità del sistema all'attuazione del precetto dell'art. 38, comma 2, della Costituzione, costituendo pur sempre una effettiva garanzia per i lavoratori esposti alle malattie professionali (C. Cost. 27 giugno 1974, n. 206, in *GU*, 10 luglio 1974, n. 180; G. ALIBRANDI, *Sulla legittimità costituzionale del sistema della lista delle tecnopatie assicurate*, in *MGL*, 1975, 301; C. Cost. 25 giugno 1981, n. 140, in *GCost*, 1981, I, 1348), arriva presto a mutare orientamento.

La svolta si registra con la sentenza 18 febbraio 1988, n. 179 (C. Cost. 18 febbraio 1988, n. 179, in *OGL*, 1988, 591), con la quale la Corte, tornata sull'argomento, dichiara l'illegittimità costituzionale – in riferimento all'art. 38, comma 2, Cost. – dell'art. 3, comma 1, del d.P.R. n. 1224/1965 nella parte in cui non prevede che «l'assicurazione contro le malattie professionali [...] è obbligatoria anche per malattie diverse da quelle comprese nelle tabelle allegare concernenti le dette malattie e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle tabelle stesse, purché si tratti di malattie delle quali sia comunque provata la causa di lavoro» (in precedenza la l. n. 780/1975 aveva modificato il sistema di tutela per malattie come la silicosi e l'asbestosi eliminando la definizione legislativa delle malattie e lasciando, quindi, spazio all'accertamento scientifico del medico; cfr. M. CINELLI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *Il rapporto previdenziale*, Giappichelli, Torino, 2005; G. ALIBRANDI, *Sistema misto per le tecnopatie dopo la sentenza n. 179/1988 della Corte Costituzionale*, in *MGL*, 1988, 17).

I giudici costituzionali, infatti, hanno constatato come, rispetto al passato, si fosse verificata un'alterazione nel rapporto tra i due interessi, con un'attenuazione di quello alla garanzia dell'accertamento presuntivo e con l'incremento dell'interesse all'estensione della tutela, con la conseguenza che il sistema posto dal Testo Unico n. 1224/1965 era divenuto «insufficiente a compensare il divieto dell'indagine aperta sulla causa di lavoro».

Questa pronuncia, quindi, ha aperto la strada al riconoscimento di un sistema misto che, pur conservando la validità delle tabelle, consente una estensione della tutela anche ad altre e diverse patologie, garantendo una più ampia protezione del lavoratore (cfr. Cass. 24 aprile 1998, n. 4254, in *MGC*, 1998, 882; G. FERRARI, G. FERRARI, *op. cit.*; G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, Milano, 1992; M. PERSIANI, *op. cit.*; S. PICCININNO, *La tutela assicurativa delle malattie professionali alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 179 e n. 206 del 1988*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1988, I, 309).

L'orientamento inaugurato dalla Corte costituzionale è stato subito ripreso e seguito da una consolidata giurisprudenza di legittimità e di merito (cfr. *ex plurimis* Cass. n. 15591/2001 cit.; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17127, in *MGC*, 2002, 2102; Cass. 28 agosto 2002, n. 12629, in *MGC*, 2002, 1598) che ha riconosciuto la possibilità di far valere il diritto alla tutela in caso di malattia non tabellata provando «l'esistenza della malattia, le caratteristiche morbigene della lavorazione ed il rapporto eziologico tra quest'ultima e la tecnopatia» (cfr. *ex plurimis* Cass. 10 febbraio 2011, n. 3227, in *MGC*, 2011, 2, 213; Cass. 21 giugno 2006, n. 14308, in *MGC*, 2006, 6; Cass. 10 giugno 2004, n. 20946, in *DRI*, 2005, 1, 194; Cass. n. 17127/2002 cit., 2102; Cass. 27 dicembre 1999, n. 14565, in *MGC*, 1999, 2625; Cass. n. 12629/2002 cit., 1598), già prima dell'approvazione del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, che, all'articolo 10, comma 4, ha espressamente stabilito che «sono considerate malattie profes-

sionali anche quelle non comprese nelle tabelle [...] delle quali il lavoratore dimostri l'origine professionale».

Proprio il disposto dell'art. 10 del d.lgs. n. 38/2000, a giudizio del Tribunale di Larino, non si limita a codificare un sistema tabellare misto, ma include «nel novero delle malattie professionali anche quelle derivanti da lavorazioni atipiche, diverse, cioè da quelle di cui all'art. 1 D.P.R. 1124/65, richiamato dallo stesso art. 3 dello stesso D.P.R.».

Non è un caso se anche la dottrina fa discendere da tale disposto normativo lo spazio per il «riconoscimento quale malattia professionale non tabellata» della sindrome da mobbing e dei disturbi ad essa equiparabili (cfr. M. MEUCCI, *Danni da mobbing e loro risarcibilità*, Ediesse, Roma, 2006; P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000). La nuova normativa, dunque, qualifica come malattia professionale «quella della quale il lavoratore dimostri, *tout court*, l'origine professionale, senza ulteriori riferimenti al tipo di attività lavorativa svolta», senza escludere dall'ambito delle malattie professionali «quelle contratte al di fuori delle lavorazioni tipiche e/o non tabellate».

La grande novità nell'ambito del quadro di tutela prevista dal legislatore del 2000, come si osserva nella sentenza annotata, consiste proprio nell'aver realizzato «un sistema tabellare misto di tipo aperto, tendenzialmente portato ad includervi, nel tempo, anche le malattie che, ritenute oggi di possibile o probabile origine lavorativa (e per tale ragione monitorate), un domani potrebbero esser ritenute di origine professionale *tout court*». Tali patologie, per la loro probabile origine lavorativa, sono già state inserite nell'elenco di quelle per le quali l'art. 139, d.P.R. n. 1124/1965, dispone l'obbligo di denuncia all'Inail e per questo, a detta del Tribunale di Larino, pur non potendosi presumere l'origine professionale, che deve essere volta per volta dimostrata dal lavoratore, scontano una «agevolazione probatoria».

Proprio la presenza del disturbo depressivo generato da costrittività organizzativa tra le malattie oggetto di denuncia obbligatoria all'Inail assume, nelle argomentazioni del Tribunale di Larino, una certa importanza. L'*iter* di inclusione di tale patologia nel novero delle malattie per le quali è prevista la denuncia obbligatoria non è stato, però, molto agevole al punto che lo stesso d.m. 27 aprile 2004 che, per la prima volta ne aveva previsto l'obbligo di denuncia, è stato impugnato, in sede amministrativa, da alcune associazioni imprenditoriali al fine di vederne dichiarata l'illegittimità.

Sebbene il TAR Lazio, pronunciandosi con la sentenza 4 luglio 2005, n. 5454, avesse chiarito come l'elenco *ex art.* 139 del Testo Unico n. 1124/1965 potesse legittimamente contenere anche liste di malattie di probabile o di possibile origine lavorativa, «da tenere sotto osservazione ai fini della revisione delle tabelle» (TAR Lazio 4 luglio 2005, n. 5454, in *FI*, 2005, III, 702), dello stesso avviso non è stato il giudice di appello.

Con sentenza 17 marzo 2009, n. 1576, infatti, il Consiglio di Stato, in accoglimento del gravame, ha disposto l'annullamento del d.m. 27 aprile 2004,

stabilendo che le patologie legate al fenomeno di costrittività organizzativa, «in quanto caratterizzate da tale eziologia legata non all'esecuzione delle lavorazioni protette ma al fattore ambientale organizzativo, non sono legittimamente inseribili, neppure in prospettiva, allo stato della legislazione vigente, tra le malattie di cui alla tabella» aggiornata ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 1124/1965 (C. Stato 17 marzo 2009, n. 1576, in *RIDL*, 2009, 4, 1032).

I giudici amministrativi, tanto in primo grado quanto in appello, invece, sono stati concordi nel censurare la circ. n. 71 del 17 dicembre 2003 con cui l'Inail, intervenendo in tema di patologie legate a fenomeni di mobbing, aveva preso atto che determinati disturbi psichici possono essere considerati di origine professionale se causati o concausati, in modo prevalente, da specifiche e particolari condizioni dell'attività o dell'organizzazione di lavoro e che tali condizioni ricorrono «esclusivamente in presenza di situazioni di incongruenza delle scelte in ambito organizzativo, situazioni definibili con l'espressione costrittività organizzativa».

In questi casi, fermo restando che, «come per tutte le altre malattie non tabellate, l'assicurato ha l'obbligo di produrre la documentazione idonea a supportare la propria richiesta per quanto concerne sia il rischio sia la malattia», trattandosi di una produzione documentale non facilmente reperibile, l'Inail aveva stabilito che fosse necessario procedere ad indagini ispettive per raccogliere prove testimoniali, al fine di acquisire riscontri oggettivi ed integrare gli elementi probatori prodotti dall'assicurato, ma – al contrario delle altre malattie professionali per le quali l'intervento era previsto solo se necessario – per i disturbi legati al mobbing l'indagine ispettiva «deve essere sempre effettuata».

Nel giudicare la legittimità della circolare Inail, tanto il TAR Lazio, quanto il Consiglio di Stato sono stati concordi nel disporre l'annullamento del provvedimento impugnato.

Il TAR Lazio, con la sentenza 4 luglio 2005, n. 5454, aveva censurato l'intervento dell'Inail in quanto volto a trattare una malattia non tabellata, quale i disturbi da costrizione organizzativa, come se godesse di una presunzione relativa.

La circ. Inail n. 71/2003, infatti, secondo i giudici amministrativi, non si limita ad offrire agli uffici destinatari solo un complesso di elementi identificativi del mobbing, ma indica l'obbligo di accertare i presupposti oggettivi della costrittività organizzativa, non solo per riscontrare quanto dichiarato dal lavoratore, ma soprattutto per integrare gli elementi probatori prodotti dallo stesso in ordine all'esistenza delle condizioni indicate quali forme di costrittività; oltre a ciò tale provvedimento indica che la patologia è indennizzabile «in quanto sia esclusivamente riconducibile alla sindrome da disadattamento cronico o quella *post* traumatica o da *stress* cronico» e stabilisce che la trattazione delle relative pratiche va effettuata a livello locale e non, come in passato, presso la direzione centrale dell'ente.

Così facendo l'Inail avrebbe indicato un approccio al trattamento del mobbing secondo la struttura logica della malattia tabellata, con un provvedimento «mirante ad integrare surrettiziamente il complesso delle malattie c.d. tabellate» in aperta violazione di quanto dispone il d.lgs. n. 38/2000 che riserva ad altri organi ed a differenti procedure il compito di integrare l'elenco delle patologie tabellate.

Lo stesso Istituto, inoltre, si sarebbe basato su di una lettura erronea e troppo ampia del sistema misto che, invece, secondo i giudici laziali, sarebbe basato sì «sull'indennizzo sia delle malattie c.d. tabellate, sia delle patologie non predefinite, ma solo nel senso che la malattia professionale è indennizzata, indipendentemente dalla sua inclusione nelle tabelle allegate al D.P.R. 1124/1965, se ne sia accertata la sua derivazione causale dall'esercizio d'una delle lavorazioni di cui al precedente art. 1».

Tale orientamento viene ribadito anche in sede di gravame dal Consiglio di Stato che, nella sentenza 17 marzo 2009, n. 1576, si sofferma, in particolare, sull'interpretazione del nuovo sistema misto di tutela, condividendo quanto già evidenziato dal TAR Lazio e limitando il diritto all'indennizzo alle sole lavorazioni tipizzate dal legislatore per giungere alla conferma della sentenza di primo grado che aveva disposto l'annullamento e la caducazione della circ. Inail n. 71/2003 nella sua interezza.

Proprio la limitazione del diritto all'indennizzo alle sole lavorazioni tipizzate all'art. 1 del d.P.R. n. 1124/1965 viene ritenuta, espressamente, non condivisibile nella sentenza annotata.

Il tema, giova ricordare, divide in egual misura la dottrina tra quanti sostengono una visione rigorosa della nozione di malattia non tabellata e quanti, al contrario, optano per una maggiore estensione dell'indennizzo a carico dell'Inail.

I primi ritengono, così, pienamente condivisibili le conclusioni e le argomentazioni del Consiglio di Stato, evidenziando come «il superamento della tipicità della malattia non si è risolto nell'atipicità del rischio protetto» e come sarebbe proprio l'esposizione al rischio specifico delle lavorazioni protette (e tipizzate) a delimitare l'ambito oggettivo della tutela «con la differenza che per le malattie non tabellate il rapporto di causalità con le fonti di rischio dell'art. 1 T.U. non è oggetto di presunzione legale» (G. LUDOVICO, *L'Inail e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, in *RIDL*, 2009, 4, 1042; ID., *Mobbing, stress e malattia professionale: l'assicurazione Inail dinanzi ai nuovi rischi da lavoro*, in *RDSS*, 2006, 381; L. GIOMETTI, *La nozione di esposizione ad amianto: benefici contributivi e regime assicurativo: un sistema integrato di norme*, nota a Cass. 27 gennaio 2001, n. 1162, in *GI*, 2002, I, 522).

La stessa pronuncia della Corte costituzionale del 1988 non avrebbe inteso ampliare «l'eziologia dell'evento» avendo, al contrario, lasciato inalterata la tipizzazione del rischio specifico ex art. 1, d.P.R. n. 1124/1965.

A questo orientamento in dottrina se ne contrappone un altro, che il giudice di Larino mostra di condividere, a mente del quale va riconosciuto l'indennizzo anche nei casi di patologie contratte al di fuori delle attività tipizzate, poiché la criticata decisione del Consiglio di Stato sarebbe basata su di un assunto che «porta alle estreme conseguenze una concezione fortemente e inaccettabilmente riduttiva della funzione pubblica di tutela previdenziale delle malattie professionali» (S. GIUBBONI, *L'Inail, il mobbing e il Consiglio di Stato*, in *FI*, 2009, III, 433; ID., *L'Inail e il mobbing*, in *RDSS*, 2005, 561; G. SACCONI, *La prova del nesso di causalità nelle malattie multifattoriali: l'importanza del criterio epidemiologico*, nota a Cass. 27 aprile 2004, n. 8073, in *RGL*, 2005, II, 204).

Al di fuori della tabellazione, nel sistema misto «l'ancoraggio al rischio specifico della lavorazione viene meno in quanto diviene tutelabile qualunque malattia di cui sia provata la causa di lavoro».

Il processo di de-tipizzazione del rischio specifico, che i giudici amministrativi ignorano nella loro pronuncia, d'altra parte, era già iniziato anche prima della sentenza della Corte costituzionale del 1988, ed in particolare sin dagli anni Settanta quando, nell'ambito di fattispecie relative a sordità da rumore, non si condizionava l'indennizzabilità della malattia «all'esercizio immediato e diretto» di una delle lavorazioni tassativamente indicate, richiedendosi, invece, solo che la patologia risultasse contratta «nell'ambiente lavorativo al quale è addetto» il lavoratore.

Proprio per tale normale evoluzione già in atto, secondo tali Autori, la pronuncia del Consiglio di Stato, e la motivazione su cui si fonda, difficilmente avrebbe avuto ricadute rilevanti sulla concreta prassi applicativa.

Non è un caso, quindi, se gli stessi contenuti del decreto ministeriale annullato dai giudici amministrativi sono integralmente riproposti nei d.m. 14 gennaio 2008 e 11 dicembre 2009, con i quali si provvede ad aggiornare l'elenco delle malattie per le quali è obbligatoria la denuncia ai sensi e per gli effetti dell'art. 139 del Testo Unico n. 1124/1965, inserendo, nella lista II delle malattie la cui origine lavorativa è di limitata probabilità, il gruppo 7 comprendente il disturbo cronico dell'adattamento quale malattia derivante da disfunzioni della organizzazione del lavoro (costrittività organizzativa).

Proprio nel dettato di questi due decreti ministeriali il Tribunale di Larino trova ulteriore conforto nel sostenere la tesi di un sistema misto di tipo aperto disegnatore dal d.lgs. n. 38/2000; così, nel caso in questione, «provata l'origine lavorativa, la malattia ben può essere definita professionale, tanto più se si tratta di patologia oggi comunque ritenuta di probabile (ancorché limitata) origine lavorativa», in virtù dell'inclusione nell'elenco delle malattie per le quali è obbligatoria la denuncia *ex art.* 139 del Testo Unico n. 1124/1965.

Logica conseguenza delle suddette valutazioni ed argomentazioni è l'accertamento della natura professionale della malattia (disturbo dell'adattamento cronico) contratta dalla lavoratrice e la condanna dell'Istituto nazionale per

l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro al pagamento dell'indennizzo di cui all'art. 13, comma 2, lett. a del d.lgs. n. 38/2000.

Giuseppe Giglio

Dottore di ricerca in Legislazione sociale europea – Università di Macerata

2. Lavoro a termine

2.1. C. cost. 11 novembre 2011, n. 303 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 38).

Lavoro a termine - Questione di costituzionalità dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della l. n. 183/2010 - Dedotta violazione degli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost. - Infondatezza delle questioni.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7 della l. 4 novembre 2010, n. 183, sollevate in riferimento agli artt. 3, 4, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost.

La normativa impugnata risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta delle prestazioni né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale.

Deve escludersi che la norma denunciata sia in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto la modifica della disciplina sostanziale non incide sul diritto alla tutela giurisdizionale.

Resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost.

La ragionevolezza dell'art. 32, comma 6, trae alimento dal favor del legislatore per i percorsi di assorbimento del personale precario disciplinati dalla autonomia collettiva.

Non sussiste violazione degli artt. 24, 101 e 102 Cost., poiché, con le disposizioni censurate, il legislatore non ha vulnerato le attribuzioni del potere giudiziario, perché, forfezzando il risarcimento spettante al lavoratore invalidamente assunto a termine, si è mosso legittimamente sul piano delle fonti, senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in contenzioso.

Non sussiste violazione dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 117 Cost., poiché la innovativa disciplina stabilita dai commi 5 e 6 dell'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183 è di carattere generale: essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. Inoltre sussistono in ogni caso, con riferimento alla giurisprudenza della CEDU, motivi per giustificare un intervento del legislatore con effi-

cacia retroattiva: le ragioni di utilità generale possono essere nella specie ricondotte all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi.

Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità (*)

Sommario: **1.** L'art. 32 della l. n. 183/2010 ed il suo impatto in giurisprudenza. – **2.** Le questioni "domestiche" di costituzionalità del comma 5... – **3.** *Segue:* ...e le risposte della Corte. – **4.** Le questioni "europee" di costituzionalità del comma 5, filtrate dall'art. 117 Cost. – **5.** La riduzione della misura massima dell'indennità in caso di contrattazione collettiva. – **6.** Le questioni processuali e l'applicazione dell'indennità ai giudizi pendenti. – **7.** La compatibilità con il principio del giusto processo e con la CEDU.

1. A distanza di un anno dall'entrata in vigore della l. n. 183/2010, sopraggiunge la prima importante sentenza della Corte costituzionale, che rigetta le questioni di legittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 32 (per le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione e del Tribunale di Trani, cfr. *q. Rivista*, 2011, 149, con breve nota redazionale).

Può ben dirsi che un vero e proprio *leit-motiv* del dibattito dottrinale generato dalla l. n. 183/2010 sia stato costituito dalla verifica teorica, nella quale si sono cimentati diversi autori, della legittimità costituzionale di numerose norme di questa legge. Ciò ha riguardato, in particolare, la materia dell'arbitrato e della clausola compromissoria, già oggetto di riflessione all'interno del procedimento di formazione della legge, come testimonia il messaggio con cui il Presidente della Repubblica ha rinviato alle Camere una prima versione della legge; ma ha investito anche altre previsioni, tra cui, soprattutto, gli artt. 30 e 32 (in relazione al problema della legittimità costituzionale del sistema di decadenze introdotto dai commi 1-4 dell'art. 32, cfr. le osservazioni critiche di S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, Working Paper CSDLE "M. D'Antona" – IT, 2011, n. 115, 21-22; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 882; G. IANNIRUBERTO, *Le regole per le impugnazioni nel "Collegato lavoro"*, in *MGL*, 2010, il quale, pur non affermando direttamente l'incostituzionalità di tali previsioni, rileva come le introdotte decadenze potrebbe porre al lavoratore «il dilemma tra contestare la legittimità del termine o evitare iniziative nella speranza di nuove assunzioni»).

* La nota è frutto di una riflessione comune degli Autori. I §§ da 1 a 4 vanno comunque attribuiti ad Andrea Bollani; i rimanenti ad Alessandro Corvino.

L'immediata applicabilità, anche ai giudizi già pendenti, del meccanismo di forfezzazione del risarcimento derivante dalla cessazione di fatto del rapporto di lavoro, per scadenza del termine successivamente dichiarato nullo, ha consentito l'immediato formarsi, sul solo art. 32, di un variegato panorama giurisprudenziale, nel quale – com'era prevedibile – ha subito trovato spazio anche la prospettazione di plurimi profili di incostituzionalità.

La giurisprudenza di merito si è divisa in almeno tre principali orientamenti: a) piana applicazione della norma (Trib. Roma 16 dicembre 2010, n. 20430; Trib. Roma 2 dicembre 2010, n. 19340; Trib. Bergamo 15 dicembre 2010, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 7; Trib. Milano 11 gennaio 2011, n. 33; Trib. Milano 29 novembre 2010, n. 4971, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 9; Trib. Milano 29 novembre 2010, n. 4966, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 9; Trib. Milano 15 dicembre 2010, n. 5233; Trib. Bari 30 novembre 2010, n. 15017), talvolta corredata da consapevole ed esplicita argomentazione sulla legittimità costituzionale della medesima (Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 7; Trib. Roma 22 febbraio 2011, causa n. 20071/2010 R.G.); b) rinvio della decisione sul *quantum debeatur* in attesa della pronuncia della Consulta, limitandosi se del caso a risolvere con sentenza non definitiva la questione della legittimità, nel caso concreto, dell'apposizione del termine (Trib. Roma 14 dicembre 2010, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 7; Trib. Bergamo 3 marzo 2011, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 14; Trib. Bari 1° dicembre 2010, n. 15355); c) affermazione (secondo un orientamento che appare minoritario) di una lettura costituzionalmente orientata della norma, in forza della quale l'indennità onnicomprensiva prevista dall'art. 32, comma 5, si cumulerebbe non solo alla "conversione" (*id est* alla conservazione del contratto depurato della clausola nulla con cui è stato apposto il termine), ma anche al risarcimento commisurato alla retribuzione non percepita nel periodo intercorso tra la cessazione di fatto del rapporto ed il suo ripristino (Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, in *GLav*, 2010, n. 49, 18; aderiscono a questa ricostruzione B. COSSU, F.M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, in *MGL*, 2010, 898-899).

Pur condividendo almeno una parte dei dubbi sollevati nelle sentenze da ultimo richiamate, la Corte di cassazione ed il Tribunale di Trani hanno invece ritenuto, condivisibilmente, che non fosse possibile estrarre dalle norme censurate un'interpretazione, conforme a Costituzione, diversa da quella secondo cui l'indennità onnicomprensiva si sostituisce, e non si aggiunge, al risarcimento determinato secondo i comuni criteri civilistici adottati dalla giurisprudenza corrente, prima della riforma. Ed in effetti, al richiamato orientamento di certa giurisprudenza di merito – teso a cumulare l'indennità *ex art.* 32, comma 5, con le retribuzioni *medio tempore* maturate dal lavoratore successivamente alla costituzione in mora del datore di lavoro – sembra ostare il tenore obiettivo dello stesso comma 5, nel quale l'indennità forfezzata è qualificata come "onnicomprensiva" (in tal senso, cfr. A. VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, 904; P. TOSI, *Il contratto di lavoro*

a tempo determinato nel “collegato lavoro” alla legge finanziaria, in RIDL, 2010, I, 480; S. GIUBBONI, I contratti a termine e il nuovo regime delle impugnazioni nel Collegato lavoro, in MGL, 2011, 299, quest’ultimo dubitando della legittimità costituzionale di «un meccanismo indennitario fortemente compresso nel suo limite massimo»).

Del resto, non si può trascurare di considerare che l’intervento del legislatore del 2010 – come traspare anche dal meccanismo di decadenze regolato dai primi quattro commi dello stesso art. 32 – è stato chiaramente animato proprio dall’obiettivo di circoscrivere l’effetto, da più parti deprecato, di dilatazione dell’importo della lite derivante dal mero fatto della durata del processo; effetto, questo, che il legislatore intende neutralizzare o contenere sia attraverso termini acceleratori relativi all’introduzione del processo, sia attraverso, appunto, una tecnica normativa di predeterminazione delle conseguenze patrimoniali che si aggiungono alla “conversione”.

Pertanto, al giudice che avesse dubitato della legittimità costituzionale del comma 5, in relazione ai principi di ragionevolezza ed effettività del rimedio giurisdizionale (artt. 3, comma 2, 24 e 111 Cost.), ovvero in relazione al rispetto degli obblighi internazionali (art. 117 Cost.) o, ancora, in relazione al delicato equilibrio, anch’esso a rilevanza tanto interna quanto sovranazionale, tra potere legislativo ed esercizio della giurisdizione, rimaneva un’unica appropriata via: non già quella dell’interpretazione creativa, che vada oltre ovvero contro il dato testuale, bensì quella della rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

2. La Corte di cassazione, come noto, ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 5 e 6 dell’art. 32, in relazione al principio di ragionevolezza ed a quello di effettività del rimedio giurisdizionale, alla luce degli artt. 3, comma 2, 24 e 111 Cost.; vi si aggiungerebbe, secondo la Cassazione rimettente, la supposta lesione del diritto al lavoro sancito dall’art. 4 Cost.

Sostiene la Cassazione che il pregiudizio patito dal lavoratore in conseguenza dell’illegittima apposizione del termine al contratto si dovrebbe attestare quanto meno sull’importo delle retribuzioni che egli avrebbe dovuto percepire nel periodo, di durata imprevedibile, compreso tra l’offerta delle proprie prestazioni lavorative ed il ripristino del rapporto. L’indennità introdotta dal legislatore del 2010 appare, secondo la S.C., sproporzionata per difetto rispetto all’effettivo pregiudizio, sì da derivarne l’irragionevolezza della norma di legge e la sua confliggenza con il diritto al lavoro e con il principio di effettività del rimedio giurisdizionale. Sul punto, aggiunge il Tribunale di Trani che l’utilizzazione di una tecnica normativa di carattere indennitario, ricalcata su quella già prevista dall’ordinamento per il licenziamento in area di stabilità obbligatoria, finirebbe per introdurre un analogo trattamento normativo in relazione a due fattispecie diverse (l’illegittima apposizione del termine ed il licenziamento, appunto), con ulteriore profilo di violazione dell’art. 3 Cost.

A ciò va aggiunto – lo rimarcano tanto la Cassazione quanto il Tribunale rimettenti – che il legislatore avrebbe in tal modo realizzato un’indebita interferenza nell’amministrazione della giustizia, incidendo sull’esito di singole decisioni o gruppi di esse, in violazione dell’art. 6, comma 1, della CEDU e, dunque, in violazione mediata dell’art. 117 Cost.

La dottrina, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, non ha mancato di confrontarsi con le questioni sopra descritte, pervenendo per lo più – sul presupposto che l’indennità risarcitoria esaurisca quanto spettante al lavoratore, oltre alla “conversione” – alla conclusione della legittimità costituzionale della norma, in quanto frutto di non sindacabile scelta discrezionale del legislatore, comunque tale da consentire al giudice di commisurare l’importo dell’indennità alle peculiarità del caso concreto (P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel “collegato lavoro” alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 480 ss.; S.P. EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *NLCC*, 2011, 212 ss.). Maggiori dubbi, semmai, serpeggiavano in dottrina in ordine al problema della retroattività posta dal comma 7 dello stesso art. 32 (cfr. E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, 872, nonché M. TATARRELLI, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., 885 ss.); ma, sul punto, i dubbi sembravano comunque superabili, anche in considerazione dell’importante precedente del 2009 (C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *q. Rivista*, 2009, 736, con nota di A. BOLLANI, *Il lavoro a termine di fronte alla Corte costituzionale*), in cui la Corte aveva giustamente dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, non tanto per il suo essere retroattivo in sé, quanto piuttosto per il fatto che esso (a differenza dell’art. 32, commi 5 e 7) era destinato ai soli giudizi già pendenti e non anche a quelli ancora da instaurare, in spregio all’art. 3 Cost.

3. La Consulta ha rigettato tutte le questioni sollevate, pervenendo ad un esito condivisibile, seppure con motivazioni non sempre pienamente convincenti.

La Corte premette che le norme contestate si sono inserite in quadro giurisprudenziale connotato da “obiettive incertezze”. In realtà, più che di incertezze, sarebbe stato appropriato parlare di esiti applicativi divaricati, nei vari casi concreti, in ragione della durata, per definizione variabile, del processo ovvero in ragione della maggiore o minore immediatezza della reazione, stragiudiziale prima e giudiziale poi, del lavoratore. In effetti, sul piano della ricostruzione generale, appariva largamente condivisa – dunque, non più di tanto incerta – la configurazione dell’offerta di prestazioni effettuata dal lavoratore come atto idoneo a generare la *mora credendi* del datore di lavoro e, di conseguenza, il suo obbligo risarcitorio commisurato alle retribuzioni perdute nel periodo intermedio, salva la *compensatio lucri cum damno* derivante dall’*aliunde perceptum* e la non risarcibilità dei danni cagionati dal comportamento colpevolmente inerte del lavoratore (*aliunde percipiendum*). A correttivo, poi, di esiti percepiti come irrazionali, la giurisprudenza, almeno in parte, attingeva ancora al diritto comune ed ammetteva la configurabilità di

una risoluzione tacita per mutuo consenso del contratto di lavoro tutte le volte in cui l'offerta delle prestazioni ovvero l'azione giudiziale fossero state proposte a notevole distanza di tempo dalla cessazione di fatto del rapporto per scadenza del termine poi giudicato nullo (cfr. Cass. 6 luglio 2007, n. 15264; Cass. 21 maggio 2007, n. 11741; da ultimo, v. però le puntualizzazioni e le limitazioni derivanti da Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, in *q. Rivista*, 2010, 1132, con nota di E. MASTINU, *I giudici e la legge sull'inerzia del lavoratore successiva alla scadenza del contratto con termine illegittimamente apposto*).

È dunque chiaro che l'art. 32 ha inteso occuparsi del problema costituito da una ravvisata eccessiva onerosità per il datore di lavoro delle conseguenze patrimoniali, di consistenza crescente, riferite al periodo *medio tempore* intercorso tra la scadenza del termine nullo ed il ripristino del rapporto, scaturenti dall'accertamento giudiziario di nullità parziale del contratto.

Nei termini appena esposti, il legislatore ha dunque compiuto una valutazione squisitamente politica – condivisibile o meno, ma non per ciò solo sindacabile sul piano della costituzionalità – mirando a bilanciare gli interessi delle parti contrattuali, non già azzerando il risarcimento (il che avrebbe scaricato sul solo lavoratore il “peso” della durata del processo), né mantenendo lo *status quo* (che, come si è detto, finiva invece per far gravare il dilatarsi della durata della lite principalmente sul datore di lavoro poi risultato soccombente), bensì introducendo la previsione di un'indennità di misura predeterminata e comunque modulabile dal giudice.

Tale indennità può, a seconda dei casi, produrre esiti applicativi concreti più favorevoli per il datore di lavoro rispetto al regime precedente (così sarà, almeno, nella maggior parte dei casi) ovvero più favorevoli per il lavoratore (ove il processo sia celere e, soprattutto, ove il lavoratore abbia nel frattempo reperito altro impiego, attesa l'indetraibilità, nel nuovo regime, dell'*aliunde perceptum*).

Alla stregua di quanto appena detto, non pare che il bilanciamento tra contrapposti interessi, operato dal legislatore, sia connotato da irragionevolezza, anche in considerazione del fatto che, comunque, il rapporto viene “convertito” a tempo indeterminato. Invero, sul punto, è forse un poco eccessiva l'enfasi posta dalla Corte sul fatto che «la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario» sia, appunto, la stabilizzazione del rapporto. L'enfasi appare eccessiva, perché, ad una valutazione serena, non si potrà non convenire con il fatto che i rapporti di lavoro a tempo indeterminato – perlomeno quelli, molto numerosi nel tessuto economico del nostro Paese, assoggettati al regime di stabilità obbligatoria – non offrono affatto solide garanzie di continuità dell'impiego; sicché la stipulazione di un contratto a termine non sempre costituisce, per il lavoratore, un'alternativa significativamente deteriore.

Tale rilievo consente peraltro di ritenere che – come l'ordinamento ammette (cfr. C. cost. 3 febbraio 2000, n. 46) l'esistenza, per molti versi politicamente criticabile, di regimi di tutela fortemente sperequati, e la cui sperequazione è

accresciuta dai riflessi che la durata del processo, ancora una volta, proietta sull'entità delle conseguenze patrimoniali previste dall'art. 18 Stat. lav. – così deve ritenersi pienamente compatibile con la Costituzione la previsione di un regime indennitario per l'illegittima apposizione di un termine (a corredo, peraltro, della stabilizzazione del rapporto, non dovuta nel caso di licenziamento in area di stabilità obbligatoria).

Ciò vale a confutare l'argomento – svolto da uno dei giudici rimettenti e su cui, per verità, la Corte non ha preso compiutamente posizione – secondo il quale la pacifica legittimità costituzionale del regime di stabilità obbligatoria non consentirebbe, per ciò solo, di applicare il medesimo trattamento normativo ad un caso ben diverso, quale quello contemplato dall'art. 32, comma 5. A tale proposito, sostiene infatti il Tribunale di Trani che l'indennità di cui all'art. 8, l. n. 604/1966, si giustificerebbe solo nel caso del licenziamento, poiché in tal caso manca il diritto alla ricostituzione del rapporto. Sennonché, così opinando, non ci si avvede del fatto che prevedere o meno la sussistenza di un diritto alla stabilità reale è, al pari della determinazione degli effetti patrimoniali della nullità parziale del contratto per il periodo in cui esso sia rimasto ineseguito, una scelta politica rimessa alla discrezionalità del legislatore, la quale può o meno essere accompagnata dalla previsione di un determinato regime risarcitorio o indennitario, più o meno consistente. In altre parole, la "conversione" non può essere in alcun modo intesa come ontologicamente ed inscindibilmente connessa con un determinato regime risarcitorio; né ciò può dirsi costituzionalmente necessitato.

Se è fondata questa lettura, può allora ritenersi sovrabbondante e forse inutile la precisazione, effettuata dalla Corte, sul fatto che per il tempo successivo all'accertamento giudiziale il datore è «indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva». Per verità, il punto non sembra essere mai stato seriamente messo in discussione, giacché le ordinanze di remissione investivano precipuamente, come detto, il regime indennitario del periodo intermedio; questione, questa, per il rigetto della quale sarebbero bastate le argomentazioni sopra esposte, senza necessità di invocare – a sostegno, puramente suggestivo, della non tenuità del regime di tutela diviso dalla norma – gli effetti, ovvi, della sentenza per il periodo successivo. Parimenti non decisive sono le puntualizzazioni, meramente incidentali, della Corte sull'esistenza di strumenti processuali (la tutela cautelare, da un lato, e la riparazione per l'irragionevole durata delle controversie di cui alla l. n. 89/2001, dall'altro) idonei a fronteggiare il rischio di patologiche lungaggini giudiziarie. Invero, è ben noto agli operatori che la durata del processo è alquanto varia nei diversi uffici giudiziari e che una notevole durata non è, di fatto, infrequente; sennonché, il fulcro della questione di costituzionalità è un altro ed impone di valutare la legittimità costituzionale della norma, come già detto, indipendentemente dal fatto che si ritenga patologica ovvero fisiologica

un'estensione temporale del processo superiore a quella "coperta" dalla indennità.

L'art. 32, comma 5, investe infatti il terreno della disciplina sostanziale, come correttamente evidenziato dalla Corte in un altro passaggio della sentenza, al fine di escludere l'eccezionale contrasto con l'art. 24 Cost.; il rimedio giurisdizionale è infatti agibile e la lamentata *deminutio* di tutela deriva semmai dalla modificazione, non impedita dall'art. 24 Cost., della disciplina sostanziale alla cui tutela è preordinato il diritto di agire in giudizio.

Né, afferma ancora la Corte, può dirsi violato l'art. 4 Cost.; e qui la motivazione, pur assai succinta, sembra cogliere nel segno, ricordando come il diritto al lavoro debba configurarsi quale obiettivo, sancito da una norma programmatica, che fa anzitutto carico allo Stato di adottare politiche tese a garantirne la più ampia realizzazione, senza però che ciò si traduca in diritti soggettivi perfetti dei lavoratori, o aspiranti tali, come conferma, del resto, la legittimità costituzionale del regime di stabilità obbligatoria di cui alla l. n. 604/1966 e la non necessarietà costituzionale della tutela reale (C. cost. n. 46/2000, cit.).

4. Il regime indennitario introdotto dall'art. 32, comma 5, è stato altresì censurato per un asserito contrasto con la direttiva 1999/70/CE, che impone agli Stati membri di prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato; il che si risolverebbe in una violazione mediata dell'art. 117 Cost.

La Corte ha respinto anche questa eccezione, rilevando correttamente che la direttiva lascia agli Stati membri il compito di individuare misure idonee rispetto allo scopo, senza nemmeno imporre l'adozione del meccanismo della "conversione", scelto (*rectius*, mantenuto) dal legislatore italiano; con la conseguenza che ben difficilmente si potrebbe ritenere non adeguato un apparato rimediato fondato sulla centralità di una conseguenza (la "conversione" del rapporto) non necessitata secondo il diritto comunitario e "corroborata" (per usare le parole della Corte) dall'indennità di cui all'art. 32.

D'altro canto, è noto che il problema della compatibilità con la direttiva dell'apparato rimediato introdotto dal diritto interno ha già formato oggetto di discussione e di diversificati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, con specifico riferimento al settore del lavoro pubblico; settore nel quale, però, non opera la "conversione", giusta il divieto di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, ed è controversa l'esatta portata del diritto al risarcimento del danno previsto in favore del lavoratore dalla medesima norma.

Data la sussistenza, per il settore privato, del rimedio della "conversione", appare alquanto difficile poter sostenere che l'ordinamento nazionale non abbia in tal caso apprestato misure adeguate o sufficientemente dissuasive.

5. La Corte costituzionale ha ritenuto legittimo anche il dimezzamento, stabilito dal sesto comma dell'art. 32, l. n. 183/2010, dell'indennità risarcitoria forfettaria nei casi in cui trovi applicazione in azienda un contratto o un accordo collettivo, di qualsivoglia livello, stipulato con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che preveda il di-

ritto all'assunzione in base a «specifiche graduatorie». Il caso potrebbe essere, in via esemplificativa, quello dei contratti collettivi che, ai sensi dell'art. 5, comma 4-*quater*, del d.lgs. n. 368/2001, dispongano il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato a favore dei lavoratori già occupati con contratto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze del medesimo datore di lavoro (S.P. EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 216; sulla disciplina del diritto di precedenza introdotto dalla l. n. 247/2007, cfr. A. CORVINO, *Il diritto di precedenza*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009, 44; S.P. EMILIANI, *Il nuovo diritto di precedenza dei lavoratori a termine*, in M. PERSIANI, G. PROIA, *La nuova disciplina del welfare*, Cedam, Padova, 2008; M. CINELLI, G. FERRARO, *Welfare e competitività nel disegno di fine legislatura*, in *RDSS*, 2008).

Secondo un'interpretazione, che pare effettivamente condivisibile, la applicazione dell'art. 32, comma 6, sarebbe subordinata non tanto all'astratta previsione del contratto collettivo di un diritto di assunzione, quanto, piuttosto alla circostanza che il lavoratore risulti già effettivamente inserito nella graduatoria prevista dalla disciplina collettiva alla data in cui agisce in giudizio per domandare la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato (S.P. EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 216). Forse, a maggior ragione, si potrebbe sostenere che la norma trovi applicazione solo qualora al lavoratore, in concreto, spetti il diritto all'assunzione in base ad una norma del contratto o accordo collettivo, ma preferisca tuttavia agire in giudizio per far valere la "conversione" del contratto a termine con le relative conseguenze di legge (A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, in A. CORVINO (a cura di), *Il "Collegato" al riesame del Parlamento*, Boll. spec. Adapt, 2010, n. 12). Diversamente opinando il lavoratore si troverebbe a beneficiare di una misura risarcitoria ridotta alla metà (nel suo ipotetico ammontare massimo) in presenza di una norma contrattuale a lui non applicabile.

Peraltro, se è vero – come ha affermato la sentenza in commento – che la ragionevolezza della previsione di cui al sesto comma dell'art. 32 trae alimento dal *favor* del legislatore per i percorsi di assorbimento del personale precario disciplinati dall'autonomia collettiva, si potrebbe viceversa argomentare in favore della opposta interpretazione, vale a dire dalla riducibilità della misura massima in presenza di percorsi di stabilizzazione previsti dalla contrattazione applicabile in azienda, come disposizione premiante per il datore, anche a prescindere dalla applicabilità della norma collettiva al lavoratore nel caso concreto.

Stando alla formulazione del comma in questione, ai fini della riduzione dell'indennità la disciplina collettiva dovrebbe prevedere l'assunzione «anche a tempo indeterminato». L'avverbio "anche" lascerebbe presupporre che per-

sino accordi che prevedano una nuova assunzione a tempo determinato consentano il dimezzamento della misura in esame; conclusione, questa, che pare però stridere in modo evidente con la *ratio* premiante – sottolineata dalla Consulta – della applicazione di disciplina collettiva che favorisca la “stabilizzazione” di personale precario.

6. Il Tribunale di Trani aveva denunciato altresì una presunta discriminazione in danno dei lavoratori litiganti in primo grado rispetto a quelli con una causa già pendente in appello o in cassazione, perché – stando alla lettera del comma 7 dell’art. 32 – le disposizioni di cui ai commi precedenti sarebbero, a suo avviso, applicabili solamente in primo grado.

Sancendo la retroattività dell’indennità onnicomprensiva (che trova infatti applicazione «per tutti i giudizi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge»), il legislatore si è preoccupato di disciplinare il problema della definizione dei procedimenti pendenti, stabilendo, con esclusivo riguardo a questi ultimi, che ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l’eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell’art. 421 c.p.c. Era in effetti immaginabile che i ricorsi depositati prima dell’entrata in vigore della legge e le relative memorie difensive non avessero certo preso posizione, né indicato strumenti di prova, in ordine agli elementi idonei a valutare l’equa misura risarcitoria – fra il minimo di 2,5 ed il massimo di 12 mensilità – in relazione ai «criteri indicati nell’articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604», ossia in relazione al numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, alle dimensioni dell’impresa, all’anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento ed alle condizioni delle parti. Una rigida applicazione del criterio delle preclusioni e delle decadenze stabilito a carico del ricorrente e del convenuto, rispettivamente, dagli artt. 414 e 416 del codice di rito (su questi temi cfr., in particolare A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006; A. VALLEBONA, *Il diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2011; G. TESORIERE, *Diritto processuale del lavoro*, Cedam, Padova, 2004; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1999; L. MONTESANO, R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Jovene, Napoli, 1996), avrebbe fatto sì che il giudicante (giudice o collegio, a seconda del grado del giudizio) si sarebbe trovato, nella pressoché totalità dei casi, nella impossibilità di conoscere detti elementi e, prima ancora, nella impossibilità di pronunciarsi su una domanda posta in termini almeno in parte diversi; il che avrebbe determinato la inapplicabilità della novella legislativa ai giudizi pendenti. Era pertanto coerente, in questi casi, consentire alle parti, in deroga a quanto stabilito dai citati articoli 414 e 416 c.p.c., un’integrazione dei propri atti nonché richiamare il potere-dovere di esercizio dei poteri istruttori da parte del giudice del lavoro, posto, come ribadito dalla giurisprudenza, al fine di contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità.

Senonché il legislatore, nel prevedere l'integrazione degli atti di parte, ha fatto espresso riferimento alle sole "domande ed eccezioni" e non anche ai motivi di impugnazione e relative difese; e, nel richiamare i poteri d'ufficio, ha effettivamente menzionato il solo art. 421 c.p.c. relativo ai procedimenti di primo grado.

È pacifico, pertanto, che nel primo grado di giudizio il giudice debba consentire la integrazione della domanda e dei mezzi di prova al fine della individuazione dei parametri di quantificazione dell'indennità risarcitoria, eventualmente emettendo sentenza non definitiva contenente la sola declaratoria di illegittimità del contratto a termine ed ordinando la prosecuzione del giudizio per la determinazione dell'indennità risarcitoria (*ex multis*, Trib. Roma 3 marzo 2011 e Trib. Bari 1° dicembre 2010).

La questione, però, è se possa viceversa desumersi che i commi 5 e seguenti dell'art. 32 si applichino solo allorché il giudizio sia pendente in primo grado e non nei gradi successivi.

In tal senso si è espressa, in una sentenza pronunciata il giorno stesso dell'entrata in vigore della legge, la Corte di appello di Roma (App. Roma 24 novembre 2010). Secondo questa decisione – che ha tracciato un solco nel quale si è andata incanalando la giurisprudenza della Corte d'appello capitolina e non solo (in termini pressoché identici alla sentenza 24 novembre 2010 si è pronunciata la medesima Corte d'appello di Roma nelle sentenze del 30 novembre e del 30 dicembre 2010, n. 10197, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 27; nello stesso senso, a quanto consta, App. Genova 12 gennaio 2011 e App. Milano 15 dicembre 2010; diverso sembra, invece, l'indirizzo di App. Torino 2 marzo 2011, n. 126, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 27: la Corte di appello torinese ha infatti affrontato la questione della applicabilità dell'art. 32, escludendola, nel caso concreto, non perché la normativa sarebbe dettata con esclusivo riferimento ai procedimenti in primo grado, bensì riguardando la fattispecie in esame un rapporto di somministrazione, escludendo l'estensione della tutela risarcitoria di cui alla l. n. 183/2010 ai rapporti di somministrazione) – il richiamo ai "giudizi pendenti" operato dalla prima parte del settimo comma dell'art. 32 deve essere letto ed interpretato alla luce della successiva parte dello stesso comma ove verrebbe poi specificato l'ambito di riferimento ai detti giudizi. Oltre ad evidenziare l'esplicito richiamo alla possibilità di integrazione delle sole "domande ed eccezioni" ed al solo art. 421 c.p.c. (e non anche all'art. 437 c.p.c.) in relazione all'esercizio dei poteri istruttori, la Corte di appello argomenta che ove, poi, occorra svolgere detta istruttoria, una siffatta attività non potrebbe che avvenire nell'ambito del processo di primo grado, in quanto – diversamente opinando – in ordine all'accertamento dei tali nuovi fatti le parti verrebbero inevitabilmente private di un grado di giurisdizione, principio per derogare al quale occorrerebbe una espressa previsione, non contenuta nella norma in esame. Rileva, infine, la Corte di appello che l'attività istruttoria non è ammissibile nel giudizio dinanzi alla Corte di cassazione, nel quale però, se-

condo chi non condivide la tesi della applicabilità limitata al primo grado di giudizio, la norma dovrebbe trovare applicazione.

Questi argomenti, che hanno trovato accoglimento in diverse sedi di Corte di appello, oltre che in autorevole dottrina (in questi termini, già prima della approvazione del testo finale, A. VALLEBONA, *Una buona svolta*, cit.; si veda altresì A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, cit.; G. DI CORRADO, *Riforma del contratto di lavoro a termine nel privato e nel pubblico impiego*, ESI, Napoli, 2010, 215; L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *q. Rivista*, 2011, n. 2, 401-408; di opposto avviso S.P. EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 217; più diffusamente P. TOSI, *Le impugnazioni con decadenza*, cit., 21, e G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *MGL*, 2011, 21 ss.), e che hanno indotto il Giudice del lavoro del Tribunale di Trani a sollevare la questione di costituzionalità ipotizzando una discriminazione a danno a danno dei lavoratori i cui giudizi pendessero in grado di appello o di cassazione, non sono invece condivisi dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

Secondo l'altra ordinanza di rimessione da cui è scaturito il giudizio di costituzionalità (Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), l'espressione di cui al comma 7 va riferita anche ai giudizi di impugnazione, ivi compreso quello di cassazione, «anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito». La Cassazione ritiene quindi che l'estensione dell'applicazione della indennità risarcitoria ai giudizi di impugnazione debba essere fatta, al di là della portata letterale della disposizione ed anzi in qualche misura forzando la lettera della legge, in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata.

L'esclusione della fase di cassazione dall'ambito di previsione della norma – osserva la Corte richiamando C. cost. n. 214/2009 – equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria (in una od altra fase) tra le parti del rapporto di lavoro: più precisamente la posizione sostanziale dei lavoratori sarebbe assoggettata ad un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in cassazione.

Ciò comporta che la Corte di cassazione, non potendo esercitare i poteri istruttori, dovrebbe cassare la sentenza con rinvio affinché il giudice di merito, esercitati i poteri istruttori di cui al comma 7, determini l'indennità spettante (sul punto, osserva però L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione*, cit., 405, che l'ordinanza n. 2112/2011 “rompe” con il testo dell'art. 32, comma 7, della l. n. 183/2010, per il quale è il giudice della causa pendente – e quindi, nell'ipotesi contemplata, la stessa Corte di cassazione e non il giudice in fase rescissoria – a dover provvedere agli adempimenti in questione).

D'altra parte l'argomento letterale a favore della lettura restrittiva delle disposizioni in commento non pare così decisivo, dal momento che l'art. 421 c.p.c. è manifestazione di un principio generale, proprio del processo del lavoro,

circa il potere-dovere del giudice di avvalersi dei poteri di ufficio (*ex multis*, fra le più recenti cfr. Cass. 12 luglio 2010, n. 1697, in *D&G*, 2010; Cass. 10 dicembre 2008, n. 29006, in *MGC*, 2008, 12, 1762; Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 48, ed in *q. Rivista* (s.m.), 2005, n. 2 con nota di A. CORVINO, *Disciplina dell'onere di deduzione nel processo del lavoro e ambito di operatività dei poteri istruttori d'ufficio del giudice*, nonché in *FI*, 2005, I, 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*: in argomento cfr. M. TARUFFO, *Il divieto di ricorso alla scienza priva del giudice*, in A. CARRATA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice. Commentario al codice di procedura civile artt. 112-120*, Zanichelli, Bologna, 2011, 477), principio generale la cui applicazione è poi estesa esplicitamente al grado di appello dall'art. 437 c.p.c. nel caso sia ritenuta necessaria l'assunzione, in questa fase, di mezzi di prova nuovi (è stato anzi sostenuto che corretto è il richiamo al solo art. 421 e che il rinvio all'art. 437 sarebbe stato improprio; infatti la Corte di appello, a fronte della mancata applicazione della norma da parte della sentenza impugnata, vuoi per una errata scelta ermeneutica vuoi per la posteriorità dello *ius superveniens*, è chiamato ad esercitare direttamente i poteri non esercitati dal giudice di primo grado e non quelli integrativi previsti dall'art. 437: in questi termini, P. TOSI, *Le impugnazioni*, cit., 21). Criticabile pare altresì l'altro argomento addotto dalla Corte d'appello di Roma secondo cui, ammettendo in fase di impugnazione l'accertamento dei nuovi fatti ai fini della misura dell'indennità (ove non rilevato in primo grado per la novità dello *ius superveniens*), le parti verrebbero inevitabilmente private di un grado di giurisdizione. A parte la considerazione che il doppio grado di giurisdizione non è presidiato da garanzia costituzionale, pare sufficiente osservare come, salve le ipotesi tassative previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., il giudice di appello è tenuto a farsi carico di tutte le questioni sulle quali – per qualsivoglia ragione – è mancato l'esame da parte del giudice di primo grado: dal che si evince che il sistema processuale vigente prevede pure che possa mancare su alcune questioni il doppio esame di merito (G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine*, cit.). Secondo costante giurisprudenza, inoltre, il giudice di rinvio dalla Cassazione è tenuto all'applicazione della norma sopravvenuta, anche se in contrasto con il principio di diritto enunciato in sede di legittimità (*ex multis*, Cass. 27 ottobre 2006, n. 23169): identica soluzione è coerente che venga applicata in relazione alle fattispecie di cui all'art. 32.

Nella sentenza in commento la Corte costituzionale ha risolto in senso affermativo la questione dell'applicabilità della disciplina anche nei gradi successivi al primo, propendendo radicalmente per una lettura costituzionalmente orientata – così confermando, sul punto, la lettura contenuta nell'ordinanza di rimessione della Cassazione – osservando che «non v'è alcuna ragione di differenziare il regime risarcitorio di situazioni lavorative sostanziali tutte egualmente *sub iudice*. Talché, la novella dev'essere ritenuta applicabile a tutti i giudizi in corso, tanto nel merito, quanto in sede di legittimità».

Rimane peraltro il dubbio – non essendosi la Consulta pronunciata sul punto – se osti alla applicazione dei commi 5 e seguenti dell'art. 32 la formazione del giudicato interno. L'aspetto è stato affrontato da Cass. 3 gennaio 2011, n. 65, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 3, secondo cui l'applicazione retroattiva dell'art. 32, comma 5, in relazione ai giudizi pendenti in Cassazione trova limite nel giudicato formatosi sulla domanda risarcitoria, ove sia stato impugnato il solo capo di sentenza relativo alla declaratoria di nullità del termine, e non anche l'ulteriore statuizione relativa alla condanna al risarcimento del danno. Argomenta a tale riguardo la Cassazione che l'impugnazione della sentenza in relazione alla questione concernente la natura a tempo indeterminato del rapporto dedotto in giudizio, non estende in alcun modo i suoi effetti anche alla statuizione ulteriore relativa alla condanna risarcitoria, trattandosi di statuizione avente una propria individualità, specificità ed autonomia rispetto alle determinazioni concernenti la natura del rapporto – a tempo indeterminato o meno – dedotto in giudizio. L'argomento parrebbe ineccepibile se davvero la richiamata declaratoria della natura del rapporto costituisse, come afferma la sentenza in esame, «la mera premessa logica delle ulteriori statuizioni risarcitorie, fondate sulle specifiche questioni concernenti l'offerta o meno delle proprie prestazioni lavorative da parte del lavoratore, la manifestazione o meno di una espressa disponibilità a rientrare al lavoro, nonché la sussistenza di fatti idonei a limitare la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro». Nel caso della nuova misura risarcitoria stabilita dall'art. 32, però, potrebbe sollevarsi qualche obiezione visto che la indennità in questione è conseguenza diretta della “conversione” del contratto a termine in contratto a tempo determinato, senza che rilevino – almeno secondo la giurisprudenza fino ad ora pronunciatasi in materia ed ora anche secondo la Corte costituzionale – altre questioni come la messa a disposizione delle proprie energie lavorative da parte del lavoratore o l'*aliunde perceptum* o *percipendum*.

7. Deve altresì escludersi, secondo la sentenza in commento, che le norme scrutinate abbiano comportato una lesione dell'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria, come ipotizzato dal Tribunale di Trani. Come più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (sentenze n. 170/2008 e n. 432/1997; ordinanza n. 263/2002) la sfera riservata al potere giurisdizionale non è violata quando il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi. Conseguentemente, con le disposizioni censurate, il legislatore non ha vulnerato le attribuzioni del potere giudiziario, perché, forfetizzando il risarcimento spettante al lavoratore invalidamente assunto a termine, si è mosso legittimamente sul piano delle fonti, senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in contenzioso.

Sotto un ulteriore profilo, le ordinanze di rimessione avevano denunciato, infine, la presunta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., con l'interposizione dell'art. 6, comma 1, della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

dell'uomo e delle libertà fondamentali. Ad avviso dei giudici *a quibus*, in contrasto con il parametro costituzionale integrato dall'art. 6 CEDU (cui il Tribunale di Trani affianca quelli tratti dagli artt. 11 e 111 Cost.), le disposizioni censurate segnerebbero un'ingiustificata intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, tale da influire sulla decisione di singole controversie o su un gruppo di esse. Con ciò, i lavoratori già precariamente assunti sarebbero privati di una parte dei diritti già riconosciuti in loro favore dalla normativa previgente, in difetto di «ragioni imperative di interesse generale» che possano eccezionalmente autorizzare, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un intervento del legislatore volto ad incidere sui processi in corso.

Anche sotto questo profilo, nel merito, la Consulta ha ribadito la legittimità costituzionale delle disposizioni scrutinate.

Si deve premettere che il dubbio di legittimità costituzionale relativo alla asserita violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, era già stato sollevato con riguardo all'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001. E la Corte costituzionale ne aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale, sottolineando che, per effetto di tale disposizione, contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata e per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi, risultavano destinatari di discipline diverse per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio all'entrata in vigore della novella.

L'art. 32, l. n. 183/2010, è in buona parte diverso, perché incide sia sui giudizi in corso che sulle future fattispecie, regolamentando la materia in modo nuovo. Vero è, peraltro, che anche per la norma del 2010 si pone il problema dell'interferenza del legislatore sui procedimenti giurisdizionali in corso, atteso che la nuova disciplina incide sugli stessi, ribaltando perfino giudizi e valutazioni operate dai giudici del merito. Sennonché, il dubbio di incostituzionalità poggia – come condivisibilmente ha confermato la Consulta – su una erronea interpretazione dell'art. 6 della CEDU.

Tale norma internazionale, che sancisce il principio del diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, impone al legislatore di uno Stato contraente di non interferire nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie, attraverso norme interpretative che assegnino alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo il caso di ragioni imperative d'interesse generale. Si è sospettata, ad esempio, l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., in connessione con l'art. 6 CEDU, di alcune norme relative al trattamento economico del personale ATA dipendente degli enti locali e passato ai ruoli statali, evidenziando che la norma applicabile in quel caso si porrebbe in contrasto con il divieto di ingerenza del potere legislativo nella amministrazione della giustizia, «essendo sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea che nel procedimento sia applicata la disposizione de-

nunciata e lo stesso Stato sia parte nel giudizio e consegua, dalla applicazione della norma come interpretata autenticamente, la positiva definizione della controversia» (si veda Cass. 4 settembre 2008, ordinanza n. 22260).

Orbene, a prescindere dalla considerazione che anche quel dubbio di costituzionalità ipotizzato dalla Corte di Cassazione è stato ritenuto infondato dalla sentenza C. cost. n. 311/2009 in virtù della sussistenza, in quel caso, di ragioni imperative di interesse generale, è evidente che l'art. 6 CEDU non può essere richiamato nel caso in questione.

Nei casi regolati dall'art. 32 non è infatti parte lo Stato, trattandosi di contenziosi fra privati cittadini ed aziende private. La norma contenuta nell'art. 32 della l. n. 183/2010 (che peraltro – a differenza delle disposizioni riguardanti il personale ATA vagliate da C. cost. n. 311/2009 – non è una norma di interpretazione autentica) non potrebbe, d'altra parte, incidere nemmeno ipoteticamente in casi nei quali sia parte la pubblica amministrazione, applicandosi – in queste fattispecie – l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001 in base al quale la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comunque comportare la conversione in di contratti flessibili in rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni.

L'art. 6 CEDU, in altri termini, può unicamente essere letto nel senso che, nei giudizi in cui lo Stato sia parte, sia contrario al principio di equità ed al concetto di "uguaglianza delle armi" l'intervento del medesimo Stato con una norma di interpretazione autentica a proprio favore (cfr. anche Corte europea dei diritti dell'uomo 9 aprile 2007, 20127/2003, *Arnolin v. Gov. Francia*).

Non può, invece, interpretarsi l'art. 6 CEDU nel senso della impossibilità per il legislatore nazionale di disporre norme con efficacia retroattiva (cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo 21 giugno 2007, 12106/2003, *SCM Scanner de l'Oues Lyonnais et autres v. France*, punto 28).

La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione, quasi che quest'ultima assicurasse, anche nella materia civile, l'immutabilità della regola di giudizio per tutti i procedimenti pendenti in sede giudiziaria (Cass. 16 gennaio 2008, n. 677).

La Consulta ha peraltro ritenuto sussistenti anche i «motivi imperativi d'interesse generale», che legittimano, in ogni caso, l'intervento dello Stato. La Corte, citando il precedente sopra richiamato della sentenza n. 311 del 2009, ricorda, a tale proposito, come le decisioni in questo campo implicano una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella

sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997).

Le ragioni di utilità generale sono state ricondotte, nel caso specifico, nell'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente, cui il legislatore ha dato risposta con una scelta di forfetizzazione indennitaria del risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato, in sé proporzionata, nonché complementare e funzionale al riaffermato primato della garanzia del posto di lavoro.

Andrea Bollani

Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Pavia

Alessandro Corvino

Avvocato del foro di Bergamo

3. Previdenza

3.1. Cass. 23 settembre 2010, n. 20146 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 44).

Previdenza - Cessazione del rapporto di lavoro - Transazione sulle conseguenze patrimoniali - Natura novativa - Esclusione dell'obbligo contributivo.

Le somme corrisposte dal datore di lavoro al lavoratore alla cessazione del rapporto in virtù di un contratto di transazione novativa – che eviti l'accertamento giudiziale di una situazione giuridica controversa inerente il rapporto di lavoro e si sostituisca integralmente a esso – costituiscono il mero corrispettivo della rinuncia agli atti processuali e non possono dirsi corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro; dunque non sono imponibili ai fini previdenziali.

L'irrisolta questione della imponibilità previdenziale delle somme corrisposte al lavoratore nell'ambito di un contratto di transazione (novativa)

Sommario: **1.** La fattispecie concreta. – **2.** La nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali (e fiscali). – **3.** Gli indirizzi della giurisprudenza. – **4.** Proposte interpretative. – **5.** Considerazioni conclusive sulla sentenza in commento.

1. La sentenza in commento verte sulla questione, annosa e irrisolta, della assoggettabilità a imposizione ai fini previdenziali delle somme corrisposte ai lavoratori nell'ambito di contratti di transazione stipulati con il datore di lavoro. Si tratta di un tema oltre che concettualmente complesso – per un intreccio

di questioni di diritto civile, previdenziale e tributario – di notevole interesse pratico, per il frequente utilizzo della transazione come mezzo di risoluzione delle controversie di lavoro.

La controversia oggetto della pronuncia in esame prende le mosse da un'azione giudiziale di una lavoratrice al fine di ottenere dal datore di lavoro l'adempimento di differenze retributive e la dichiarazione giudiziale di inefficacia di un asserito licenziamento orale. La lite si risolve con una transazione giudiziale con corrispettive obbligazioni prevedenti la corresponsione di una somma in danaro da parte del datore di lavoro, a fronte della rinuncia da parte del lavoratore agli atti del processo, con conseguente definitiva estinzione della controversia.

Successivamente, la lavoratrice adiva nuovamente il giudice affinché condannasse il datore di lavoro a versare al competente ente previdenziale i contributi sulla somma corrisposta a seguito del predetto contratto di transazione e a risarcire *ex art. 2116 c.c.* la lavoratrice medesima del danno da omesso versamento dei contributi ormai prescritti, sul presupposto che la somma erogata in sede transattiva trovasse fondamento nel rapporto di lavoro precedentemente intercorso e, dunque, fosse imponibile sul piano previdenziale. Il datore di lavoro eccepiva trattarsi di contratto di transazione novativa, sicché, reciso ogni legame con il rapporto di lavoro perciò estinto, il titolo di corresponsione della somma di danaro doveva ravvisarsi non nel rapporto di lavoro, ma esclusivamente nella transazione, con conseguente esclusione dell'imposizione previdenziale. Risolta la controversia in senso favorevole alla lavoratrice nel primo grado di giudizio, nel secondo grado veniva accolto l'appello del datore di lavoro sul presupposto del carattere novativo della transazione.

La S.C. conferma la decisione di appello considerando, anzitutto, che il testo contrattuale di transazione prevedesse il versamento della somma in danaro a fronte del «totale e definitivo saldo, stralcio, transazione, tacitazione e rinuncia ad ogni azione ed a qualsiasi titolo dedotto nel ricorso introduttivo del presente giudizio»; poi, che con la sottoscrizione della stessa transazione, come da suo testo, «cessa la materia del contendere e, pertanto, le parti chiedono che venga dichiarata l'estinzione del processo». La Cassazione ne desume che: a) la somma non sia corrisposta previo riconoscimento delle pretese della lavoratrice, ma al solo fine di prevenire ed evitare l'accertamento giudiziale; b) con il contratto di transazione la lite giudiziale viene estinta, così come il rapporto di lavoro; c) il nuovo regolamento contrattuale costituisce un nuovo assetto obbligatorio sostitutivo del precedente. Per questi motivi, la somma dovuta in favore della lavoratrice non potrebbe dirsi corrisposta «in dipendenza del rapporto di lavoro», secondo il dettato dell'art. 12, l. 30 aprile 1969, n. 153, nella formulazione applicabile *ratione temporis* alla controversia, e dunque deve ritenersi non imponibile.

2. Si pone come preliminare l'individuazione della nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Trattandosi di questione complessa e dibattuta, certo non affrontabile compiutamente in questa sede, conta qui rilevare i

profili concettuali utili per verificare la riconducibilità a tale nozione delle somme percepite dal prestatore di lavoro nell'ambito di contratti di transazione.

Di essa si sono correttamente evidenziati gli aspetti dell'autonomia, rispetto a quella di cui all'obbligazione datoriale *ex art. 2094 c.c.*, e della sua onnicomprensività di principio.

L'autonomia deriva anzitutto, ovviamente, dall'essere destinataria di una disciplina legislativa speciale e tendenzialmente esaustiva, che risponde anche a finalità di tipo macroeconomico e di solidarietà (dunque a interessi pubblici: si veda M. PERSIANI, *Retribuzione di fatto, dovuta, norma, effettiva e contribuzione previdenziale*, in *DL*, 1975, I, 104).

La onnicomprensività discende sia dalla sua eccedenza rispetto al sinallagma (già inteso in senso elastico con riferimento all'aspetto civilistico dell'obbligazione retributiva), sia dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore, che prevede una definizione generale di retribuzione a fini previdenziali e una serie tassativa di fattispecie escluse dal computo della base imponibile. Mentre, sul piano lessicale, è poi oggi denotata dal *nomen* di «reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi», *ex art. 6, d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314, di riforma dell'art. 12, l. 30 aprile 1969, n. 153 (corsivo mio)*.

Sul versante poi dell'obbligazione contributiva, è ormai assestato l'orientamento secondo cui la base imponibile è costituita non dagli emolumenti effettivamente erogati, ma semplicemente da quelli dovuti, pur se non corrisposti, oppure rinunciati o fatti oggetto di transazione da parte del lavoratore.

Principale disposizione legislativa di riferimento è il già più volte citato art. 12, l. 30 aprile 1969, n. 153. Il testo previgente – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie concreta in commento – disponeva che «per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, *in dipendenza del rapporto di lavoro*» (corsivo mio). Diverse *rationes* sorreggevano poi l'esclusione di una pluralità di tipologie di somme dalla base imponibile, secondo un elenco pacificamente ritenuto tassativo, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo. La tecnica utilizzata dal legislatore, al di là delle questioni di ordine dogmatico, non è poi priva di risvolti sul piano processuale. Infatti, accertata la riconducibilità di una somma al rapporto di lavoro, spetterà all'obbligato eventualmente allegare e provare che essa sia da riferire ad alcuna delle voci escluse dalla imposizione contributiva (si veda Cass. 8 febbraio 1999, n. 1077; A. REALE, *Retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale e transazione*, in *ADL*, 1999, 773, 776-777).

Di tale definizione si è voluta sottolineare la maggiore ampiezza, rispetto a quella fatta propria in precedenza dagli artt. 27 e 28, d.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 (in particolare, cfr. art. 27, comma 2: «Agli effetti del calcolo del contributo, per retribuzione si intende tutto ciò che il lavoratore riceve, in danaro

o in natura, *direttamente dal datore di lavoro per compenso* dell'opera prestata, al lordo di qualsiasi ritenuta» (corsivo mio), con un più stretto riferimento al principio sinallagmatico).

Un ulteriore ampliamento della definizione del "reddito" da lavoro dipendente ai fini contributivi si ricava dalla più recente riforma di questa materia, di cui al d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314. Il vigente testo dell'art. 12, l. n. 153/1969, rinvia all'art. 46, comma 1, e all'art. 48 (oggi all'art. 49 e all'art. 51), del testo unico delle imposte sui redditi (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), per cui è oggi da considerare reddito di lavoro dipendente imponibile ai fini fiscali e previdenziali quello «costituito da *tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti* nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, *in relazione al rapporto di lavoro*». (corsivo mio)

Dottrina e giurisprudenza hanno correttamente rilevato il passaggio dal concetto di dipendenza a quello, più ampio, di semplice relazione al rapporto di lavoro. Inoltre, le espressioni sopra enfatizzate mostrano come – in questo intervento legislativo di tendenziale (anche se non compiuta) armonizzazione delle nozioni di reddito a fini rispettivamente fiscali e contributivi – ne riesca avvalorato il carattere di onnicomprensività (cfr. R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, 316-317; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, 229 ss.; si veda anche la sottolineatura di C. Cost. 7 novembre 2001, n. 354, per la quale si è avuto «il passaggio ad una più ampia accezione di base contributiva imponibile, tale da ricomprendere non solo il corrispettivo dell'attività di lavoro, ma anche altre attribuzioni economiche che nell'attività stessa rinvengono soltanto mera occasione»).

La nuova nozione non è comunque sembrata risolutiva sul punto della transazione, poiché si ritiene, salvo l'*obiter dictum* della Corte costituzionale appena citato, che anche il concetto di relazione, seppure più ampio di quello di dipendenza, sarebbe in ogni caso più restrittivo di quello di mera occasionalità. Sicché, secondo l'opinione prevalente, essa comunque non potrebbe impingere i contenuti dei contratti di transazione (e in particolare novativa: si veda il paragrafo successivo), che troverebbero nei contratti di lavoro una semplice occasione e non una causa in senso tecnico (si veda A. REALE, *op. cit.*, 778; M. FAIOLI, *Nota a Cass. n. 6663/2002*, in *DL*, 2003, I, 63; M. VIZIOLI, *Sulla assoggettabilità a contribuzione previdenziale delle somme erogate a titolo di transazione*, in *DML*, 2007, 321; sul piano tributario, sottolinea invece la discontinuità tra "dipendenza" e mera "relazione", quest'ultima riferibile anche alle transazioni, Cass. 8 aprile 2004, n. 6910).

La definizione della base imponibile, in particolare ai fini del presente commento, va però completata per mezzo di altre disposizioni del TUIR: l'art. 6, circa l'imponibilità delle somme anche a titolo risarcitorio per danni consistenti nella perdita di redditi; l'art. 17, comma 1, lett. *a*, per il quale «l'imposta si applica separatamente sui seguenti redditi» (i quali dunque concorrono al calcolo della base contributiva, che peraltro investe la somma al

lorde delle ritenute fiscali), tra cui «le somme e i valori comunque percepiti al netto delle spese legali sostenute, anche se a titolo risarcitorio o nel contesto di procedure esecutive, a seguito di provvedimenti dell'autorità giudiziaria o di transazioni relativi alla risoluzione del rapporto di lavoro» (corsivo mio) (si veda similmente la successiva lett. c per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa).

Sotto tale ultimo profilo, non è irrilevante notare che la menzione del titolo risarcitorio e delle transazioni relative alla risoluzione del rapporto di lavoro sia dovuta a un intervento legislativo (art. 32, d.l. 23 febbraio 1995, n. 41, conv. con modif. dalla l. 22 marzo 1995, n. 85) volto a introdurre “misure antielusive” in ambito fiscale (come recita la sezione IV del capo III del titolo III del provvedimento ora citato – cfr., al proposito, la sottolineatura di Cass. n. 6910/2004 cit.). Ciò evidentemente sul presupposto che detto titolo risarcitorio, magari unitamente allo strumento transattivo, possa costituire un mezzo attraverso cui tentare di sottrarre determinate somme all'imposizione fiscale (nel cui ambito, peraltro, occorre ricordare che rileva non la somma dovuta ma quella effettivamente erogata, contrariamente alla materia previdenziale).

Per vero, la dottrina prevalente, su tale ultimo punto, sembra di opposto avviso, ritenendo – con varie motivazioni – che il richiamo dell'art. 12, l. n. 153/1969 alla nozione di reddito imponibile ai fini fiscali non includa l'art. 17 TUIR (così A. REALE, *op. cit.*, 779-780; M. FAIOLI, *op. cit.*, 63-64).

Il d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314, oltre ad aver modificato la nozione di reddito imponibile a fini contributivi, ha anche rivisitato l'elencazione delle voci escluse (oggi espressamente detta “tassativa”: cfr. il comma 5 dell'art. 12, l. n. 153/1969). Tra queste, rileva qui menzionare: il trattamento di fine rapporto (art. 4, lett. a); «le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori, nonché quelle la cui erogazione trae origine dalla predetta cessazione, fatta salva l'imponibilità dell'indennità sostitutiva del preavviso» (corsivo mio) (art. 4, lett. b); «i proventi e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento danni» (art. 4, lett. c, da intendersi, come già accennato, nel senso che non siano sostitutivi di redditi perduti, dunque non a titolo di lucro cessante, ma solo di danno emergente).

Della predetta lett. b dell'art. 4 conta considerare che, tra le somme corrisposte alla cessazione del rapporto di lavoro, a parte il tfr, siano escluse dalla contribuzione quelle che costituiscono il corrispettivo di dimissioni o risoluzioni consensuali del rapporto di lavoro (l'incentivo all'esodo, appunto. Vi sono interpretazioni estensive di tale previsione che, di fatto, condurrebbero a una soggettivizzazione della stessa, il che ne farebbe un *passepourtout* per l'esenzione contributiva: cfr. circ. Inps n. 263/1997. Ma la giurisprudenza pare condivisibilmente di diverso avviso: tra le recenti, si veda Cass. 1° dicembre 2010, n. 24363; Cass., sez. trib., 20 febbraio 2009, n. 4164; Cass., sez. trib., 6 febbraio 2009, n. 2931). Parimenti, sono escluse quelle che «traggono origine» dalla cessazione medesima. Tale espressione deve intendersi come

riferita alle somme che hanno titolo o causa dalla cessazione del rapporto (come, ad esempio, l'indennità sostitutiva della reintegrazione) e non a qualunque somma versata alla cessazione del rapporto di lavoro, e ciò per più motivi: perché non si spiegherebbe la differenza con l'espressione, appena precedente, di «somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro»; perché è prevista l'eccezione della indennità di preavviso, che appunto ha fondamento nell'estinzione del rapporto; perché altrimenti la norma si presterebbe a facili operazioni elusive, potendosi erogare una serie di somme al termine del rapporto in previsione del vantaggio dell'esclusione della imposizione (ritiene che la disposizione non sia appunto riferibile alle transazioni M. TREMOLADA, *Componimento transattivo di controversia di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *Rivista della previdenza pubblica e privata*, 2001, n. 5, 25-27).

L'analisi sin qui condotta induce a propendere per l'assoggettamento a contribuzione previdenziale delle somme erogate in esecuzione di un contratto di transazione che ponga fine o che prevenga una lite in tema di rapporti di lavoro subordinato (è la tesi fatta propria dall'Inps – si veda circ. n. 263/1997 – e dall'Agenzia delle entrate – cfr. circ. n. 326/1997), salvo che sia dimostrabile la loro riconduzione a voci espressamente eccettuate. Questo, come visto, e in sintesi, per più ragioni: l'ampiezza della nozione di reddito imponibile; la tassatività delle voci escluse; l'esplicita inserzione delle somme corrisposte a seguito di transazione (senza specificazione del tipo di essa) nella nozione di reddito imponibile a fini fiscali, nozione richiamata dalla normativa previdenziale.

Il che peraltro condurrebbe a conseguenze di non poco conto, come giustamente rilevato in giurisprudenza (e che viceversa dovrebbero escludersi), circa: il privilegio *ex art. 2751-bis c.c.* sopra tali importi (Cass. 14 giugno 2006, n. 13717); l'applicazione del rito del lavoro in caso di controversia sul contratto di transazione o sulla sua esecuzione (Cass. 29 maggio 1991, n. 6087; Cass. 8 giugno 2001, n. 7814); il regime della prescrizione (Cass. 11 agosto 2000, n. 10657, in *RIDL*, 2000, I, 814 ss., con nota di A. TOPO, *Transazione in materia di lavoro e prescrizione del diritto da essa sorto*).

Tuttavia l'assenza, in effetti, di un dato di diritto positivo univoco sulla definizione di retribuzione imponibile ai fini contributivi e specificamente sul punto delle transazioni, ha portato la giurisprudenza a tentare di risolvere la questione distinguendo tra tipi ed effetti dei contratti di transazione.

3. Non è semplice razionalizzare l'attività interpretativa della giurisprudenza in materia, per la varietà di soluzioni quanto alla formulazione dei principi di diritto, alla loro applicazione, non sempre coerente, alle fattispecie concrete, alle questioni giuridiche specifiche risolte in via transattiva e poi oggetto delle pronunce. Tuttavia, in linea di massima, si può riscontrare l'esistenza di due filoni, quello più risalente – tra la metà degli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta – e quello successivo, rispetto al quale però la sentenza in commento pare discostarsi.

Il primo filone, salva qualche eccezione nelle sentenze più risalenti (cfr. Cass. 13 agosto 1982, n. 4605, in *MGL*, 1982, 832 ss.; Cass. 19 gennaio 1985, n. 163, in *RGL*, 1985, II, 158 ss., con nota critica di F. FONZO, *Obbligo contributivo e somme corrisposte in forza di accordi transattivi*, e in *DL*, 1986, II, 292 ss., con nota di S. RUSSO; Cass. 2 ottobre 1985, n. 4776, in *DL*, 1986, II, 281 ss., con nota di P. FABRIS, *Conciliazione giudiziale e contribuzione previdenziale*; e, pare, Cass. 4 dicembre 1986, n. 7193, che ritengono comunque non imponibili le somme corrisposte a seguito di transazione, a prescindere dal tipo di questa), distingueva agli effetti previdenziali tra transazioni c.d. semplici o pure e transazioni novative *ex art.* 1976 c.c. Questa giurisprudenza sembrava riecheggiare un antico dibattito dottrinale, in vero già allora superato, che ricollegava alle prime una funzione di accertamento, alle seconde una portata nel contempo estintiva (con riguardo al pregresso rapporto di lavoro) e costitutiva (di un nuovo assetto di interessi concretato nelle obbligazioni scaturenti dalla transazione appunto novativa). Per questo, doveva conseguire che le somme contenute nelle prime dovessero riferirsi al contratto di lavoro, con relativa imposizione contributiva, mentre quelle contenute nelle seconde non potessero dirsi “in dipendenza” del rapporto di lavoro, bensì esclusivamente riferite a un titolo nuovo e autonomo (la transazione) meramente “ocasionato” dal primo.

Dette suggestioni dottrinali sono poi state superate – anche se resta attuale il dibattito su natura ed effetti del negozio di accertamento (si veda L. BOZZI, *Negozio di accertamento ed effetti (non) “meramente dichiarativi”*, in *RDC*, 2009, II, 201 ss.), che però nel diritto del lavoro è in ogni caso da valutare alla stregua dell’art. 2113 c.c. (cfr. M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *DDPComm*, 1990, IV, 62-63) – e la giurisprudenza, pur insistendo sulla distinzione fra transazione pura e novativa, ha affinato le proprie motivazioni. In particolare, i giudici di legittimità hanno preso a sottolineare la necessità di valutare attentamente il carattere novativo o meno del contratto di transazione attraverso la verifica degli elementi costitutivi elaborati dalle sentenze civili, ossia mediante la congiunta valutazione dell’*animus novandi*, dunque dell’intenzione delle parti desumibile anzitutto dal testo contrattuale, e dell’*aliquid novi* (tra le più recenti, si veda Cass., sez. II, 28 febbraio 2006, n. 4455; Cass., sez. I, 7 marzo 2008, n. 6195; Cass., sez. II, 13 maggio 2010, n. 11632; Cass., sez. II, 13 dicembre 2010, n. 25159; Cass., sez. III, 14 luglio 2011, n. 15444). Quest’ultimo è sufficiente a denotare il primo anche nel caso in cui non sia stata manifestata una esplicita volontà estintiva del pregresso rapporto, dal quale è scaturita o potrebbe scaturire la lite, e tuttavia l’assetto obbligatorio della transazione sia incompatibile con quello precedente, sì da doversi sostituire a esso integralmente e così diventare l’unica nuova fonte delle obbligazioni tra le parti. Potrebbe quindi dirsi novativa solo la transazione che investa il titolo delle pretese controverse, cioè quella che estingue il rapporto di lavoro e sia contestualmente finalizzata a evitare l’accertamento

del titolo medesimo, il quale così non potrebbe dirsi fondativo di pretese patrimoniali imponibili sul piano contributivo.

In tal senso, il (solo supposto) contratto di lavoro o lo specifico (solo supposto) titolo di pretese lavoristiche costituirebbe una semplice *occasione* della successiva transazione, ma sarebbe reciso ogni legame causale con esso (cfr. Cass. 2 febbraio 1985, n. 709, in *MGL*, 1985, 208 ss.; Cass. 8 giugno 1985, n. 3479, in *GC*, 1985, I, 2167 ss.; Cass. n. 4776/1985 cit., con nota di P. FABRIS, *op. cit.*; Cass. 9 maggio 1990, n. 3809; Cass. 27 aprile 1992, n. 4999, in *GI*, 1993, I, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Transazioni e retribuzione imponibile. Appunti sulla nozione di retribuzione*, nonché in *DL*, 1993, II, 131 ss., con nota di P. ASSORGIA, e in *FP*, 1993, I, 13, con nota di F. TARSITANO, *Sulla non assoggettabilità a contribuzione degli importi erogati dal datore al prestatore di lavoro in sede transattiva*; Cass. 7 giugno 1996, n. 5313; Cass. 18 maggio 1999, n. 4811). La tesi è condivisa sostanzialmente negli stessi termini dalla dottrina maggioritaria (cfr. B. SCONOCCHIA, *L'obbligo contributivo e la retribuzione imponibile*, Franco Angeli, Milano, 1981, 46-48; C. BRUNI, *Sull'assoggettabilità a ritenute previdenziali e fiscali delle somme erogate dal datore di lavoro derivanti da titolo transattivo*, in *NGCC*, 1994, I, 235 ss.; F.D. MASTRANGELI, C.A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, in M. CINELLI (diretto da), *Dottrina e giurisprudenza sistematica di diritto della previdenza sociale*, Utet, Torino, 1997, 116 ss.; M. OLGIATI, *Somme erogate a titolo di transazione novativa ed incentivo all'esodo: regime contributivo e fiscale*, in *MGL*, 1999, 1390 ss.; A. REALE, *op. cit.*, 777-778; A. CORETTI, A. SGROI, *Retribuzione imponibile ex d.leg.vo n. 314 del 2 settembre 1997. Il minimale contributivo e il contratto collettivo*, in *Informazione previdenziale*, 2002, 1434-1435; M. FAIOLI, *op. cit.*, 64; M. VIZIOLI, *op. cit.*, 315 ss.; nello stesso la circ. Min. lav. n. 39/1987, in *DPL*, 1987, n. 25, 1841).

Transazioni, invece, che non investano il titolo, ma si limitino a risolvere o evitare liti sulla esecuzione di esso (tipicamente, in ordine al *quantum* delle pretese), presupporrebbero il titolo stesso, affiancandolo alla stregua di negozi "ausiliari" integranti la disciplina del rapporto. Per questo, nel caso delle controversie di lavoro, simili transazioni, che non estinguono il rapporto di lavoro o che non negano il titolo specifico delle pretese controverse, non eliderebbero il legame col rapporto di lavoro, anzi, come detto, lo integrerebbero; con la conseguenza che le somme previste a titolo di transazione potrebbero e dovrebbero ben dirsi "in dipendenza" del rapporto di lavoro.

Nello scorso decennio questo orientamento sembrò essere superato da altro, giunto a negare anche esplicitamente la rilevanza del carattere novativo del contratto di transazione ai fini previdenziali o, pur senza pervenire a tale esito di principio, a rendere di fatto difficilmente plausibile la configurabilità di una transazione novativa in seguito a controversie scaturite dai rapporti di lavoro, e ciò anche per via dell'ampiezza della nozione di reddito imponibile. È possibile che tale filone sia stato influenzato proprio dalla consapevolezza dell'ampliata nozione, anche se in talune pronunce è esplicitamente ribadito il

riferimento al testo dell'art. 12 applicabile *ratione temporis* (si veda, ad esempio, Cass. 3 aprile 2004, n. 6607; Cass. 28 luglio 2009, n. 17495).

Simile indirizzo, per vero, non giunge perciò solo a sancire l'imponibilità di ogni somma avente titolo nel contratto di transazione. Esso sposta semplicemente l'attenzione sul fatto che, da un lato, il contratto di transazione, anche novativo, produce in ogni caso effetti unicamente tra le parti stipulanti *ex art.* 1372 c.c., senza pregiudizio per i diritti di terzi, quali gli enti previdenziali; dall'altro, sulla irrinunciabilità della pretesa contributiva *ex art.* 2115, comma 3, c.c., con nullità delle relative clausole contrattuali di transazione (si veda ad esempio Cass. 13 marzo 2009, n. 6221). Pertanto, nell'uno e nell'altro caso, le parti interessate (il lavoratore, l'ente previdenziale e in qualche caso persino un altro datore di lavoro: cfr. Cass. 21 aprile 1993, n. 4672, in *MGL*, 1993, 656 ss., con nota di M. OLGATI, *Le somme erogate a titolo di transazione novativa: dubbi sul trattamento fiscale applicabile*; nonché in *NGCC*, 1994, I, 233 ss., con nota di C. BRUNI, *op. cit.*) dovrebbero essere sempre ammesse a provare la riconducibilità delle somme transatte al rapporto di lavoro, spettando poi per converso all'obbligato la prova che le stesse siano annoverabili tra le eccezioni tassative.

Tale indirizzo, in definitiva, mosso presumibilmente dall'intento di evitare negozi elusivi degli obblighi previdenziali, ritiene che non sia dirimente il carattere novativo della transazione (comunque da valutare in maniera rigorosa, secondo un apprezzamento di fatto demandato al giudice di merito e sottratto al controllo di legittimità); che l'effetto di novazione sia comunque circoscritto ai soggetti stipulanti (sulla questione dell'adesione dell'ente previdenziale, cfr. M. TREMOLADA, *op. cit.*, 19 ss.); che sia invece determinante valutare oggettivamente, caso per caso, il titolo di attribuzione delle somme corrisposte nell'ambito della transazione, tanto attraverso l'esame del suo contenuto, quanto valutando il contesto in cui esso è inserito (cfr. Cass. 5 marzo 2001, n. 3213; Cass. 17 aprile 2001, n. 5639; Cass. 9 maggio 2002, n. 6663, in *DL*, 2003, II, 53 ss., con nota di M. FAIOLI, *op. cit.*; Cass. 7 marzo 2003, n. 3487; Cass. 18 luglio 2003, n. 11289; Cass. n. 6607/2004 cit.; Cass. 13 agosto 2007, n. 17670; Cass. n. 17495/2009 cit.). Valutazione oggettiva che si impone alla luce del fatto che la nozione di reddito imponibile ai fini contributivi è sottratta alla disponibilità delle parti individuali del rapporto di lavoro: «sebbene le erogazioni del datore di lavoro derivanti da titolo transattivo, che, finalizzato non ad eliminare la *res dubia* oggetto della lite, ma ad evitare il rischio della lite stessa, non contenga un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, siano da non considerarsi non "in dipendenza" ma in nesso di mera occasionalità con il rapporto di lavoro e, pertanto, non assoggettabili a contribuzione [...], va ulteriormente ribadito, tuttavia, che a norma dell'art. 12 della legge n. 153/1969, l'indagine del giudice del merito sulla natura retributiva o meno di determinate somme erogate al lavoratore dal datore di lavoro non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni e, quindi, neanche in

presenza di una transazione intervenuta a seguito di lite giudiziaria» (Cass. n. 6663/2002 cit.; si veda anche Cass. n. 11289/2003 cit.).

4. La necessità di valutare ogni singola fattispecie concreta non toglie però che sia possibile formulare qualche generale ipotesi interpretativa, anche alla luce di alcune condivisibili indicazioni emergenti dalla giurisprudenza.

Partendo dai casi meno controversi, è pressoché unanime l'indirizzo secondo cui la transazione intervenuta in costanza del rapporto di lavoro non possa dirsi novativa, per il motivo che esso non viene estinto, con conseguente imponibilità delle somme previste. Questo perché la giurisprudenza presuppone, senza però soffermarvisi, che il "rapporto preesistente" da estinguersi *ex art.* 1976 c.c. sia l'intero contratto di lavoro e non solo alcuna delle sue obbligazioni. Cosicché, ad esempio, una transazione sopra una lite in tema di effettuazione di ore di lavoro straordinario, che senza riconoscere il suo effettivo svolgimento accordi al lavoratore una somma come mero corrispettivo della rinuncia all'azione o agli atti del processo sul punto, sarebbe da considerarsi conservativa (non novativa). Invero, la questione dovrebbe essere approfondita (rileva il problema, proprio con riferimento alla imponibilità delle somme da transazione, A. REALE, *op. cit.*, 767-768). Tuttavia, non vi è ragione di discostarsi dagli esiti di questo orientamento che, in fondo, non fa che prendere atto della evidente contiguità con il rapporto di lavoro *ex art.* 12, l. n. 153/1969, degli emolumenti corrisposti a seguito di transazione su lite scaturita da un rapporto di lavoro non contestato (il che, in altri termini, altro non significa se non, come sopra accennato, valutare il contesto in cui la transazione viene stipulata: cfr. ad esempio Cass. n. 3213/2001 cit.; A. CORETTI, A. SGROI, *op. cit.*, 1434-1435).

Ancora più semplice appare il caso in cui siano le stesse parti a riconoscere, nella transazione, che le voci retributive in essa previste afferiscano a un titolo imponibile (ad esempio emolumenti corrisposti a seguito di una lite sul riconoscimento della qualifica superiore; e salvo che i soggetti terzi non abbiano interesse a disconoscere il titolo, come nel caso di rapporti di lavoro dipendente solo simulati; cfr. C. BRUNI, *op. cit.*, 238).

Vi sono poi emolumenti dotati di un criterio certo di calcolo, che consentono più agevolmente al soggetto interessato di provarne l'imponibilità, e così: non può escludersi di principio la contribuzione di somme erogate a titolo di tfr, ma in una misura eccedente a quella risultante dal calcolo oggettivo (cfr. Cass. n. 4999/1992 cit.; Cass. 11 aprile 1998, n. 3478, che ha imputato a differenze retributive la somma nominalmente attribuita a «integrazione di t.f.r.»; si sofferma sul punto A. REALE, *op. cit.*, 769-773); non potranno corrispondersi a titolo di indennità sostitutiva della reintegrazione le somme dovute *ex art.* 18 Stat. lav. tra il momento del licenziamento e quello della successiva estinzione contenuta in una transazione, ove sia intervenuta una sentenza di condanna alla reintegrazione, poiché peraltro i contributi vanno calcolati non sulle somme versate ma su quelle comunque dovute (Cass. n. 5639/2001 cit.; Cass. n. 3487/2003 cit., su cui si veda il commento di A. RONDO, *Opzione per*

l'indennità sostitutiva della reintegrazione: momento di cessazione del rapporto ed obblighi contributivi correlati, in *MGL*, 2003, 570 ss.); per questo stesso motivo, non potranno erogarsi a uno dei titoli eccettuati *ex art.* 12, l. n. 153/1969, differenze retributive che, a un esame oggettivo, non risultino adempiute dal datore di lavoro. Più in generale, non saranno di fatto soggettivamente attribuibili a un titolo diverso da quello proprio quegli emolumenti, dal cui ammontare si riesca a risalire alla vera causa di erogazione (Cass. n. 6663/2002 *cit.*, per il caso di una indennità da anticipata risoluzione del rapporto prevista dal contratto individuale).

Si è già detto del regime tributario, richiamato da quello previdenziale, delle somme a titolo di risarcimento del danno contenute in transazioni relative alla cessazione del rapporto di lavoro, e del fatto che la loro imponibilità sia prevista dall'ordinamento in chiave antielusiva. Questa regola deve tuttavia coordinarsi con quella (art. 12, comma 4, lett. *c*, e art. 6, d.P.R. n. 917/1986) secondo cui il ristoro del danno emergente non è assoggettato a contribuzione. L'antinomia è solo apparente e deve risolversi nel senso che l'imposizione riguarda (oltre ovviamente alle somme a titolo risarcitorio sostitutive di redditi) gli importi eccedenti l'ammontare del danno emergente che possa essere effettivamente dimostrato. Questo potrebbe significare, ad esempio, che l'emolumento corrisposto alla cessazione del rapporto a titolo di danno biologico, in una misura superiore a un criterio di riferimento certo e comunemente adottato (come ad esempio le tabelle utilizzate dalle corti di appello), potrebbe essere assoggettato a contribuzione, ove non fosse possibile ricondurlo a nessun'altra delle ipotesi eccettuate alla stessa. Di più difficile controllo, naturalmente, può essere l'erogazione in assenza di parametri oggettivi: si pensi ad esempio al danno alla professionalità, da perdita di chance, e al danno esistenziale. Questo comporta il rischio che ingenti somme erogate a tali titoli possano indurre particolarmente gli enti previdenziali ad agire per la riscossione dei relativi contributi. Come già detto, una volta che detti importi si dimostrino riconducibili a un rapporto di lavoro, graverà sul soggetto obbligato l'onere di dimostrare il ricorrere di una voce esclusa dalla imposizione.

Resta da dire del caso in cui sia controversa la stessa esistenza del titolo generale costituito dall'instaurazione di un rapporto di lavoro dipendente. Ci si deve cioè interrogare se la transazione, che risolva una lite tra le parti vertente sulla esistenza stessa della fattispecie della subordinazione, senza però accertarla, possa mandare esente da imposizione il corrispettivo previsto in favore del (supposto) lavoratore in cambio della mera rinuncia all'azione o agli atti del processo. Sul punto, v'è da dire che la giurisprudenza di legittimità ha del tutto condivisibilmente statuito in favore della possibilità, per l'ente previdenziale, di dimostrare comunque, eventualmente anche a partire dallo stesso testo contrattuale di transazione, la sussistenza della fattispecie della subordinazione al fine della riscossione dei contributi. E ciò perché, come visto, non è immaginabile l'efficacia *ultra partes* del contratto tra datore e lavoratore (si veda, ad esempio, Cass. 3 marzo 2003, n. 3122, in *MGL*, 2003, 372 ss., con

nota di P. BOER, *La conciliazione giudiziale della controversia di lavoro non preclude all'ente previdenziale l'azione contributiva*; Cass. 9 aprile 2003, n. 5534; Cass. 20 marzo 2009, n. 6901). Parimenti, evidentemente non potrebbero di per sé sottrarsi a imposizione le somme erogate nell'ambito di una transazione, pur detta novativa e che pretenda di non accertare il titolo della subordinazione, allorché all'evidenza detto rapporto di lavoro abbia avuto svolgimento (*in primis* perché già regolarizzato agli effetti previdenziali).

Resta da dire, sul punto, che nell'ambito della conciliazione monocratica di cui all'art. 11, comma 4, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, il conciliatore non può aderire all'accordo qualora esso non preveda il riconoscimento di alcun periodo di lavoro subordinato. A tal proposito, la direttiva del Ministero del lavoro del 18 settembre 2008 (cfr. anche la successiva circ. Min. lav. n. 36/2009) interpreta la norma nel senso che essa precluda in sede di conciliazione monocratica la stipulazione di transazioni novative. Il che peraltro si spiega col fatto stesso che sulle somme erogate debba versarsi la contribuzione obbligatoria e che solo l'esatto adempimento di tali obbligazioni comporti l'estinzione o la preclusione del procedimento ispettivo. Da ultimo, v'è da accennare al fatto che, secondo l'interpretazione dominante, la citata disposizione di legge pare prevedere, in deroga all'art. 1372 c.c., l'efficacia della transazione anche nei confronti dei soggetti terzi, in particolare degli enti previdenziali, i quali non potrebbero poi agire autonomamente per far valere differenze contributive sul medesimo rapporto controverso. Sicché, in definitiva, il conciliatore funzionario dei servizi ispettivi potrebbe di fatto disporre della obbligazione previdenziale.

5. Occorre a questo punto trarre le ricadute delle precedenti riflessioni sulla sentenza in commento.

La pronuncia si pone indubbiamente in contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, riallacciandosi piuttosto a quello più risalente, che ricollegava più o meno direttamente alla transazione novativa effetti di esenzione contributiva.

In base all'indirizzo giurisprudenziale dell'ultimo decennio, la controversia avrebbe probabilmente potuto risolversi nel senso della imponibilità dell'importo erogato, in quanto riconducibile seppure *lato sensu* al rapporto di lavoro, salvo potervi ravvisare una ipotesi specifica di esenzione (con onere della prova a carico del datore di lavoro).

La S.C. ha invece prescelto una soluzione che potrebbe facilmente prestarsi a un utilizzo in chiave elusiva, sino a rivelarsi in definitiva formalistica. Pare infatti sin troppo semplice, a seguire il principio di diritto evocato, redigere un testo contrattuale che preveda meramente, da un lato, l'estinzione della lite senza accertamento della realtà fattuale e dell'effettivo assetto giuridico; dall'altro, il nuovo assetto quale unica fonte delle nuove pretese tra le parti, risolvendosi in un corrispettivo a fronte della rinuncia all'azione giudiziale o agli atti del processo.

È pertanto da auspicare che questa pronuncia non inauguri nuovamente quel filone che la giurisprudenza di legittimità aveva deciso di abbandonare ormai un decennio fa.

Marco Ferraresi

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Pavia

4. Sciopero

4.1. Cass. 30 novembre 2010, n. 24207 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 13).

Lavoro subordinato - Sospensione del rapporto - Sciopero - In genere - Violazioni della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali - Ordinanza ingiunzione della Direzione provinciale del lavoro - Natura - Applicativa delle sanzioni deliberate dalla Commissione di garanzia ex art. 4 della l. n. 146/1990 - Opposizione - Censure rivolte contro la delibera della Commissione di garanzia - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie relativa ad illegittima astensione dalle udienze degli avvocati.

In tema di sanzioni amministrative per violazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, in sede di opposizione a ordinanza ingiunzione emessa dalla Direzione provinciale del lavoro applicativa delle sanzioni amministrative, di natura pecuniaria, deliberate dalla Commissione di garanzia, sono inammissibili le censure che abbiano ad oggetto la delibera della Commissione stessa, atteso che contro quest'ultima è ammesso solamente, ai sensi dell'art. 20-bis della l. 12 giugno 1990, n. 146, ricorso al giudice del lavoro.

Sanzioni per lo “sciopero” (illegittimo) degli avvocati e competenze dell’Autorità di garanzia

Sommario: **1.** Il “caso”. – **2.** La potestà sanzionatoria della Commissione di garanzia. – **3.** Le conclusioni della Suprema Corte.

1. In data 18 novembre 2003 l’assemblea degli avvocati del foro di Nuoro proclamava l’astensione dalle udienze civili e penali a partire dalla stessa data e fino al 29 novembre 2003; la proclamazione di astensione dalle udienze veniva successivamente reiterata per diversi periodi.

La Commissione di garanzia, con delibera n. 04/350, comunicata il 17 maggio 2004, apriva il procedimento di valutazione del comportamento ai sensi degli artt. 4, comma 4-*quater*, e 13, lett. *i*, della l. n. 146/1990 e succ. mod., nei confronti della succitata assemblea, contestando la violazione degli obblighi di preavviso, di durata massima dell’astensione e di garanzia delle prestazioni indispensabili.

Lette le difese e ascoltate ritualmente le parti, la Commissione, con delibera n. 4/470 del 15 luglio 2004, stabiliva l'irrogazione della sanzione pecuniaria di euro 7.764 nei confronti del Presidente dell'assemblea del Consiglio dell'ordine di Nuoro, avvocato B.B., invitando la Direzione provinciale del lavoro (Dpl) competente per territorio a emettere la prevista ordinanza ingiunzione.

Avverso l'ordinanza ingiunzione, adottata il 18 ottobre 2004 dalla Dpl di Nuoro, il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro proponeva opposizione dinanzi al Tribunale di Nuoro il quale, con sentenza parziale del 26 settembre 2005, dichiarava la propria incompetenza per territorio in ordine alla domanda di annullamento della delibera della Commissione di garanzia, per essere competente il Tribunale di Roma; con separata ordinanza disponeva la prosecuzione del giudizio di opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione. Con sentenza del 16 dicembre 2005, il Tribunale di Nuoro rigettava l'opposizione e confermava integralmente il provvedimento opposto.

Con ricorso per cassazione, proposto nei confronti della Dpl di Nuoro e della Commissione di garanzia, notificato nel dicembre 2006, il Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro chiedeva l'annullamento della sentenza del Tribunale di Nuoro del 16 dicembre 2005.

La Suprema Corte, nella sentenza che si annota, accogliendo integralmente la ricostruzione dei controricorrenti (Commissione di garanzia e Dpl) ha rigettato il ricorso (dichiarando inammissibili le censure relative al merito della delibera della Commissione e infondate quelle concernenti l'ordinanza ingiunzione) e, con apprezzabile sintesi, ha fatto il punto su alcune questioni relative a riparto di competenze in materia di sanzioni, in particolare tra l'Autorità di garanzia e la Dpl.

2. Nella disciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, il sistema sanzionatorio, come noto, riceve una regolazione articolata, tanto nella predeterminazione delle fattispecie illecite, quanto nell'individuazione degli organi competenti a irrogare le relative sanzioni (la letteratura sul tema è molto vasta ma, per un recente contributo, cfr. V. VALENTINI, A. BURATTI, *La potestà sanzionatoria della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in AA.VV., *Le sanzioni delle Autorità indipendenti*, Cedam, Padova, 2011).

All'interno di questo impianto normativo, un ruolo centrale è svolto proprio dalla Commissione di garanzia la quale, specialmente dopo la novella del 2000, è competente per la gran parte delle violazioni alla disciplina legale e negoziale poste in essere dai diversi attori del conflitto (quando esso incide su pubblici servizi), attraverso l'irrogazione di sanzioni disciplinari, civili e amministrative, di natura pecuniaria o comunque afflittiva.

La competenza sanzionatoria della Commissione convive, tuttavia, con potestà che permangono in capo all'esecutivo (per l'adozione dell'ordine di "pre-cettazione", ex art. 8, l. n. 146/1990), al datore di lavoro (per l'adozione di provvedimenti disciplinari nei confronti dei lavoratori che abbiano violato la

disciplina in materia di sciopero, secondo la normativa vigente), alla magistratura (per la repressione di reati commessi attraverso la condotta di astensione dal lavoro, per l'imputazione di responsabilità per fatto illecito in capo ai soggetti che si siano astenuti dal lavoro provocando danni a terzi, per la risoluzione di controversie inerenti il rapporto di lavoro scaturite dall'astensione del lavoratore) e alla Dpl (per l'emanazione di provvedimenti applicativi di sanzioni amministrative).

La scelta del legislatore di devolvere alla Commissione la gran parte delle competenze attinenti alla valutazione e alla sanzione dei comportamenti illeciti posti in essere dai diversi soggetti partecipi della prestazione dei servizi pubblici essenziali, ridimensionando tanto la competenza ministeriale e prefettizia quanto quella datoriale, risponde all'esigenza di calare siffatta funzione sanzionatoria nel peculiare contesto delle relazioni industriali e sindacali, considerate anche alla luce della loro intrinseca flessibilità, attribuendola a un organo che si presenta, al contempo, indipendente e autonomo rispetto alle parti e all'indirizzo politico governativo, ma anche sensibile alle ricadute generali del proprio ruolo "arbitrale" sul conflitto sociale.

Nell'impianto originario della legislazione del 1990, il ruolo della Commissione di garanzia nell'irrogazione delle sanzioni era marginale, dal momento che le si riservava esclusivamente un potere di "valutazione" del comportamento dei sindacati promotori e aderenti a uno sciopero illegittimo, al fine di escluderli dalle trattative con la parte datoriale per un periodo di due mesi (così disponevano l'art. 13, comma 1, lett. c e l'art. 4, comma 3, l. n. 146/1990, ora abrogati). Ne derivò, per il primo biennio di applicazione della legislazione del 1990, un assetto non soddisfacente delle potestà sanzionatorie, attribuite direttamente alla parte datoriale sulla base dell'estensione analogica del procedimento preordinato all'applicazione di sanzioni disciplinari in capo al singolo lavoratore, eseguito sulla base dell'art. 2106 c.c. e secondo il procedimento di cui all'art. 7 della l. n. 300/1970, anche all'ipotesi di sanzioni avverso organizzazioni sindacali per violazione della disciplina di cui alla l. n. 146 (F. SANTONI, *Il potere sanzionatorio della Commissione di garanzia nella disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RIDL*, 2005, I, 455 ss., e bibliografia ivi citata).

Nella sentenza n. 57/1995, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tale schema, ebbe a ritenere irragionevole detta estensione analogica, escludendo che le sanzioni patrimoniali a carico di un sindacato incorso nella violazione della disciplina posta dalla legge del 1990 potessero essere irrogate dalla parte datoriale al di fuori di un procedimento posto a garanzia del contraddittorio, sottraendone la relativa competenza al datore di lavoro, ritenuto «portatore di interessi potenzialmente contrapposti». L'applicazione della sanzione ai danni di un'organizzazione sindacale appariva alla Corte come un'attività «implicante valutazioni che certamente escludono l'esistenza d'un mero automatismo cui agganciare una doverosa condotta del datore di lavoro». Ne derivava, secondo la Corte, la necessità di

affidare «la verifica dei presupposti per l'applicabilità della sanzione [...] a quel soggetto *super partes* ad alta competenza, che il legislatore ha configurato nella Commissione di garanzia», in tutti i casi in cui si trattasse di applicare sanzioni finalizzate alla garanzia della legislazione introdotta nel 1990. Con la medesima pronuncia, peraltro, la Consulta imponeva un'interpretazione della normativa istitutiva del potere di valutazione della Commissione, cui era ora ricondotta la cognizione di un'amplissima gamma di illeciti, nel senso di ritenere pienamente incorporato nelle relative procedure il principio, considerato di rango *quasi costituzionale*, del «giusto procedimento».

Coerentemente con questi sviluppi giurisprudenziali, e adeguando la disciplina legislativa alla prassi che prese corpo in forza di tale indirizzo, il legislatore pose mano a un'ambiziosa novella della normativa vigente, che si caratterizzò, tra l'altro, per il riordino dell'intera materia della potestà sanzionatoria della Commissione. La l. n. 83/2000, pertanto, affidò alla Commissione la potestà sanzionatoria finalizzata alla repressione delle violazioni della legislazione in materia di sciopero nei servizi pubblici, con eccezione della potestà a sanzionare l'inosservanza dell'ordine di precettazione (che permane in capo a organi del potere esecutivo) e della potestà di emanare sanzioni disciplinari a carico del singolo lavoratore.

In particolare, la sottoposizione alla normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e, conseguentemente, alla potestà sanzionatoria della Commissione delle astensioni dal lavoro indette dalle associazioni e dagli organismi rappresentativi dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, ha rappresentato una delle più significative innovazioni contenute nella novella del 2000, e ha permesso di colmare una delle principali lacune emerse nel sistema previgente.

Contro le deliberazioni della Commissione di garanzia in materia di sanzioni è ammesso il ricorso al giudice del lavoro (art. 20-*bis*, l. n. 146/1990), e cioè in primo grado davanti al Tribunale in composizione monocratica.

Si tratta di una disposizione innovativa che stabilisce l'autonoma impugnabilità delle delibere sanzionatorie dell'organismo di garanzia, in passato preclusa (F. SANTONI, *op. cit.*, 484).

La sinteticità del dettato normativo crea diversi problemi, soprattutto con riguardo ai termini e alla competenza territoriale.

Per tale impugnazione la legge non prevede termini di decadenza. La Commissione quindi ritiene di dover applicare il termine di prescrizione quinquennale, che nel diritto del lavoro è considerato "ordinario". Del resto, considerata la scelta di devolvere le relative controversie al giudice del lavoro e non al giudice amministrativo, non può ritenersi che il termine di impugnazione sia quello ordinariamente previsto per i provvedimenti amministrativi (60 giorni) (G. DI CAGNO, M.P. MONACO, *Lo sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, Bari, 2008, 225 ss.).

Non mancano le critiche alla suddetta impostazione, derivanti dall'eccessiva dilatazione dei termini di impugnativa, ritenuta del tutto incompatibile con la

previsione di cui all'art. 4, comma 4-*quater*, secondo cui la Commissione «delibera le sanzioni [...] indicando il termine entro il quale la delibera deve essere eseguita» e, ove necessario, «la trasmette alla Direzione Provinciale del Lavoro – sezione ispettorato del lavoro competente». Ed infatti potrebbe verificarsi che l'ordinanza-ingiunzione della Direzione provinciale intervenga allorché le sanzioni siano ancora impugnabili.

In mancanza di diversa previsione, l'ordinario termine di impugnazione non può nemmeno coincidere con quello di cui all'art. 22 della l. n. 689/1981, secondo cui contro l'ordinanza-ingiunzione di pagamento gli interessati possono proporre opposizione entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del provvedimento (o entro sessanta giorni se si risiede all'estero; cfr. verbale Commissione di garanzia, n. 562, seduta del 30 settembre 2004).

Del resto l'eventuale impugnazione con rito ordinario davanti al giudice del lavoro della delibera della Commissione non fa venire meno l'efficacia esecutiva di quest'ultima, con il conseguente obbligo di emettere l'ordinanza ingiunzione, salvo l'eventuale sospensione disposta dal giudice su istanza di parte.

In questa prospettiva, la legittimazione passiva è della Commissione in caso di impugnazione della delibera adottata dalla stessa, della Dpl laddove sia impugnata l'ordinanza ingiunzione.

3. Nel caso oggetto della sentenza in commento correttamente la S.C. ha dichiarato inammissibili le censure del ricorrente (Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro) relative al “merito” della delibera di condanna, dal momento che il potere di impugnazione era stato consumato dalla parte soccombente con la mancata riassunzione dinanzi al giudice territorialmente competente (Tribunale di Roma) nei termini assegnati dal Tribunale di Nuoro con la sentenza parziale, contro la quale neppure era stata proposta impugnazione.

La Dpl, infatti, si limita ad “applicare” (*id est* a “eseguire”), con lo strumento dell'ordinanza ingiunzione, una sanzione di natura pecuniaria già “deliberata” dalla Commissione di garanzia. Il procedimento di irrogazione della sanzione è integralmente concluso con la delibera della Commissione che esaurisce un procedimento in contraddittorio con piene garanzie di difesa, il cui atto finale è autonomamente impugnabile dinanzi al Tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Per tale ragione il provvedimento emesso dalla Dpl, di natura meramente ricognitiva esecutiva, non necessita di alcuna motivazione.

Anzi, per dirla con le parole incisive della S.C.: «è solo la Commissione che ha il dovere di motivare la sua valutazione, nonché la scelta e la quantificazione delle sanzioni. Al contrario, la Direzione provinciale del lavoro, che applica la sanzione, non solo non deve, ma non può ritornare su tali ragioni, riconsiderandole, o comunque motivandole nuovamente ed autonomamente».

Solo un cenno alla competenza territoriale del giudice chiamato a decidere sull'impugnazione, che nella sentenza in commento resta sullo sfondo.

Dopo qualche iniziale esitazione, la Commissione di garanzia è ferma nel ri-

tenere che la competenza territoriale vada individuata ai sensi dell'art. 25 c.p.c., nel luogo in cui ha sede l'amministrazione dello Stato che ha emesso il provvedimento impugnato, luogo in cui sorge l'obbligazione ed è deliberata la sanzione a seguito della violazione di legge, e non piuttosto ai sensi dell'art. 413 c.p.c., che è norma applicabile alle sole controversie individuate dall'art. 409 c.p.c.: competente è dunque il Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro.

Le delibere stesse della Commissione, che concludono il procedimento di valutazione del comportamento delle parti e che dispongono sanzioni a carico del soggetto che ha agito in violazione di legge, indicano nel dispositivo finale il Tribunale di Roma come sede giudiziaria presso la quale proporre l'eventuale ricorso.

A questa impostazione aderiscono ormai quasi tutti gli uffici giudiziari, a eccezione di quelli milanesi che, in alcune sentenze, hanno ritenuto sussistente la propria competenza (Trib. Milano 30 dicembre 2005, n. 4649 e 23 febbraio 2008, n. 721, inedite a quanto consta). Da ultimo, tuttavia, si segnala una sentenza della Corte d'Appello di Milano che, in adesione alle suddette argomentazioni del Garante, ha dichiarato l'incompetenza territoriale del Tribunale di Milano, essendo competente il Tribunale di Roma (App. Milano 20 marzo 2009, n. 248, inedita a quanto consta).

Per quanto attiene, infine, alle censure specificamente relative all'ordinanza ingiunzione proposte dal ricorrente Consiglio dell'ordine, la S.C., come sopra accennato, le ha condivisibilmente ritenute infondate.

Entrambe le censure, infatti, erano caratterizzate da un alto tasso di formalismo e, al tempo stesso, prive di solide basi sul piano della disciplina vigente e dei principi generali.

Il primo motivo di ricorso consisteva nella pretesa difformità tra i soggetti passivi: l'astensione dalle udienze, infatti, era stata indetta dall'assemblea del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro, cui era diretta la delibera della Commissione, diversamente dall'ordinanza ingiunzione che, invece, era stata emessa nei confronti del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro.

La sentenza, correttamente, osserva che nella sostanza non vi è difformità di soggetti dal momento che l'ordinanza è stata emessa nei confronti dell'avvocato B.B., il quale è presidente del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro ed è stato presidente dell'Assemblea degli avvocati appartenenti al Consiglio dell'ordine degli avvocati di Nuoro che dichiarò l'astensione.

La soluzione, di indubbio buon senso e, nel caso di specie, anche giuridicamente corretta, non risolve tuttavia il problema, ben presente all'autorità di garanzia, del soggetto legittimato a indire astensioni dalle udienze e conseguentemente soggetto passivo di eventuali provvedimenti inibitori o sanzionatori. La questione è allo studio del Garante che ha espresso l'avviso di emanare, non appena conclusa l'istruttoria, un orientamento generale sul punto (cfr. verbale riserv. Commissione di garanzia 28 febbraio 2011).

Con il terzo motivo si sosteneva la violazione dell'art. 4 della l. n. 146/1990,

in quanto l'ordinanza ingiunzione era stata emanata dal direttore provinciale del lavoro di Nuoro e non dalla sezione dell'ispettorato del lavoro presso la Dpl.

Qui davvero l'impostazione formalistica (e strumentale) della censura è di tutta evidenza, dal momento che, come limpidamente osservato nella sentenza, la Direzione ricomprende la sezione in oggetto, e le articolazioni interne delle Dpl, più volte riorganizzate nel corso degli anni, non assumono rilevanza all'esterno.

Vincenzo Valentini

Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “Sapienza”

5. Somministrazione di lavoro

5.1. Trib. Vicenza 17 febbraio 2011, n. 1378 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n.11).

Somministrazione di lavoro - Ragioni giustificatrici della somministrazione a tempo determinato - Limiti del sindacato giudiziale.

Con riferimento alle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato il controllo giudiziale, non potendosi estendere al merito delle scelte aziendali, è limitato alla verifica che esse siano specificate, abbiano natura tecnica, organizzativa o sostitutiva, che siano qualitativamente e quantitativamente conformi a quanto indicato nella contrattazione collettiva e che non incorrano nei divieti espressi dal comma 5, art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.

Somministrazione di lavoro e limiti al sindacato giudiziale

Sommario: **1.** Uno sguardo al panorama giurisprudenziale. – **2.** Il valore della somministrazione nella prospettiva europea e il ruolo della contrattazione collettiva. – **3.** L'ordinaria attività dell'utilizzatore e il definitivo superamento della temporaneità delle esigenze aziendali. – **4.** I limiti del sindacato giudiziale.

1. L'art. 20, comma 4, della legge Biagi stabilisce che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. Nella specie, il Tribunale di Vicenza ha ritenuto conforme a tale requisito di legge un contratto di somministrazione di lavoro che indicava come causale le «esigenze connesse a una punta di più intensa attività».

La sentenza affronta con argomentazione originale profili problematici non nuovi in giurisprudenza, che attengono, da un lato, all'onere della prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici del ricorso a un contratto di sommini-

strazione a tempo determinato, nonché della riconducibilità dell'utilizzo del lavoratore somministrato a tali ragioni; dall'altro lato, ai limiti del sindacato giudiziale circa i motivi addotti.

Nella ormai cospicua casistica giurisprudenziale in materia si è ripetutamente osservato come sia necessaria la corrispondenza tra il contratto di natura commerciale stipulato tra somministratore e utilizzatore e il contratto di lavoro che intercorre tra agenzia di somministrazione e lavoratore in ordine alla causale, al periodo, alle mansioni, all'inquadramento (si vedano Trib. Milano 29 gennaio 2009; Trib. Roma 4 marzo 2009; Trib. Padova 22 luglio 2008; Trib. Milano 3 giugno 2008; Trib. Milano 19 giugno 2008; Trib. Milano 30 ottobre 2007; Trib. Milano 3 ottobre 2007; Trib. Milano 26 settembre 2006). Verificata nei fatti tale corrispondenza, si è ritenuto altresì necessario che la causale del contratto commerciale sia «sufficientemente specifica e dettagliata». In particolare, la sentenza Trib. Milano 26 novembre 2008 ha ritenuto sufficientemente specifica una causale che faceva riferimento alla necessità della società utilizzatrice di coprire un fabbisogno di personale, ancorché non in maniera stabile, a fronte di una commessa ricevuta. Tale necessità, peraltro, era stata resa nota in un incontro con le RSU nel corso del quale, in cambio del consenso da loro manifestato, l'azienda utilizzatrice si impegnavo ad assumere i lavoratori interinali a tempo indeterminato qualora l'aumento si fosse stabilizzato.

Un profilo ricorrente nelle pronunce giurisprudenziali è quello relativo alla temporaneità o straordinarietà della causale adottata nel contratto di somministrazione.

A questo proposito, l'espresso riferimento, contenuto nell'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, alla possibilità che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che legittimano il ricorso da parte delle imprese utilizzatrici alla somministrazione a tempo determinato, siano riconducibili anche all'ordinaria attività dell'utilizzatore, sembra superare definitivamente l'opinione, già sostenuta nel vigore della abrogata l. n. 196/1997 in materia di lavoro temporaneo (in questo senso, G. CORDEDDA, *Le ragioni che legittimano il ricorso alla somministrazione di lavoro a termine: onere probatorio del soggetto utilizzatore e poteri di accertamento del giudice*, in *D&L*, 2007, 129, nota a Trib. Milano 9 dicembre 2006, 126), che limitava il ricorso alla fornitura di lavoro ai soli casi in cui vi fossero esigenze di carattere transitorio o eccezionale. In dottrina è stato rilevato come tale riferimento non conduca all'affermazione secondo cui le esigenze ordinarie siano solo quelle permanenti, poiché esso è pertinente all'aspetto qualitativo e non a quello quantitativo dell'attività su cui si fonda la ragione del contratto di lavoro somministrato a tempo determinato (R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, spec. 184). Sul punto, nella circ. Min. lav. 22 febbraio 2005, n. 7, si legge che «rispetto alla somministrazione a tempo determinato il termine della somministrazione non dipende dalla necessità di soddisfare

un'esigenza temporanea o straordinaria dell'utilizzatore [...] il termine costituisce la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive poste a fondamento della stipulazione del contratto di somministrazione».

La *ragionevolezza* della causale si ricollega a quanto stabilito dall'art. 27, comma 3, della medesima legge Biagi, secondo cui «ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore». Il riferimento normativo alla «valutazione delle ragioni» è stato richiamato da alcune pronunce di merito per dichiarare insufficienti le allegazioni in ordine a punte di intensa attività, ancorché quantitativamente definite, evidenziando altresì la necessità di enunciare i criteri di misurazione di tale dato, al fine di consentire al giudice la valutazione della congruenza del numero di lavoratori impiegati in relazione alle variazioni dimensionali dell'organizzazione produttiva dell'azienda utilizzatrice. Secondo Trib. Milano 12 ottobre 2006 (in *D&L*, 2007, 414) «nel caso di un contratto di somministrazione a tempo determinato, le ragioni giustificative di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, di cui all'art. 20, 4° comma, D.Lgs. 10/09/03, n. 276, devono essere debitamente provate a cura dell'utilizzatore, a pena del riconoscimento dell'esistenza *ab origine* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e l'utilizzatore, e della condanna al pagamento delle retribuzioni spettanti al dipendente a far data dalla *mora accipiendi* del datore di lavoro».

2. Così sinteticamente riassunti i profili problematici e i più consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia di causale della somministrazione di lavoro, risulta evidente la diversità dell'approccio interpretativo adottato dal Tribunale di Vicenza. Vediamone rapidamente i passaggi più significativi.

Dopo aver ripercorso la disciplina interna del contratto di lavoro a tempo determinato e del contratto di somministrazione, la sentenza analizza i due diversi contratti alla luce della normativa europea. Dal differenziale di *ratio* e di contenuto delle due direttive comunitarie – rispettivamente, la 1999/70 e la 2008/104 – il Tribunale trae la conclusione che, diversamente da quanto avviene per il lavoro a termine, la somministrazione temporanea di lavoro è vista – a livello comunitario – come uno strumento positivo in termini di valore sociale ed economico per la sua capacità, riconosciuta anche dalle parti sociali, «di aprire l'accesso al mondo del lavoro e consentire l'inserimento graduale di lavoratori provenienti dalle classi meno agiate e meno avvantaggiate anche in tempi di recessione economica, nonché a lavoratori come gli studenti che hanno la necessità di integrare i loro proventi economici con un'attività di lavoro flessibile. Il legislatore comunitario quindi si pone nell'ottica di valorizzare questo tipo di rapporto».

Oltre alla disciplina comunitaria, il Tribunale di Vicenza richiama il ruolo attribuito dalla legge nazionale alla contrattazione collettiva nel regolare l'istituto della somministrazione. In particolare, si sottolinea come l'art. 20, comma 4, legge Biagi, deleghi ai contratti collettivi nazionali stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi la determinazione di limiti quantitativi di utilizzazione di lavoratori somministrati, mentre l'art. 21, comma 2, stabilisce che, nell'indicare gli elementi del contratto di somministrazione previsti dal comma 1 dello stesso art. 21, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi. «In tal modo» – osserva in proposito il Tribunale – «il legislatore non ha inteso creare una clausola aperta (con l'effetto di un permanente rischio nel ricorso al contratto di somministrazione legato, appunto, alla formulazione della causale dello stesso), cioè dei casi e delle ragioni di carattere tecnico produttivo e organizzativo sostitutivo di cui al comma quattro dell'art. 20, ma ha inteso tutt'al contrario, dare certezza e sicurezza a questi rapporti giuridici e ciò ha fatto mediandoli attraverso la contrattazione collettiva proprio al fine di evitare sorprese basate su questioni semantiche e disponendo così in modo tale da evitare che le parti vi potessero incorrere; è per questo motivo che ha posto alle parti l'obbligo di adottare le indicazioni contenute nei contratti collettivi». «In questo senso» – prosegue il Tribunale – «la parte che impugna il contratto con riferimento alle condizioni di cui al comma uno dell'articolo 21 deve specificare in che modo l'utilizzatore della prestazione lavorativa nell'indicare gli elementi di cui al comma primo ha violato le indicazioni contenute nel contratto collettivo specificamente applicato al contratto di somministrazione».

3. Come già si è già accennato sopra, l'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, prevede la possibilità che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che legittimano il ricorso da parte delle imprese utilizzatrici alla somministrazione a tempo determinato, siano riferibili anche all'ordinaria attività dell'utilizzatore. A giudizio del Tribunale di Vicenza, pur in presenza di qualche elemento di confusione presente all'interno della legge, vi sono motivi sufficienti per ritenere superata la temporaneità delle esigenze aziendali quale requisito della somministrazione a tempo determinato. Infatti, il Tribunale osserva che, essendo il regime delle proroghe rimesso alla contrattazione collettiva, la temporaneità delle esigenze dell'impresa utilizzatrice potrà essere invocata come requisito di legittimità del contratto solo laddove sia espressamente prevista dal contratto collettivo. In tutti gli altri casi il dato testuale della legge, che consente la somministrazione anche con riferimento alla ordinaria attività dell'impresa, deve essere letto nel senso che le esigenze organizzative, produttive o tecniche possono essere riferite anche all'attività normale, non eccezionale e non straordinaria dell'utilizzatore.

Del resto – chiosa la sentenza – le dichiarazioni formulate in sede comunitaria dalle parti sociali, dal Parlamento e dal Consiglio d'Europa, proprio con riguardo alla disciplina del lavoro interinale, convergono nel ritenere la flessibilità protetta, tipica del contratto di somministrazione, alla stregua di un valore

positivo di per sé stesso, in quanto consente di migliorare la competitività delle imprese e nel contempo di facilitare al lavoratore l'accesso a posizioni lavorative altrimenti inaccessibili. In altri termini, il valore strutturalmente positivo attribuito dall'ordinamento alla somministrazione di lavoro non consente – a giudizio del Tribunale – una interpretazione restrittiva dell'istituto tale da limitarne l'utilizzo ai soli casi in cui vi siano esigenze straordinarie della impresa.

4. Sono queste le premesse in base alle quali il Tribunale di Vicenza giunge a una conclusione che riduce al minimo la portata del sindacato giudiziale sugli elementi del contratto di somministrazione. Secondo le parole del Tribunale, il giudice non può che limitarsi a un «controllo di coerenza estrinseca tra gli elementi contenuti nel contratto, ed in particolare: la ragione di natura tecnico organizzativa o produttiva o sostitutiva indicata dall'azienda, la mansione, o le mansioni, effettivamente svolte dal lavoratore in azienda, la mancanza di condizioni ostative *ex lege* (sopra indicate), il rispetto delle disposizioni integrative del precetto di legge contenute nel contratto collettivo quanto ai limiti qualitativi e quantitativi fissati per i diversi settori. In questo senso è conforme alla *ratio iuris* che il controllo giurisdizionale si sostanzia in un controllo formale di coerenza tra gli elementi del contratto indicati dal legislatore. E di conseguenza il controllo del giudice avrà luogo su domanda di parte, sui medesimi parametri per accertarne la sussistenza. Invece, se si va fuori da questi parametri oggettivi il lavoro somministrato viene a costituire un rischio imponderabile per gli utenti, legato alle capacità tecniche del revisore (non a caso alcuni tribunali ricorrono a delle c.t.u.); in tal modo finisce la “certezza del diritto” e si apre un varco di ampie dimensioni a espedienti che sono del tutto avulsi dai principi di buona fede precontrattuale e contrattuale, di correttezza, e di lealtà sostanziale e processuale che invece hanno guidato le parti sociali e ispirato, dapprima le direttive europee e quindi, gradatamente, quelle nazionali e i C.C.N.L.».

Tali considerazioni conclusive ridefiniscono il contenuto concreto della generica e tratizia massima giurisprudenziale secondo la quale lo scrutinio del giudice non può spingersi fino al merito della scelta imprenditoriale, la cui libertà è garantita dall'art. 41 Cost.

In realtà, la grande incertezza interpretativa, che si riscontra ogni qual volta una norma condiziona la legittimità dell'agire imprenditoriale alla presenza di una causa giustificatrice, dipende in larga misura dal fatto che il sindacato giudiziale non si limita alla verifica della effettiva ricorrenza, nella fattispecie concreta, del fatto allegato come giustificativo dell'atto datoriale, bensì a una sua valutazione di merito. E tale indagine non può che risolversi in un giudizio di valore.

Rimanendo ancorati a questa prospettiva, il già richiamato art. 27, comma 3, secondo cui «ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'or-

dinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore», finisce per rimanere un appello inutile prima ancora che pleonastico. Non v'è sentenza, infatti, in cui non si legga che le scelte imprenditoriali sono estranee alla verifica giudiziale. Ma, a puro titolo di esempio, è utile ricordare che tale generica affermazione di principio non ha impedito alla giurisprudenza di affermare per via interpretativa il c.d. onere di *repêchage* in caso di licenziamento individuale per ragioni di impresa.

Ecco, allora, che la parte più dirimente della pronuncia del Tribunale di Vicenza è quella in cui lo stesso giudice riconosce il limite della propria indagine nel «controllo formale di coerenza tra gli elementi del contratto indicati dal legislatore».

Un tale approccio ci ricorda che la verifica della coerenza formale degli elementi di fatto con la fattispecie astratta esprime uno dei passaggi essenziali della interpretazione giuridica, che si differenzia dal metodo argomentativo di altre scienze sociali proprio per essere vincolata al rispetto di uno schema logico-formale.

Perciò, se la norma giuridica prevede che la legittimità del contratto tipico di somministrazione di lavoro sia subordinata alla presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, le «esigenze connesse a una punta di più intensa attività», indicate nel contratto di cui si è occupato il Tribunale di Vicenza, non possono che essere valutate sulla base di un argomento logico binario: o ci sono o non ci sono. Se ci sono, il contratto è legittimo e il giudice non potrà far risalire l'oggetto della sua indagine – come invece sembra trasparire in altri precedenti sopra richiamati – fino alla qualità della causale indicata.

Nella prospettiva interpretativa offerta dal Tribunale di Vicenza la “ragionevolezza” della causale si riduce, quindi, alla sua idoneità a individuare e descrivere – quali che esse siano – le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

In conclusione, questa sentenza rilancia, al di là del caso specifico, il dibattito sui limiti del sindacato giudiziale nello scrutinio degli atti datoriali a giustificazione necessaria. Dibattito che potrebbe anche contribuire a contenere le fughe in avanti verso ulteriori interventi di flessibilizzazione della disciplina giuslavoristica, consentendo invece di utilizzare meglio la tanta flessibilità che già si trova nelle norme vigenti.

Maurizio Del Conte
Professore associato di Diritto del lavoro
Università commerciale Luigi Bocconi di Milano

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Certificazione (dei contratti di lavoro e appalto)

- *contratti di lavoro non standard e procedure di selezioni pubbliche (1.1. – 1.3.)*

Contrattazione collettiva

- *settore artigianato: disciplina in materia di apprendistato, bilateralità e contratti flessibili (2.1.)*

Distacco

- *distacco transnazionale per prestazioni qualificate di lavoro*

subordinato e contratto di appalto per prestazioni di opere o servizi (3.1.)

Lavoro pubblico

- *permessi degli amministratori locali dopo il d.l. n.138/2011 (4.1.)*

Previdenza

- *cumulo dei periodi assicurativi (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, Confindustria – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Certificazione (dei contratti di lavoro e appalto)

1.1. Legge 4 novembre 2010, n. 183 (articolo 30) (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 39).

1.2. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 (articolo 61 e ss.) (in  indice A-Z, voce *Riforma Biagi*).

1.3. Sentenza del Consiglio di Stato 25 novembre 2010, n. 8229 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 43).

(1.1. – 1.3.) La certificazione dei contratti di lavoro non standard quale strumento di regolazione della concorrenza nelle procedure di selezione pubbliche

Sommario: **1.** Una ipotesi di studio: l'utilizzo della certificazione dei contratti in ottica di regolazione della concorrenza. – **1.1.** Brevi note sull'istituto della certificazione dei contratti. – **1.2.** L'ipotesi di studio. – **2.** Lo spunto di riflessione: la sentenza del Consiglio di Stato 25 novembre 2010, n. 8229. – **3.** I contratti "non standard" non certificati ed il rischio di *dumping* sociale. – **4.** I possibili appigli, anche normativi, per l'utilizzo dell'istituto della certificazione.

1. Il presente contributo mira ad esplorare le potenzialità, tuttora inesprese, dell'istituto della certificazione dei contratti, in ottica di regolazione della concorrenza, specie con riferimento alle procedure di selezione pubbliche.

Naturalmente, non ci si può esimere, in via preliminare, da un sunto circa il perimetro normativo dettato in tema di certificazione dei contratti.

1.1. Con l'istituto della certificazione dei contratti, disciplinato dagli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003, il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento uno strumento con la precipua finalità di ridurre il contenzioso, in un primo momento, in tema di qualificazione dei contratti di lavoro, finalità, questa, perseguita attraverso lo svolgimento, da parte delle commissioni abilitate, di un controllo sulla corretta scelta e conseguente applicazione di una determinata tipologia contrattuale, a seguito di apposita attivazione volontaria da parte dei soggetti interessati (per una ricognizione sul dibattito dottrinale circa l'introduzione, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, della certificazione e per un approfondimento del concetto di derogabilità assistita, nonché per una panoramica generale sull'istituto, anche in seguito all'entrata in vigore della l. n. 183/2010, c.d. "collegato lavoro", si rimanda a F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *La certificazione dopo il collegato lavoro (l. 183/2010)*. *Manuale di teoria e pratica*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2011. Con specifico riferimento al tema della deflazione del contenzioso perseguito espressamente dal legislatore delegato per il tramite dell'art. 75, d.lgs. n. 276/2003, si veda G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in G.

PELLACANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, Speciali GLav, 2005, n. 9, 8. Secondo M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in RIDL, 2007, n. 3, 307, e V. LIPPOLIS, *I contratti di lavoro certificabili*, in LG, 2006, n. 2, 121, la certificazione avrebbe una ricaduta positiva in termini di riduzione della incertezza del diritto. Alcuni A. rilevano come l'istituto della certificazione e, in particolare, il ruolo delle commissioni non sostituiscano la funzione giurisdizionale ma vadano, piuttosto, ad affiancarsi ad essa. In questo senso cfr. G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 605, e M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in LD, 2003, n. 1, 101. Taluni A. valutano positivamente la finalità di riduzione del contenzioso; in questo senso, E. RAVERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 25. Ancora, altri A. rilevano che, per il tramite del lavoro svolto dalle commissioni di certificazione, verrebbero eliminate le asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti di lavoro. In questo senso, tra gli altri, V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in LG, 2005, n. 4, 312, e P. RAUSEI, *La certificazione dei contratti presso le Dpl*, in DPL, 2005, n. 12, 649. Alcuni A. temono, invece, che l'introduzione di un giudizio "preventivo" sulla qualificazione del contratto possa indurre i giudici meno responsabili ad appiattirsi sulle conclusioni della commissione di certificazione, senza effettuare ulteriori approfondimenti. In questi termini, tra gli altri, cfr. V. ANGIOLINI, L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in RIDL, 2004, n. 2, 235; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in MGL, 2004, n. 7, 485).

Tale finalità è rimasta nella sostanza immutata, seppure l'impianto della certificazione abbia risentito di due fondamentali interventi correttivi.

Infatti, mentre la formulazione originaria dell'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 prevedeva essenzialmente la possibilità di ricorso alla certificazione, relativamente a specifiche tipologie contrattuali "non standard", oggetto di apposita disciplina all'interno del decreto stesso (e specificamente contratto intermittente, ripartito, a termine, a progetto, di associazione in partecipazione con apporto lavorativo), oltre all'appalto, con il d.lgs. n. 251/2004 sono aumentate le possibilità di ricorso alla certificazione, sempre in ottica di qualificazione dei contratti, attraverso la eliminazione della originaria elencazione con cui si era inizialmente ristretto il campo di possibile attivazione della procedura. Con il successivo e recente intervento operato per mezzo della l. n. 183/2010 (in particolare, l'art. 30 della l. n. 183/2010 riformula totalmente l'art. 75 del

d.lgs. n. 276/2003; per una panoramica completa sull'istituto e sul ruolo attribuito alle commissioni di certificazione, anche in ottica di certificazione di rinunce e transazioni, dell'atto di deposito del regolamento interno di cooperative e dell'esercizio dell'arbitrato, si legga F. PASQUINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*), il legislatore, invece, ha eliminato il collegamento sussistente tra certificazione dei contratti e loro qualificazione, limitandosi a statuire che «al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro».

Ne consegue che, da un lato, il ruolo delle commissioni di certificazione non risulta più limitato alla semplice validazione in merito alla qualificazione della tipologia contrattuale adottata, potendo invece intervenire su tutti i profili potenzialmente forieri di conflittualità (a mero titolo esemplificativo, la commissione di certificazione potrebbe validare clausole in tema di patto di non concorrenza od orario di lavoro, nonché indagare in ordine alla legittimità dell'esercizio del potere datoriale in tema di *ius variandi* o trasferimento del lavoratore); dall'altro, che l'istituto risulta fruibile non solamente per i contratti di lavoro o per le ipotesi espressamente previste dalla legge (fondamentalmente appalti e regolamenti interni di cooperativa), ma anche relativamente a contratti o accordi sostanzialmente commerciali come il contratto di somministrazione di lavoro e l'accordo di distacco di lavoratori previsto nell'ambito di un rapporto commerciale. Ad onor del vero, già durante la vigenza della formulazione originaria dell'art. 75, d.lgs. n. 276/2003, taluni A. ritenevano plausibile la certificabilità del contratto di somministrazione. In questo senso, si veda, a titolo esemplificativo, la posizione espressa da P. RAUSEI, *La certificazione nel lavoro esternalizzato*, in C. ENRICO, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 55. Peraltro, sul punto, prima ancora della "apertura" operata dal collegato lavoro, era anche intervenuto il Ministero del lavoro, attraverso l'interpello 22 dicembre 2009, n. 81, nel quale aveva preso posizione sulla questione ritenendo possibile, in via interpretativa ed allo scopo di deflazionare il contenzioso, la certificabilità della somministrazione in considerazione del fatto che «la somministrazione di lavoro si realizza, di fatto, attraverso un evidente "collegamento negoziale" tra i due contratti (contratto di lavoro e contratto commerciale fra agenzia ed utilizzatore) singolarmente considerati» e che trattasi «di una unica fattispecie relativa a un contratto di lavoro a formazione progressiva e struttura complessa». Tale intervento, però, non pare avere, di fatto, "convinto" gli operatori economici ad attivare procedure certificatorie in tal senso.

1.2. Nonostante le rilevanti modifiche apportate dal collegato lavoro, l'istituto della certificazione rimane tendenzialmente ancorato alla originaria finalità, esplicitata all'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003, di riduzione del contenzioso. Come anticipato, però, le potenzialità dell'istituto potrebbero essere percepite ove se ne valutasse l'impatto in un ambito travalicante gli argini attuali.

Si pensi, quindi, a tutte quelle ipotesi in cui vengono utilizzati contratti di lavoro “non standard”, ed in particolare le collaborazioni coordinate e continuative a progetto, per il reperimento di un numero rilevante di risorse umane. In tali casi, si potrebbe ipotizzare un utilizzo della certificazione non tanto e non solo in ottica di validazione del documento contrattuale, ma anche allo scopo di evitare che, attraverso l'utilizzo indebito di tali forme contrattuali flessibili, si determinino alterazioni nel mercato e nella concorrenza.

In definitiva, si intende sostenere l'opportunità di sottoporre a controllo preventivo e/o in corso di rapporto tutti i contratti di lavoro “non standard”, anche in ottica di regolazione delle modalità con cui gli operatori economici reciprocamente si atteggiano.

Peraltro, già oggi diversi appalti privati prevedono l'obbligo a carico dell'appaltatore di utilizzare risorse umane con contratto di lavoro subordinato oppure, se a progetto, con onere di previa validazione in sede di certificazione. Verosimilmente, tale esigenza nasce non solo dalla necessità di evitare forme di pubblicità negativa sull'appaltante, conseguenti all'utilizzo irregolare di contratti di lavoro “non standard”, ma anche dalla preoccupazione relativa alla possibile applicazione delle forme di solidarietà previste dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 in tema di trattamenti retributivi e contributi previdenziali dovuti.

Manca, però, come detto, una esplicitazione in tal senso in ambito normativo.

2. Le riflessioni qui formulate nascono e prendono spunto dalla sentenza del Consiglio di Stato del 25 novembre 2010, n. 8229 (in epigrafe), che ha inteso ribadire la formale distinzione tra lavoro a progetto e lavoro subordinato, con la conseguenza che al primo non risultano applicabili le norme di legge o comunque i trattamenti previsti da contratti collettivi riferibili al secondo.

Il caso è noto: il Comune di Luino aveva escluso una società dalla gara relativa al servizio di accertamento e riscossione dell'imposta sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, in considerazione del fatto che l'offerta economica superava di un quinto la media dei ribassi proposti dalle altre imprese partecipanti alla gara. A seguito della “giustificazione” presentata dalla società, la quale rilevava l'utilizzo di due unità lavorative assunte con contratto a progetto, il Comune procedeva all'esclusione della stessa a seguito di un giudizio di incongruità del corrispettivo previsto per i suddetti lavoratori, nell'assunto che le retribuzioni dovute non potessero essere inferiori ai minimi salariali previsti nel contratto collettivo nazionale del lavoro del settore commercio, applicato dalla società stessa ai lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato. In particolare, il Comune aveva escluso la società dalla gara, tenuto conto della interpretazione letterale del combinato disposto dell'art. 8 del d.m. n. 289/2000 e dell'art. 17 del capitolato speciale d'onere, il quale prevedeva l'obbligo del gestore, nei confronti dei propri lavoratori dipendenti e dei prestatori di manodopera, al rispetto ed alla applicazione delle condizioni normative, retributive, assicurative e previdenziali previste dai contratti collettivi nazionali del settore di riferimento (disciplina determinata al fine di

evitare che, indipendentemente dal tipo di contratto che lega il concessionario all'imprenditore, il personale utilizzato possa vedersi attribuire un trattamento retributivo deteriore rispetto a quello minimo previsto per i lavoratori subordinati della stessa impresa concessionaria).

In sostanza, la commissione di gara, rilevato come l'art. 61, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 non pregiudicasse l'applicazione di un accordo collettivo più favorevole per il collaboratore, riteneva che fosse cogente per il gestore l'applicazione dei trattamenti minimi previsti dalla contrattazione collettiva per gli addetti della società, anche con riferimento ai prestatori con contratto a progetto, conseguentemente ritenendo l'offerta incongrua.

Tanto il TAR Lombardia, Milano, con la sentenza n. 1356/2009, quanto il Consiglio di Stato ritenevano illegittima l'esclusione operata dal Comune di Luino. In particolare, il Consiglio di Stato fissava i principi che seguono.

Anzitutto, ai lavoratori a progetto, in quanto autonomi, non sono applicabili, né direttamente né indirettamente, i contratti collettivi che disciplinano il lavoro subordinato, né è loro applicabile il principio costituzionale di retribuzione sufficiente, che riguarda esclusivamente il lavoro subordinato, sicché il lavoro a progetto risulta disciplinato unicamente dalle norme dettate dal codice civile in materia di lavoro autonomo e dalle norme speciali di cui al d.lgs. n. 276/2003 (con la conseguenza che, correttamente, il TAR rilevava l'erroneità del ricorso ai minimi tabellari previsti dalla contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati al fine di verificare la congruità dei costi previsti per la retribuzione dei lavoratori a progetto).

Inoltre, l'art. 61, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 si riferisce ad eventuali specifici accordi collettivi riguardanti in via esclusiva la categoria dei lavoratori a progetto e, pertanto, l'art. 17 del capitolato, laddove impone alla aggiudicataria di applicare le condizioni previste dai contratti collettivi di lavoro del settore anche ai propri prestatori di manodopera, deve essere inteso come richiamo al rispetto di obblighi di legge o derivanti da accordi collettivi già applicabili ad essi.

Ancora, il Consiglio di Stato riteneva non violato il disposto di cui all'art. 8 del d.m. n. 289/2000, che impone il rispetto delle norme in materia di lavoro e previdenza, posto che questo sarebbe accaduto unicamente nel caso in cui fosse stato accertato che la retribuzione corrisposta ai lavoratori a progetto non risultasse proporzionata alla quantità e qualità del lavoro eseguito dai propri collaboratori, tenuto conto dei compensi previsti per il lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto.

Proseguendo, il massimo organo amministrativo affermava come l'art. 1, tenuto conto del combinato disposto dai commi 1 e 2, della l. n. 327/2000 (la quale prevede, in mancanza di contratto collettivo applicabile, che il costo del lavoro sia determinato in relazione al contratto collettivo di settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione), non potesse essere interpretato nel senso indicato dal Comune di Luino (secondo il quale ogni qual volta si sia in presenza di posizioni lavorative cui non siano applicabili i contratti

collettivi debba essere determinato il costo del lavoro in relazione al contratto collettivo del settore più vicino), posto che la norma deve essere riferita a lavoratori cui siano comunque applicabili i contratti collettivi di lavoro, e non ai lavoratori a progetto (salvo le sporadiche ipotesi di stipula di contratti collettivi che li riguardino, *ex art.* 61 del d.lgs. n. 276/2003). Questi ultimi sono, infatti, assimilabili ai lavoratori autonomi, cui detti accordi non sono di norma applicabili.

Infine, il Consiglio di Stato ha rilevato come, per consolidata giurisprudenza (anche del medesimo organo – in questo senso anche C. Stato, sez. V, 3 aprile 2006, n. 1743), l'appalto di servizi pubblici possa essere espletato tramite personale assunto a progetto, tenuto conto che risulta comunque possibile verificare il costo del personale in sede di verifica economica della congruità dell'offerta e considerato che l'art. 63 del d.lgs. n. 267/2003 stabilisce una serie di parametri predeterminati che ne consentono dunque una valutazione.

3. La decisione del Consiglio di Stato appare ineccepibile da un punto di vista strettamente giuridico, in considerazione del fatto che identifica con chiarezza i vari aspetti formali che non consentono di applicare ai collaboratori a progetto norme o accordi collettivi ricollegabili ai lavoratori subordinati.

Se è dunque vero che la libertà di iniziativa economica deve essere garantita, al pari di quella relativa al modello organizzativo utilizzabile da parte di una impresa, tenuto conto che, come affermato dalla giurisprudenza consolidata di legittimità, qualsiasi attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che di rapporto di lavoro autonomo, a seconda delle modalità del suo svolgimento (si veda, tra le altre, Cass. 11 febbraio 2004, n. 2622), è pur vero che la sentenza del Consiglio di Stato afferma quei principi generalmente condivisi non entrando però nel merito della questione relativa alle possibili conseguenze circa l'utilizzo da parte di taluni operatori economici dei contratti a progetto.

In altri termini, il Consiglio di Stato afferma che non solo è legittima la partecipazione ad un bando da parte di una impresa che utilizza anche lavoratori a progetto, ma che in quel caso il ribasso non può essere giudicato incongruo facendo riferimento ai parametri minimi economici riferibili ai lavoratori subordinati.

A questo punto, però, le criticità che emergono sono di due tipi.

Anzitutto, restando al tema trattato dal Consiglio di Stato, non appare affatto semplice la valutazione in ordine alla congruità del corrispettivo erogato ai lavoratori a progetto. Infatti, tenuto conto della scarsa sindacalizzazione di questi ultimi e del conseguente "sparuto" numero di accordi economici collettivi loro applicabili, appare per certo difficoltoso – anche per una commissione di gara – riuscire a reperire o determinare un parametro economico minimo o comunque di riferimento, al fine di decidere in ordine alla congruità o meno dell'offerta presentata.

Inoltre, occorre considerare come la vicenda abbia permesso di fare emergere concretamente le problematiche connesse all'utilizzo di tipologie contrattuali

diverse da parte di soggetti partecipanti alla medesima gara d'appalto pubblica ed alla possibile "concorrenza sleale" posta in essere attraverso forme di *dumping* sociale. Problematiche certamente meritevoli di attenzione ed alle quali l'ente pubblico ha ritenuto di dover fornire risposta attraverso la predefinita determinazione di una sorta di costo del lavoro minimo inderogabile, tenuto conto del contratto collettivo applicabile. Infatti, se è certamente legittima la partecipazione ad una gara d'appalto per attività svolte poi attraverso lavoratori a progetto, come è possibile essere ragionevolmente certi che tale tipologia contrattuale non venga fittiziamente utilizzata al mero scopo di abbassare il costo del lavoro ed al semplice fine dell'aggiudicazione della gara?

Partendo dal caso di specie, ove l'utilizzo dei lavoratori a progetto appare limitato (trattandosi unicamente di due unità) e le criticità non paiono di particolare rilievo, il ragionamento potrebbe venire esteso a tutte le ipotesi nelle quali è previsto un utilizzo "massiccio" o comunque prevalente di lavoratori a progetto. Si pensi, ad esempio, al caso, relativo all'esternalizzazione, tramite bando, di servizi telefonici in modalità *outbound* (come potrebbero essere quelli relativi alle procedure preventive stragiudiziali di recupero dei crediti e delle sanzioni amministrative o di informazione e promozione di eventi). Tali servizi, evidentemente, potrebbero essere posti in essere da un numero rilevante di collaboratori, con svolgimento della prestazione all'interno di locali e con strumenti riferibili a parte committente; ipotesi, queste, è bene ricordarlo, ritenute astrattamente legittime da parte del Ministero del lavoro, tenuto conto delle osservazioni contenute nella ben nota circ. n. 17/2006.

In tali casi, l'aggiudicazione della gara potrebbe essere ottenuta anche esclusivamente facendo leva sullo scarto economico sussistente tra l'offerta della impresa che preveda lo svolgimento delle prestazioni da parte di collaboratori a progetto e l'offerta dell'impresa che impieghi unicamente lavoratori subordinati, posto che solamente per questi ultimi risultano agevolmente definibili i minimi del costo del lavoro. Tra l'altro, è bene ricordare come l'art. 63 del d.lgs. n. 276/2003 preveda, tra i parametri di congruità del corrispettivo del collaboratore, i «compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro nel luogo di esecuzione del rapporto», di fatto aprendo ad una differenziazione delle erogazioni economiche a livello territoriale, con possibilità di ulteriore vantaggio economico nel caso di ubicazione delle società in alcune aree, quali ad esempio quelle del Mezzogiorno. Infine, gli operatori economici che utilizzano tale tipologia contrattuale "non standard" potrebbero altresì tenere conto, ai fini della determinazione dell'offerta, della "forbice" contributiva tuttora sussistente – sebbene in misura meno ampia rispetto ad un tempo – tra le due forme contrattuali. Ove non si predisponesse un idoneo "argine", si potrebbe allora correre il rischio di vedere alimentato o, comunque, stimolato il ricorso all'utilizzo di contratti a progetto.

Naturalmente, è bene chiarirlo, con ciò non si intende criticare a priori l'utilizzo di tale tipologia contrattuale; piuttosto se ne intende biasimare l'abuso laddove il contratto a progetto divenisse mero strumento per acquisire

commesse, private o pubbliche. E ciò si verificherebbe in tutti i casi in cui alla decisione di utilizzare il contratto a progetto, al fine di reperire “forza lavoro”, non conseguisse una effettiva rimodulazione del modello organizzativo del lavoro, il quale dovrebbe invece essere predisposto o aggiornato in maniera tale da garantire le esigenze di *business*, al contempo avendo cura di preservare la genuinità dei contratti instaurati attraverso, per quanto riguarda i collaboratori a progetto, la salvaguardia dell'autodeterminazione in ordine ai tempi ed alle modalità di lavoro, tenuto conto dell'obiettivo finale da realizzare.

Ci si potrebbe allora interrogare sulle conseguenze derivanti dalla aggiudicazione di un bando pubblico ad un operatore economico, grazie ad un ribasso dell'offerta reso possibile dall'utilizzo di una pluralità di contratti a progetto poi ritenuti in realtà subordinati. Per quanto questo aspetto possa risultare lampante dalla semplice lettura del documento contrattuale, pare difficile sostenere che la commissione di gara tenuta a giudicare sulle offerte presentate possieda gli strumenti, giuridici e tecnici, per poter escludere un'offerta sull'assunto dell'illegittimità dell'uso del contratto a progetto.

Peraltro, anche a voler ammettere l'avvenuta redazione da parte dell'operatore economico che abbia partecipato alla gara di un contratto a progetto formalmente rispondente ai dettami di legge, le problematiche di cui sopra si acuirebbero nel momento in cui si rammenti come sovente siano poi le dinamiche concrete del rapporto a determinare una rilevante divaricazione dello svolgimento del contratto, rispetto a quanto formalizzato e nel senso della subordinazione.

4. Ecco allora che, riprendendo quanto ipotizzato principiando le presenti riflessioni, e pertanto tenuto conto dell'estensione delle competenze delle commissioni di certificazione dei contratti, ci si chiede se non possa essere lungimirante prevedere, quale onere a carico degli operatori economici che intendano utilizzare contratti di lavoro “non standard”, di sottoporre all'esame dei suddetti organismi il contratto, in modo da ottenere, quantomeno, il vaglio preliminare circa la legittimità formale dei contratti a progetto che si intendono utilizzare.

Un passo ulteriore potrebbe poi essere quello di richiedere a tali operatori di sottoporre all'ente certificatore, con periodicità definita e per tutta la durata dell'aggiudicazione, la verifica in merito allo svolgimento concreto del rapporto. Tale soluzione, sebbene non sia scevra di difficoltà e si presti certamente a critiche in ordine al rilevante ruolo che verrebbe per tale via attribuito alle commissioni di certificazione (le quali, naturalmente, dovrebbero prestare la massima attenzione, tenuto conto che la propria attività e le proprie valutazioni finirebbero per avere conseguenze anche in sede di aggiudicazione degli appalti pubblici), consentirebbe comunque di operare un controllo stringente su tali situazioni, al tempo stesso sensibilizzando e responsabilizzando gli operatori economici quanto alla corretta applicazione delle tipologie contrattuali adottate. Va da sé, evidentemente, che la buona riuscita della validazione preventiva e/o in corso di rapporto dei contratti a progetto è in gran parte ri-

collegata alla professionalità, serietà ed autorevolezza delle commissioni eventualmente adite.

Così argomentando, ci si accorge che non mancano esempi in tema di riconoscimento di vantaggi di vario tipo o natura (dalla riduzione delle garanzie richieste, alla attribuzione di un punteggio positivo rilevante ai fini della valutazione finale dell'offerta) ai soggetti che allegano alla propria domanda attestati di conformità a standard nati e sviluppati in ambito prettamente privatistico (si pensi alle certificazioni di qualità ISO, alla SA8000 – standard internazionale che elenca i requisiti per un comportamento eticamente corretto delle imprese e della filiera di produzione verso i lavoratori –, alla OHSAS18001, presa a riferimento dall'art. 30, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, in tema di modelli di organizzazione e gestione, il quale statuisce una presunzione di conformità dei modelli di organizzazione aziendali definiti conformemente ad esso, per le parti corrispondenti).

Tale ragionamento trova in realtà anche un appiglio normativo, ad avviso di chi scrive, nell'art. 27 del d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede l'introduzione di un sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi in tema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, facendo espresso riferimento alla applicazione di determinati standard contrattuali ed organizzativi nell'impiego della manodopera, anche in relazione alle tipologie di lavoro flessibile, certificate ai sensi degli artt. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003, con la conseguenza che «il possesso dei requisiti per ottenere la qualificazione [...] costituisce elemento preferenziale per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti, e contributi a carico della finanza pubblica, sempre se correlati ai medesimi appalti o subappalti». Pertanto, già tale articolo potrebbe essere letto nel senso di un ulteriore rafforzamento dello strumento della certificazione del documento contrattuale, posto che questo dovrebbe diventare elemento di valutazione da parte dei soggetti pubblici.

In definitiva, per tale via, non solo si assisterebbe ad un controllo esterno sui contratti a progetto che sono spesso (e non sempre a torto) sotto la lente di ingrandimento in quanto simulanti rapporti di lavoro subordinato, ma si presenterebbe l'ulteriore opportunità di rafforzare l'effettività della libera concorrenza tra le imprese nel mercato, specie allorquando si tratti di aggiudicazioni di bandi pubblici, evitando che gli operatori economici traggano un ingiusto vantaggio dall'utilizzo irregolare delle forme contrattuali "non standard".

Gabriele Bubola

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

2. Contrattazione collettiva

2.1. Accordo di rinnovo del Ccnl artigiano area meccanica 16 giugno 2011 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 24).

Ccnl artigiano area meccanica del 16 giugno 2011: contenuti e novità dell'accordo di rinnovo

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** La vertenza del rinnovo del Ccnl area meccanica nell'ambito del nuovo sistema contrattuale dell'artigianato. – **3.** I contenuti dell'accordo di rinnovo. – **3.1.** L'accorpamento contrattuale. – **3.2.** La regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante e delle tipologie contrattuali flessibili. – **3.3.** Il welfare contrattuale e la c.d. "contrattualizzazione" delle prestazioni della bilateralità.

1. Lo scorso 16 giugno 2011 è stata sottoscritta tra le associazioni di categoria aderenti a Confartigianato imprese, Cna, Casartigiani, Clai e le organizzazioni sindacali dei lavoratori Fiom-Cgil, Fim-Cisl, Uilm-Uil l'ipotesi di accordo per il rinnovo del Ccnl area meccanica, installazione di impianti, orafi, argentieri ed affini, odontotecnici.

L'accordo sancisce l'accorpamento in un unico contratto collettivo del Ccnl metalmeccanica ed installazione di impianti, del Ccnl orafi, argentieri ed affini e del Ccnl odontotecnici, scaduti il 31 dicembre 2009.

Per quanto concerne la parte retributiva le parti hanno concordato un incremento salariale a regime pari a 86 euro per la quinta categoria (operaio qualificato) del settore metalmeccanica ed installazione di impianti.

Ad integrale copertura del periodo di carenza contrattuale (1° gennaio 2010-30 giugno 2011) è stata prevista l'erogazione di un importo *una tantum* pari a 247 euro.

Una delle principali novità per il settore è la regolamentazione, per la prima volta dopo la riforma dei contratti a contenuto formativo recata dal d.lgs. n. 276/2003, dell'apprendistato professionalizzante, che durante la precedente tornata contrattuale non fu possibile disciplinare per le ragioni che vedremo in seguito.

Sul piano delle relazioni sindacali l'intesa segna un ulteriore importante passo nella direzione della ricomposizione dell'unità tra Cgil, Cisl e Uil, perduta sulla strada della riforma del sistema contrattuale avviata a partire dal 2008.

2. Chiusa dopo un anno e mezzo dalla presentazione delle piattaforme rivendicative (la piattaforma unitaria inviata il 7 gennaio 2010 da Fim e Uilm, costituita da un documento unico per i tre contratti da rinnovare e accorpare, faceva espresso riferimento alle nuove regole del sistema contrattuale, tra cui quella che stabilisce che gli aumenti salariali devono essere determinati sulla base dell'indice IPCA, e conteneva la richiesta di far decorrere il contratto dal

1° gennaio 2010 fino al 31 dicembre 2012, attribuendogli dunque una durata triennale. La piattaforma separata della Fiom, invece, datata 16 dicembre 2009, constava di tre documenti distinti per ciascuno dei tre contratti collettivi da rinnovare e conteneva la richiesta di dare al contratto una vigenza quadriennale: 1° gennaio 2009-31 dicembre 2012 sulla base delle previsioni del protocollo Giugni del 1993. La mancata sintesi delle diverse istanze rivendicative annunciava, pertanto, un sostanziale rinvio della soluzione dei problemi al tavolo negoziale), la vertenza si è presentata complessa e difficile in quanto ha risentito di due fattori in particolare: l'incrinatura dell'unità sindacale in generale, causata dal disaccordo sulle nuove regole del modello contrattuale, ed il clima di scontro nel comparto dell'industria metalmeccanica dove il confronto si è spostato anche sul piano giudiziario (a seguito della mancata sottoscrizione da parte della Fiom-Cgil dell'accordo di rinnovo del Ccnl industria metalmeccanica ed installazione di impianti del 15 ottobre 2009; quest'ultimo sindacato ha avviato una serie di azioni giudiziarie nei confronti di alcune aziende metalmeccaniche per aver negato l'applicazione a tutti i dipendenti del Ccnl 20 gennaio 2008, sottoscritto unitariamente, prestando adesione ad un altro testo contrattuale. Per una ricostruzione della vicenda si veda F. LISO, *Un primo commento ai decreti ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori sull'applicazione del CCNL separato dei metalmeccanici del 2009*, in *RIDL*, 2011, n. 2, 700 ss.).

L'attuale modello contrattuale artigiano è il frutto di una lunga stagione sindacale che si è aperta con l'accordo interconfederale del 17 marzo 2004 e l'intesa applicativa di questo del 14 febbraio 2006 (accordi entrambi sottoscritti da Confartigianato imprese, Cna, Casartigiani, Claii, Cgil, Cisl e Uil), in cui le parti per la prima volta avviavano la discussione sulla revisione delle regole stabilite dal protocollo del 23 luglio 1993, e si è conclusa con la sottoscrizione degli accordi interconfederali rispettivamente del 21 novembre 2008, 23 luglio 2009 e 28 settembre 2009.

Un passaggio intermedio si è avuto il 22 gennaio 2009 con la firma dell'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali da parte del governo e delle parti sociali. In questo accordo di riforma e tendenziale uniformizzazione dell'intero sistema di contrattazione collettiva, sia del settore pubblico sia di quello privato, il modello di relazioni sindacali artigiano trova piena conferma conservando le proprie specificità settoriali, come previsto espressamente da alcune clausole dello stesso.

Non ha preso parte alla sottoscrizione degli accordi interconfederali del 2008-2009, né dell'accordo tripartito in sede governativa, la Cgil che, pur condividendo nell'insieme le nuove norme su sistema contrattuale e bilateralità nell'artigianato, ha preferito tenersi al di fuori dell'intera riforma in aperto contrasto con alcune scelte delle parti sociali firmatarie. Su tutte quella, formalizzata con l'accordo quadro del gennaio 2009, di determinare gli incrementi salariali sulla base dell'indice IPCA.

Va però evidenziato che il sistema di contrattazione stabilito dall'accordo del 21 novembre 2008 riproduce in larghissima parte quello previsto nei richiamati accordi interconfederali del 17 marzo 2004 e del 14 febbraio 2006 sottoscritti anche dalla Cgil e che, con riferimento al nuovo sistema di bilateralità nell'artigianato, tale sistema è stato successivamente condiviso anche dalla Cgil con la sottoscrizione dell'atto di indirizzo sulla bilateralità in data 30 giugno 2010.

Secondo quanto previsto dalle intese del 21 novembre 2008 e 23 luglio 2009, il sistema contrattuale artigiano è articolato su due livelli di contrattazione: il Ccnl e il contratto collettivo regionale di lavoro (CCRL), entrambi di durata triennale sia per la parte normativa sia per la parte economica. Va rilevato che l'artigianato aveva, in precedenza, un'unica durata quadriennale dei propri contratti collettivi, non essendo mai stata introdotta la formula del biennio economico e del quadriennio normativo presente negli altri comparti.

Il rapporto tra i due livelli di contrattazione è governato da due principi cardine. Il primo è la "pari cogenza" per cui il contratto collettivo di secondo livello ha la stessa valenza del Ccnl potendo disciplinare tutte le materie senza che sia necessario uno specifico rinvio da parte di quest'ultimo, con la sola eccezione di quelle espressamente riservate al primo livello di contrattazione dall'accordo interconfederale 21 novembre 2008 (non vige nel sistema artigiano la c.d. "clausola di non ripetibilità", presente negli altri comparti produttivi e prevista dall'accordo quadro del 22 gennaio 2009, secondo cui il contratto collettivo integrativo – territoriale e/o aziendale – costituisce un vero e proprio regolamento applicativo del contratto collettivo nazionale, potendo il primo disciplinare solo le materie delegate dal secondo tramite espresso rinvio). Il secondo principio è la "inscindibilità", da intendersi come l'obbligo per l'impresa che applica il Ccnl di applicare anche il CCRL laddove esistente (a ben vedere i due principi erano già presenti negli accordi interconfederali firmati unitariamente nel 2004 e nel 2006). Le ragioni dell'introduzione di questo principio, finora vigente solamente con riferimento all'insieme degli istituti contrattuali di un medesimo contratto collettivo, vanno ricercate nella volontà delle parti di dotarsi di uno strumento utile a contrastare forme di *dumping* contrattuale.

Le materie affidate "a titolo esclusivo" al primo livello di contrattazione sono: le regole su tempi e modalità delle trattative, i diritti sindacali, l'inquadramento, il salario nazionale, le altre materie che la legislazione rinvia espressamente al livello nazionale.

La contrattazione regionale, invece, può intervenire su tutte le restanti materie. Dunque, non è il primo livello di contrattazione ad individuare l'ambito di operatività della contrattazione regionale (in tale contesto il secondo livello di contrattazione non è più da considerarsi "integrativo" rispetto al primo livello), in quanto quest'ultimo è definito dalle regole sancite a livello interconfederale nazionale.

Gli accordi interconfederali dell'artigianato contengono, inoltre, importanti impegni per quanto riguarda la riduzione del numero dei contratti collettivi, a partire dalla tornata contrattuale 2010-2012, da 16 Ccnl di categoria a 9 Ccnl d'area (sulla scorta di quanto stabilito dall'accordo interconfederale per la semplificazione dei Ccnl nell'artigianato e sui settori scoperti del 28 settembre 2009, i Ccnl d'area sono i seguenti: meccanica, tessile-moda, chimica, alimentazione-panificazione, legno-lapidei, comunicazione, servizi, costruzioni e autotrasporto), in vista della definizione futura di tre aree contrattuali: trasporti, costruzioni e artigianato in generale.

Lo scenario in cui si è aperta la vertenza per il rinnovo del Ccnl area meccanica è stato, dunque, quello di una iniziale non condivisione delle nuove regole sul sistema contrattuale e della bilateralità da parte della Cgil, a cui si è aggiunta anche la mancata firma da parte della Fiom degli "accordi ponte" del 15 dicembre 2009 sottoscritti da Fim e Uilm, con i quali si gestiva la copertura economica dell'anno 2009 che, per forza di cose, diveniva un anno transitorio in vista della nuova vigenza contrattuale 2010-2012. In particolare, gli accordi economici del 15 dicembre 2009 stabilivano per il Ccnl metalmeccanica ed installazione di impianti, per il Ccnl orafi, argentieri ed affini e per il Ccnl odontotecnici degli incrementi salariali a partire dal 1° gennaio 2010; la copertura contrattuale dell'intero 2009, invece, era stata garantita, per tutti i settori dell'artigianato, dall'erogazione di un importo *una tantum* secondo quanto previsto dall'accordo interconfederale del 23 luglio 2009. Tuttavia la Fiom-Cgil, non avendoli sottoscritti, non ne riconosceva la validità.

3. Le tre aree di intervento dell'accordo di rinnovo del Ccnl area meccanica sono: l'unificazione delle tre discipline contrattuali; la regolamentazione dell'apprendistato professionalizzante e delle tipologie contrattuali flessibili; il welfare contrattuale e la c.d. "contrattualizzazione" delle prestazioni erogate dalla bilateralità.

3.1. La prima questione su cui interviene l'accordo di rinnovo del Ccnl area meccanica è l'accorpamento dei tre contratti collettivi previgenti nel settore: metalmeccanica ed installazione di impianti; orafi, argentieri ed affini; odontotecnici.

Tale operazione costituisce un aspetto di grande rilievo per il sistema di rappresentanza delle imprese artigiane, ed in particolare per quelle del settore della meccanica, dove, storicamente, la presenza di tre diverse regolamentazioni collettive rispondeva ad una specifica scelta delle imprese odontotecniche prima, ed orafe poi, di tenere distinte le specificità settoriali, tra cui il più elevato valore professionale delle loro figure operaie rispetto a quelle proprie della metalmeccanica, e allo stesso tempo di conservare maggiore autonomia nella tutela degli interessi della categoria (il primo dei tre contratti collettivi ad essere sottoscritto, il 26 luglio 1968, in una fase travagliata delle relazioni sindacali per l'artigianato, fu quello che regolamentava i rapporti di lavoro delle imprese artigiane metalmeccaniche e di installazione di impianti. A questo contratto seguirono, qualche anno più tardi, optando per la scelta "auto-

nomista” in luogo di quella – più semplice – di confluire nel già vigente contratto metalmeccanico, il Ccnl delle imprese artigiane orafe, argentiere ed affini del 15 marzo 1977 e il Ccnl degli odontotecnici del 1° luglio 1978).

Per quanto concerne i riflessi di questa novità sui rapporti di lavoro interessati è bene precisare che, tuttavia, l’unificazione non opererà da subito. Considerate le difficoltà di procedere ad un’armonizzazione *tout court* di tre diverse regolamentazioni contrattuali nell’ambito di un accordo di rinnovo, le parti hanno preferito optare per un percorso di graduale unificazione che in tutti i casi dovrà far salve le specificità categoriali (ad esempio, sistemi di inquadramento, tabelle retributive, norme speciali per settore ecc.).

Conseguentemente, fino a che non sarà definito un unico testo contrattuale, i rapporti di lavoro dei dipendenti delle aziende che applicano uno dei tre contratti collettivi (ex Ccnl di categoria) continueranno ad essere disciplinati dalle previgenti e distinte norme contrattuali, eccezion fatta per gli istituti previsti dall’intesa in parola che devono essere applicati in modo uniforme a tutti i rapporti di lavoro dei lavoratori dipendenti dalle aziende dei tre settori accorpati.

In ogni caso, per il futuro, le specificità settoriali potranno essere salvaguardate e – ove necessario – ulteriormente valorizzate anche in sede di contrattazione collettiva regionale. Tale modalità operativa non riguarda solamente i rapporti di lavoro in essere alla data della sottoscrizione dell’accordo, ma anche i rapporti instaurati a partire dal 16 giugno 2011.

3.2. L’accordo di rinnovo in commento è di particolare interesse per le aziende del settore in quanto è il primo nel quale sono stati compiutamente (ri)disciplinati gli istituti su cui hanno profondamente inciso rilevanti modifiche legislative adottate con i d.lgs. n. 61/2000 (in materia di contratto di lavoro a tempo parziale), n. 368/2001 (in materia di contratto a tempo determinato) e n. 276/2003 (apprendistato professionalizzante e contratto di inserimento).

Per quanto riguarda l’*apprendistato professionalizzante* vale la pena ricordare che la mancata definizione della nuova disciplina negli accordi di rinnovo della precedente tornata contrattuale, quella relativa al quadriennio 1° gennaio 2005-31 dicembre 2008 (si tratta degli accordi di rinnovo del Ccnl metalmeccanica ed installazione d’impianti del 27 febbraio 2008, del Ccnl orafi, argentieri ed affini del 29 maggio 2008, del Ccnl odontotecnici del 18 giugno 2008), va ricondotta alle difficoltà delle parti negoziali a trovare un’intesa relativamente alle modalità di determinazione della retribuzione dell’apprendista. Se da un lato le associazioni datoriali rivendicavano l’applicazione del tradizionale sistema della “percentualizzazione”, dall’altro Fiom, Fim e Uilm ritenevano che a seguito dell’entrata in vigore della nuova normativa dell’apprendistato professionalizzante le parti avrebbero dovuto utilizzare il criterio del “sotto inquadramento” come, peraltro, già avvenuto in altri comparti (per una ricostruzione della vicenda mi sia consentito il rinvio a F. AN-

TONILLI, *Osservazioni sul trattamento retributivo dell'apprendista*, in *MGL*, 2010, n. 6, 429 ss.).

Più in particolare, le organizzazioni sindacali sostenevano che, in materia retributiva, il riferimento legislativo fosse il comma 1 dell'art. 53 del d.lgs. n. 276/2003, per il quale «durante il rapporto di apprendistato la categoria di inquadramento del lavoratore non potrà essere inferiore, per più di due livelli, alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è finalizzato il contratto».

Secondo tale lettura – supportata anche da una parte della dottrina – l'apprendista aveva inderogabilmente diritto ai minimi retributivi dei livelli immediatamente inferiori rispetto a quello di inquadramento finale, fino ad un massimo di due (c.d. sotto inquadramento); di conseguenza, l'art. 13, comma 1, della l. n. 25/1955, legittimante il criterio della “percentualizzazione”, doveva ritenersi implicitamente abrogato (sul punto si leggano D. GAROFALO, *Commento agli artt. 47-53. Apprendistato*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 293-346; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, II ed., 174; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 506). Per completezza, si ricorda che durante la vertenza, e con l'intento di portare argomentazioni utili a loro favore, Fiom, Fim e Uilm avevano avanzato istanza di interpello al Ministero del lavoro, il quale con la risposta n. 28/2007 aveva affermato che il rapporto tra le due norme doveva essere interpretato «in termini non già di cumulatività bensì di alternatività», e avrebbe dovuto essere applicata la disposizione che avrebbe consentito l'erogazione del trattamento più favorevole al lavoratore (contro questa assai discutibile applicazione del principio del *favor prestatoris* si vedano i condivisibili rilievi di F. GHERA, *Il trattamento retributivo dell'apprendista dopo la riforma del 2003*, in *q. Rivista*, 2009, 1, 156, il quale correttamente rileva che la disposizione di cui all'art. 2077 c.c., da cui deriva la regola della c.d. derogabilità *in melius*, è idonea a regolare solamente il rapporto tra fonti diverse – ad esempio, contratto collettivo e contratto individuale – e non tra fonti dello stesso rango. In giurisprudenza si veda Cass. 18 luglio 1963, n. 1962).

Sul piano interpretativo la questione è stata definitivamente chiarita nel 2009 quando il legislatore con l'art. 2, comma 155, della l. n. 191/2009 ha stabilito che la contrattazione collettiva, sia di primo che di secondo livello, può determinare il trattamento economico dell'apprendista «in misura percentuale della retribuzione spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto» (in verità la l. n. 191/2009 non ha fatto altro

che confermare la linea interpretativa già proposta dal Ministero del lavoro con la circ. n. 27/2008. Per un approfondimento si rinvia a F. GHERA, *op. cit.*, e F. ANTONILLI, *op. cit.*).

Tale intervento chiarificatore ha creato i presupposti per la riconferma del sistema della “percentualizzazione” nell’accordo in commento, con due importanti novità rispetto al passato. La prima è che la retribuzione assunta a parametro per l’applicazione della progressione percentuale non è più quella della quinta categoria ma del livello di inquadramento finale dell’apprendista, variabile dunque a seconda della qualifica da raggiungere. La seconda è che i valori percentuali sono più alti di quelli vigenti in passato: si parte infatti da una percentuale iniziale del 70% (contro il 55% di prima), fino ad arrivare al 100% nell’ultimo anno.

Altro aspetto di grande rilievo, strettamente correlato all’andamento delle percentuali, è la durata del contratto di apprendistato.

Nell’artigianato la richiesta delle associazioni datoriali è sempre stata quella di poter definire periodi lunghi di tirocinio, da un lato, in ragione delle più elevate professionalità delle qualifiche artigiane rispetto a quelle di pari livello di altri comparti e, dall’altro, per l’esigenza di dover predisporre norme che costituiscano un incentivo alle assunzioni di manodopera giovanile.

In sintonia con quanto previsto dagli altri contratti collettivi artigiani, per il raggiungimento delle qualifiche di operaio/impiegato qualificato e specializzato, collocati rispettivamente alla quinta e alla quarta categoria, è stata prevista una durata di cinque anni, che diventano cinque anni e sei mesi per le qualifiche collocate nei livelli più alti della classificazione del personale. Mentre è stato escluso un (seppur minimo) periodo di apprendistato, fatto salvo per il settore odontotecnico, per il conseguimento della qualifica di operaio comune, inquadrato alla sesta categoria, presente invece negli altri contratti collettivi artigiani (si tratta, solo per citarne alcuni, del Ccnl area alimentazione-panificazione del 27 aprile 2010, del Ccnl area comunicazione del 25 ottobre 2010, del Ccnl area tessile-moda del 2 dicembre 2010 e del Ccnl area legnolapidei del 27 gennaio 2011).

Tuttavia, ipotesi di riduzione della durata del periodo di apprendistato sono previste per il caso in cui il giovane sia in possesso di un titolo di studio post-obbligo attinente alla qualifica da raggiungere, in questo caso la riduzione sarà di sei mesi, oppure di una laurea attinente alla qualifica da raggiungere, in questo caso la riduzione opera per dodici mesi.

Un’ulteriore riduzione di sei mesi è prevista per gli apprendisti che abbiano svolto, presso la stessa impresa, un periodo di stage o tirocinio di formazione e orientamento al lavoro di almeno sei mesi. Come anche sono previste riduzioni per le ipotesi in cui l’apprendista assunto abbia già svolto periodi di tirocinio presso un altro datore di lavoro, per le medesime mansioni e a condizione che non vi sia un’interruzione superiore ai dodici mesi. In questo caso, la riduzione avviene per un periodo di tempo pari a quello svolto in apprendistato presso un’altra azienda.

Per quanto concerne la durata dell'apprendistato, l'accordo prevede, inoltre, la possibilità di poter prorogare il rapporto oltre la scadenza contrattualmente stabilita, al fine di garantire all'apprendista il completamento del percorso di apprendimento e qualificazione nell'ipotesi in cui si sia verificato un periodo complessivo di sospensione pari ad almeno sessanta giorni; si tratta del periodo minimo che le parti hanno ritenuto congruo affinché possa ritenersi legittima la proroga del contratto che stabilirà il datore di lavoro. Tale periodo può essere determinato anche per sommatoria di eventi che abbiano una durata di almeno quindici giorni di calendario.

Le ipotesi sospensive che possono dar luogo alla proroga sono, ad esempio, quelle derivanti da crisi aziendali e occupazionali sancite con accordo sindacale, o da eventi quali malattia, gravidanza, puerperio (si è ritenuto che non comportino il prolungamento del periodo di apprendistato le assenze di più breve durata e fisiologiche nel rapporto, come quelle relative alle ferie annuali; così Cass. 19 dicembre 2000, n. 15915).

Viene, in questo modo, data puntuale regolamentazione ad una materia rispetto alla quale sia la Corte di cassazione in una recente sentenza (28 settembre 2010, n. 20357) sia il Ministero del lavoro, nella risposta ad interpello n. 34/2010 avanzato da Confartigianato imprese, avevano rilevato l'opportunità di un intervento della contrattazione collettiva.

Sul piano delle tutele si segnala, infine, l'estensione agli apprendisti del trattamento contrattuale in caso di malattia ed infortunio non sul lavoro previsto per i lavoratori già in possesso di una qualifica. La parificazione delle norme contrattuali si aggiunge a quella già operata dal legislatore con la l. n. 296/2006 che ha esteso agli apprendisti, a partire dal 1° gennaio 2007, le disposizioni in materia di indennità giornaliera di malattia a carico degli istituti previdenziali.

Durante la tornata contrattuale 2005-2008, l'adeguamento della normativa contrattuale alle novità legislative intervenute in materia di part-time, contratti a termine e contratti di inserimento seguì le sorti dell'apprendistato professionalizzante, con la conseguenza che gli accordi di rinnovo furono sottoscritti senza il pacchetto di norme relative al mercato del lavoro.

Per quanto riguarda il *contratto di lavoro part-time* le novità più significative attengono alla regolamentazione di strumenti di flessibilità come le clausole elastiche e/o flessibili.

L'accordo prevede che all'atto di stipulazione del rapporto, ovvero in una fase successiva dello stesso, le parti possano sottoscrivere clausole che consentano al datore di lavoro, durante lo svolgimento del rapporto, di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa e/o di variare la collocazione temporale della stessa rispetto a quanto originariamente concordato.

È stato stabilito che il lavoratore chiamato allo svolgimento di prestazioni in esecuzione di clausole elastiche o flessibili ha diritto ad una maggiorazione retributiva del 10% ed un preavviso di cinque giorni lavorativi.

Ai fini della loro validità, tali clausole devono essere previste da un apposito

patto scritto, per il quale le parti possono prevedere anche una durata determinata.

Sul versante delle tutele poste a favore del lavoratore, si segnala che questi può chiedere di non svolgere la propria prestazione, in esecuzione di clausole elastiche o flessibili, in presenza di «oggettivi e comprovati gravi motivi familiari e/o personali» tra cui, ad esempio, lo svolgimento di altra attività lavorativa subordinata durante gli orari per i quali sono richieste le variazioni, la necessità di dover frequentare corsi di studio o accudire i figli fino al compimento dell'ottavo anno di età.

In materia di *contratti a tempo determinato*, un richiamo particolare merita la clausola che prevede l'elencazione delle ipotesi che legittimano il ricorso a questa tipologia contrattuale. La scelta sancisce l'impegno delle parti a superare il c.d. "causalone" di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, secondo il quale «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Allo stesso tempo conferma la volontà delle parti contrattuali di riappropriarsi di spazi di negoziazione in precedenza offerti dalla legge (prima dell'emanazione del d.lgs. n. 368/2001 il quadro normativo era costituito dalla l. n. 230/1962 che prevedeva ipotesi tassative di ricorso al lavoro a termine e dall'art. 23 della l. n. 56/1987 che operava un rinvio alla contrattazione collettiva per l'individuazione di causali ulteriori rispetto a quelle legali).

Relativamente alle assunzioni di personale per ragioni di carattere sostitutivo, la normativa prevede una puntale disciplina dell'affiancamento ammettendo così l'ipotesi che la sostituzione inizi già in un periodo precedente all'assenza per consentire il passaggio delle consegne tra il sostituto e il lavoratore da sostituire. Una delle novità della norma contrattuale risiede nell'estensione della stessa anche alle sostituzioni di lavoratori diversi dai dipendenti ossia il titolare artigiano, i familiari collaboratori e i soci.

Ai sensi dell'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001 le parti hanno convenuto altresì le c.d. "clausole di contingentamento". Considerate le particolarità dell'artigianato, la cui legge quadro di riferimento prevede differenti limiti dimensionali a seconda dei settori, la norma è stata strutturata seguendo il criterio della proporzionalità. Per cui, in presenza di organici aziendali più numerosi sono stati previsti limiti quantitativi più alti.

Si osserva che l'individuazione di limiti quantitativi incide solo sui contratti a tempo determinato stipulati per ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, mentre non opera per i contratti determinati da ragioni sostitutive o stagionali i quali sono considerati sempre aggiuntivi.

Per quanto riguarda la durata massima di più contratti a termine, fermo restando il limite legale di trentasei mesi, comprensivo di proroghe e rinnovi, è stata stabilita la possibilità della c.d. "deroga assistita" prevista dall'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, come modificato dalla l. n. 247/2007, in base alla quale è consentita la sottoscrizione di un ulteriore contratto a termine

fino ad un massimo di otto mesi.

La regolamentazione del *contratto di inserimento o reinserimento* nel settore della meccanica interviene a distanza di circa otto anni dall'introduzione della nuova tipologia contrattuale da parte del d.lgs. n. 276/2003. Una disciplina contrattuale transitoria, nel frattempo, era stata definita dall'accordo interconfederale dell'11 febbraio 2004; disciplina che comunque continua ad esplicare i suoi effetti relativamente alle sole materie non contemplate dall'accordo di rinnovo in parola.

Come noto, il contratto di inserimento costituisce una tipologia contrattuale con finalità occupazionali – che nel nostro ordinamento ha sostituito i contratti di formazione e lavoro – volta a favorire, appunto, l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di alcune particolari categorie di lavoratori espressamente previste dall'art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 e ribadite dal contratto.

Il primo importante aspetto sul quale interviene l'intesa è il c.d. salario di ingresso – già visto in passato per i contratti di formazione e lavoro – ammesso dall'art. 59, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. È stato previsto che al lavoratore sarà riconosciuta, per la prima metà della durata del contratto, una retribuzione più bassa di due livelli rispetto a quella prevista dal livello di inquadramento spettante per le mansioni o funzioni per il cui svolgimento è stato stipulato il contratto, e per la seconda metà del periodo una retribuzione più bassa di un livello.

Sul piano della formazione, fermo restando che la legge non attribuisce all'istituto una finalità formativa bensì occupazionale (in dottrina si veda M. TIRABOSCHI, *La riforma dei contratti a contenuto formativo: il nuovo apprendistato e il contratto di inserimento*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 199), le parti hanno elevato il monte ore di formazione teorica previsto dal citato accordo interconfederale del 2004 che passa da sedici a ventiquattro ore.

Tale monte ore deve essere ripartito tra prevenzione antinfortunistica, igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro, disciplina del rapporto di lavoro, organizzazione aziendale accompagnata da congrue fasi di addestramento specifico impartite eventualmente anche con modalità di *e-learning*. La formazione vuole avere, dunque, solamente la funzione di «adeguamento delle competenze professionali del lavoratore stesso al contesto lavorativo» come recita il primo comma dell'art. 54 del d.lgs. n. 276/2003.

Per quanto riguarda le tutele previste in caso di malattia od infortunio non sul lavoro, l'accordo prevede una durata del periodo di conservazione del posto di lavoro pari a novanta giorni, da computarsi per sommatoria nel caso di più eventi, tenendo conto della circostanza che il contratto di inserimento può avere una durata che va dai nove ai diciotto mesi. Il trattamento economico previsto per queste ipotesi è pari a quello spettante ai lavoratori dipendenti inquadrati nella medesima categoria.

Più in generale, sul versante delle tutele, è una clausola di salvaguardia che interviene a sancire il principio di parità di trattamento tra i lavoratori con contratto standard e lavoratori con contratto di inserimento. Nello specifico, questa prevede che i lavoratori con contratto di inserimento non possono essere esclusi «dall'utilizzazione dei servizi aziendali, quali mensa e trasporti, ovvero dal godimento delle relative indennità sostitutive eventualmente corrisposte al personale con rapporto di lavoro subordinato, nonché di tutte le maggiorazioni connesse alle specifiche caratteristiche dell'effettiva prestazione lavorativa previste dal presente contratto collettivo (lavoro a turni, notturno, festivo, ecc.)».

3.3. Uno degli elementi più qualificanti e, allo stesso tempo, innovativi dell'accordo di rinnovo è l'articolo rubricato *Diritto alle prestazioni della bilateralità* che ribadisce, all'interno del contratto collettivo di categoria, quanto dalle parti già condiviso, a livello interconfederale, con l'atto di indirizzo sulla bilateralità, sottoscritto unitariamente il 30 giugno 2010.

La norma riconosce a tutti i lavoratori, il cui rapporto di lavoro è regolato dal Ccnl area meccanica, il diritto alle prestazioni di welfare contrattuale erogate dal sistema di bilateralità dell'artigianato (fondo sostegno al reddito e altre forme di assistenza).

Per adempiere a tale obbligo contrattuale il datore di lavoro può optare per una delle seguenti soluzioni: versare alla bilateralità (in questo caso egli è esonerato da ogni altro obbligo nei confronti del lavoratore, relativamente alle prestazioni, in quanto saranno garantite dal sistema mutualistico degli enti bilaterali), oppure garantire egli stesso al lavoratore l'erogazione diretta delle prestazioni equivalenti a quelle erogate dal sistema degli enti bilaterali, unitamente al versamento mensile di un elemento aggiuntivo della retribuzione (EAR) che ha lo scopo di evitare pericolosi fenomeni di *dumping* contrattuale da parte delle imprese che non intendono versare alla bilateralità (per un commento degli accordi artigiani in materia di bilateralità si rinvia a M. TIRABOSCHI, *La contribuzione alla bilateralità: il modello del settore artigiano*, in *GLav*, 2010, n. 37, 52).

Tale elemento retributivo, pari a 25 euro per tutti i livelli di inquadramento, deve essere erogato con cadenza mensile per tredici mensilità ed ha incidenza su tutti gli istituti retributivi di legge e contrattuali, compresi quelli indiretti o differiti, escluso il tfr. È stato inoltre previsto che l'elemento retributivo deve essere riproporzionato rispetto all'orario di lavoro, nel caso di lavoratore con contratto part-time, e rispetto alla percentuale di retribuzione riconosciuta, nel caso di apprendisti.

Si osserva che, nell'impostazione attribuita alla clausola contrattuale, l'obbligo di versare agli enti bilaterali costituisce solo una modalità di esecuzione della prestazione, rispetto alla quale resta comunque ammessa la possibilità di una soluzione alternativa – cioè garantire l'erogazione diretta delle medesime prestazioni e di un elemento economico forfettario – coerentemente con l'esigenza di dover tutelare la posizione di quei datori di lavoro che, non

aderendo alle associazioni di categoria, intendano far salva la propria libertà di associazione sindacale negativa di cui agli artt. 18 e 39 Cost.

La funzione svolta dalla norma contrattuale in parola non è di statuire *sic et simpliciter* un obbligo di contribuzione agli enti bilaterali a carico di tutte le imprese che applicano il Ccnl, bensì quella, più ampia, di incidere sulle situazioni sostanziali di diritto che regolano il rapporto individuale di lavoro tra datore e prestatore. Deve, pertanto, essere correttamente riferita alla c.d. parte normativa del contratto collettivo (così M. TIRABOSCHI, *La contribuzione alla bilateralità*, cit., 52. È bene precisare che in questo saggio l'Autore sottopone ad analisi l'atto di indirizzo alla bilateralità del 30 giugno 2010 che costituirà, poi, il riferimento di tutti i successivi accordi di rinnovo artigiani, tra cui anche quello del Ccnl area meccanica).

Alle medesime conclusioni è giunto, di recente, anche il Ministero del lavoro che, con la circ. n. 43/2010, ha riconosciuto come il modello artigiano di bilateralità si fondi sul principio della obbligatorietà della tutela per tutti i lavoratori e non su quello della obbligatorietà del versamento agli enti bilaterali per tutte le imprese.

Viene così definitivamente superata la questione aperta da una precedente circolare del medesimo dicastero, la n. 4/2004, circa l'illegittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 10 della l. n. 30/2003, che sostituisce l'art. 3 del d.l. n. 71/1993, convertito in l. n. 151/1993, se intesa nel senso di imporre alle aziende artigiane, commerciali e del turismo che intendono accedere a benefici economici e contributivi l'applicazione della c.d. parte obbligatoria del contratto collettivo tra cui, in particolare, l'obbligo di versamento agli enti bilaterali (è bene precisare che l'impostazione seguita dal Ministero del lavoro nella circ. n. 4/2004 non faceva altro che accogliere quanto espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 6530 del 10 maggio 2001. Per un'analisi critica di questo orientamento giurisprudenziale si fa rinvio a F. LISSO, *Appunti su alcuni profili giuridici della bilateralità*, in ID. (a cura di), *Indagine sulla bilateralità in Italia. Volume 3. Gli enti bilaterali*, Uil nazionale Servizio Artigianato-Pmi, 2006, 20. Secondo questo Autore, non può esserci lesione della libertà sindacale negativa in quanto le somme dovute agli enti bilaterali non assumono natura di quota associativa, ma quota contrattuale di servizio compensativa delle attività degli enti bilaterali. Sul punto si vedano anche i rilievi di A. VALLEBONA, *Gli enti bilaterali: un seme di speranza da salvaguardare*, in *q. Rivista*, 2006, n. 4, 1046).

Fabio Antonilli

Funzionario del Settore contrattuale – Confartigianato Imprese

3. Distacco

3.1. Interpello 27 giugno 2011, n. 28 (Confindustria) (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 26).

Il distacco di lavoratori extracomunitari per lo svolgimento di prestazioni qualificate

Sommario: **1.** Il quesito e la soluzione proposta dal Ministero del lavoro. – **2.** Considerazioni sul merito dell'interpello. – **3.** Il regime applicabile al rapporto di lavoro: il d.lgs. n. 72/2000.

1. L'interpello n. 28 del 27 giugno 2011 della direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro (in epigrafe) affronta la tematica del distacco transnazionale di lavoratori extracomunitari, che acquista sempre maggiore interesse per il diritto del lavoro nell'attuale contesto della globalizzazione e della libera circolazione dei lavoratori.

In particolare, l'interpello in esame risponde ad alcune richieste formulate da Confindustria con riferimento alla procedura speciale di ingresso nel territorio italiano di cittadini stranieri al di fuori delle quote previste dal d.lgs. n. 286/1998 (c.d. Testo Unico per l'immigrazione). La stessa norma, infatti, a fianco del procedimento ordinario di ammissione in Italia di cittadini stranieri mediante il sistema della programmazione annuale degli ingressi (art. 3), prevede alcune disposizioni speciali (art. 27), tra cui quelle riguardanti lavoratori stranieri per lo svolgimento presso imprese stabilite in Italia di prestazioni qualificate (art. 27, comma 1, lett. g).

I quesiti a cui l'interpello dà risposta riguardano essenzialmente aspetti tecnico-amministrativi concernenti la procedura pubblicistica di concessione del permesso di soggiorno e di nulla osta all'ingresso di cittadini stranieri in Italia; tuttavia, affrontano anche alcuni interessanti e attuali temi di diritto internazionale (del lavoro), in materia di individuazione della legislazione nazionale applicabile al contratto di lavoro internazionale.

In particolare, si chiede al Ministero del lavoro se, nell'ipotesi di cui all'art. 27, comma 1, lett. g, d.lgs. n. 286/1998, sia necessario stipulare un contratto di appalto riguardante la prestazione di opere o di servizi nel nostro Paese, per poi allegarlo all'istanza di autorizzazione all'ingresso in Italia per motivi di lavoro dei lavoratori extracomunitari interessati. Si precisa che l'ipotesi legale in questione riguarda «lavoratori alle dipendenze di organizzazioni o imprese operanti nel territorio italiano, che siano stati ammessi temporaneamente, a domanda del datore di lavoro, per adempiere funzioni o compiti specifici, per un periodo limitato o determinato». Il decreto attuativo della norma precisa che si deve trattare di «prestazioni qualificate di lavoro subordinato», e che si deve intendere «per tali quelle riferite all'esecuzione di opere o servizi parti-

colari, per i quali occorre esperienza specifica nel contesto complessivo dell'opera o del servizio stesso».

Quindi l'interpellante formula al Ministero del lavoro due ulteriori quesiti sul tema in esame, vale a dire: se sia necessario che l'impresa distaccataria sia effettivamente in Italia mediante una propria sede stabile o una rappresentanza/filiale; se la condizione di "prestazioni qualificate" possa essere affermata sulla base di diplomi di qualifica professionale, di perfezionamento aziendale o di abilitazione ad una specifica prestazione lavorativa.

Le risposte formulate dal Ministero del lavoro possono essere così sintetizzate: non è necessaria la stipulazione di un contratto di appalto tra impresa distaccante (stabilita in un Paese al di fuori della Unione europea) ed impresa distaccataria (stabilita in Italia); il d.P.R. 31 agosto 1999, all'art. 4, comma 11 specificamente prevede che l'impresa distaccataria debba essere stabilita in Italia «con proprie sedi, rappresentanze o filiali»; ed infine la "qualificazione" delle prestazioni di lavoro subordinato può effettivamente essere dimostrata mediante i diplomi e le certificazioni indicate dall'interpellante sempre che, sul piano sostanziale, tale documentazione attesti una specializzazione coerente con l'esecuzione delle opere o dei servizi che il lavoratore straniero è chiamato a svolgere in Italia.

2. I problemi posti da Confindustria, in qualità di interpellante, al Ministero del lavoro riguardano in maniera specifica la procedura di rilascio dell'atto amministrativo di nulla osta da parte dello Sportello unico per la immigrazione, nonché la concessione del relativo permesso di soggiorno. Si tratta, in effetti, di un procedimento amministrativo che si conclude col rilascio del permesso di soggiorno, e che costituisce un necessario presupposto di legittimità per l'esecuzione del contratto di lavoro in Italia da parte di cittadini extracomunitari.

In effetti, nell'ipotesi tipica riferibile al caso di specie, il lavoratore straniero che si reca in Italia, per eseguire prestazioni qualificate, ha già in corso un contratto individuale di lavoro subordinato col proprio datore di lavoro operante in un Paese al di fuori dell'Unione europea. Pertanto, in questo caso, l'impresa stabilita in Italia che fa richiesta del permesso di soggiorno a seguito di nulla osta ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. g, del d.lgs. n. 286/1998, non necessariamente fa seguire alla procedura amministrativa in questione anche la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro col lavoratore extracomunitario, diversamente da come invece avviene nelle ipotesi ordinarie di ingresso in Italia degli stessi lavoratori extracomunitari.

Da qui l'istanza di interpello di Confindustria, che richiede se debba essere allegato all'istanza di autorizzazione all'ingresso in Italia per motivi di lavoro, ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. g, del Testo Unico immigrazione, un contratto di appalto tra il datore di lavoro del lavoratore extracomunitario interessato e l'impresa italiana – o meglio stabilita in Italia – che intende beneficiare dell'opera del lavoratore straniero. La risposta negativa del Ministero del lavoro pare assolutamente corretta. Infatti, l'ipotesi speciale di ingresso in Italia

di cui trattasi non pare rientrare nello schema dell'appalto transnazionale, che è invece specificamente disciplinato dall'art. 27, comma 1, lett. *i*, del d.lgs. n. 286/1998, e sembra piuttosto rispondere ad esigenze organizzative aziendali differenti dalla esternalizzazione produttiva mediante appalto. Infatti, la operazione economica sottesa all'ipotesi in esame pare piuttosto configurabile come internalizzazione di forza lavoro riconducibile alternativamente agli schemi del distacco di lavoratori o della trasferta all'estero. Si osserva al riguardo che l'ipotesi di cui si tratta non necessariamente presuppone la esistenza di due soggetti imprenditoriali distinti rispetto ai quali uno o più lavoratori si spostano dal primo per operare temporaneamente sotto la direzione dell'altro.

La situazione tipica riguardante il caso in esame, infatti, è che il lavoratore extracomunitario sia dipendente di «organizzazioni o imprese operanti nel territorio italiano». Inoltre, la norma prevede che solo un'impresa stabilita in Italia sia legittimata a richiedere il nulla osta per l'ingresso del lavoratore in questione nel nostro Paese. Ciò sembrerebbe poter avvenire operativamente in almeno due differenti ipotesi. La prima riguarda un'impresa che opera stabilmente su più territori nazionali, all'esterno e all'interno dell'Unione europea, e specificatamente anche in Italia. Se, come in questo caso, l'impresa formalmente è una sola, essa può operare un distacco transnazionale del lavoratore in questione utilizzando l'istituto della trasferta all'estero. Se invece, come spesso accade, l'organizzazione imprenditoriale in questione risulta più complessa, ed opera su più Paesi mediante diverse imprese formalmente distinte, ma facenti parte del medesimo gruppo, il distacco transnazionale può avvenire operativamente mediante l'istituto del distacco di lavoratori dall'impresa distaccante all'impresa distaccataria nell'ambito del medesimo gruppo d'impresa. In questo caso, l'impresa distaccataria, in quanto stabilita in Italia, è il solo soggetto legittimato a richiedere il nulla osta per l'ingresso nel nostro Paese dei lavoratori extracomunitari interessati.

Il fatto che rientrino in questa ipotesi anche situazioni operative nelle quali siano interessate due differenti organizzazioni imprenditoriali, una distaccante e una distaccataria, sembrerebbe confermato dalla previsione normativa del decreto attuativo che impone alla "impresa straniera" di adottare i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile ai lavoratori italiani, evidenziando la presenza di più organizzazioni imprenditoriali distinte: quella straniera, che svolge la funzione di datore di lavoro formale del personale straniero interessato, e l'impresa stabilita in Italia, legittimata a fare richiesta di nulla osta per inserire temporaneamente il personale straniero qualificato nell'ambito della propria organizzazione. Ciò può avvenire sulla base di un accordo commerciale tra imprese, e da qui l'istanza di interpello proposta da Confindustria, che avrebbe identificato tale accordo commerciale come un contratto di appalto. Appare quindi condivisibile la risposta del Ministero del lavoro sul punto, la quale evidenzia il fatto che l'ipotesi del nulla osta per lo svolgimento di attività temporanee in Italia sulla base di un contratto di appal-

to è già esplicitamente previsto e disciplinato dalla successiva lett. *i* del medesimo art. 27, comma 1, d.lgs. n. 286/1998.

Nel caso in esame, dunque, sul piano oggettivo non è tanto rilevante il fatto che l'ingresso in Italia avvenga all'interno della medesima impresa (ipotesi di trasferta internazionale), o nell'ambito di un accordo commerciale tra imprese (perlopiù in regime di distacco transnazionale infra-gruppo), quanto il fatto che l'attività da svolgere in Italia da parte di lavoratori subordinati extracomunitari non sia un'attività generica e facilmente fungibile, ma oggettivamente qualificata; ed è proprio la qualificazione dell'attività che giustifica l'ingresso temporaneo di tali lavoratori in Italia, la cui durata è infatti strettamente collegata alla durata delle prestazioni da svolgere temporaneamente nel nostro Paese.

Ciò che sembra emergere come elemento caratterizzante tipico di questa ipotesi speciale di ingresso in Italia di lavoratori extracomunitari è il fatto che l'impresa italiana, o comunque stabilita in Italia, esercita le funzioni di datore di lavoro, sia nel caso in cui sia anche direttamente titolare del rapporto di lavoro, sia che inserisca temporaneamente i lavoratori stranieri nell'ambito della propria organizzazione mediante un accordo di distacco che, in quanto svolto in Italia, deve avere le caratteristiche di temporaneità e di sussistenza di un apprezzabile interesse dell'impresa distaccante tipiche dell'istituto del distacco di lavoratori secondo il nostro ordinamento (art. 30, d.lgs. n. 276/2003).

3. Per quanto riguarda la disciplina dei rapporti di lavoro per il periodo in cui i lavoratori stranieri operano in Italia, lo stesso d.lgs. n. 286/1998 dispone, da un lato, l'applicazione dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva applicabile in Italia e, dall'altro, l'obbligo di iscrizione contributiva, previdenziale ed assistenziale nel nostro Paese (per approfondimenti, invece, sui profili prevenzionistici del lavoro transnazionale in caso di distacco e trasferta all'estero e sulla tutela in materia di salute e sicurezza si legga C. BIZZARRO, *Considerazioni in merito ai profili prevenzionistici del lavoro transnazionale in caso di distacco e trasferta all'estero*, in *q. Rivista*, 2010, n. 3, 859-872).

Su questo punto, però, l'interpello correttamente formula alcune considerazioni aggiuntive. Poiché nel caso in questione è in esame la disciplina internazionale dei contratti di lavoro, la questione fondamentale è individuare la disciplina nazionale applicabile al contratto di lavoro. In effetti, in considerazione della materia oggetto dell'istanza di interpello, il Ministero del lavoro coglie l'occasione per fornire alcune indicazioni in merito alla soluzione del problema dell'individuazione del diritto nazionale applicabile ai rapporti di lavoro nel caso in esame.

La questione non è di poco conto se si considera che i lavoratori qualificati, i quali sono chiamati temporaneamente ad operare in Italia ai sensi della disciplina in questione, hanno già in corso contratti di lavoro disciplinati dal diritto del proprio Paese di stabilimento, e che essi, dovendo operare in Italia solo in via temporanea, possono ragionevolmente non avere alcun interesse ad inter-

rompere o sospendere i propri contratti per stipularne altri di diritto italiano. Sul punto, il Ministero del lavoro si limita a suggerire l'applicabilità al caso di specie del regime sul distacco transnazionale di cui al d.lgs. n. 72/2000. Eppure, qualche considerazione in più in questa sede appare opportuna in quanto i contratti internazionali di lavoro sono disciplinati nel nostro ordinamento dall'art. 8 del regolamento CE n. 593/2008 (conosciuto come Regolamento Roma I) che, pur essendo una norma comunitaria, recepisce la convenzione internazionale di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali (richiamata dall'art. 57, l. n. 218/1995), a sua volta fonte di diritto internazionale pattizio.

La norma in questione prevede il criterio della volontà dei contraenti come elemento fondamentale per la determinazione della legislazione nazionale applicabile al contratto internazionale di lavoro. Dunque, anche nel caso in esame, le parti sono naturalmente libere di scegliere di continuare ad applicare il diritto straniero al contratto di lavoro svolto (temporaneamente) in Italia. Tuttavia, come osserva correttamente il Ministero del lavoro, a questo contratto di lavoro si applicano le previsioni del d.lgs. n. 72/2000 in tema di distacco comunitario di lavoratori. Questa norma del nostro ordinamento, attuativa della direttiva 96/71/CE, disciplina le prestazioni temporanee di servizi effettuate da lavoratori dipendenti da imprese comunitarie non stabilite in Italia. Tuttavia, l'art. 1, comma 3, del medesimo decreto legislativo esplicitamente estende la disciplina applicabile alle imprese comunitarie anche alle imprese extracomunitarie che si trovino nelle medesime condizioni delle prime.

Pertanto, quando ci si trovi, come nella fattispecie in esame, nella situazione di un distacco temporaneo di lavoratori nel nostro Paese, anche nel caso di lavoratori extracomunitari dipendenti da un'impresa extracomunitaria che abbia una propria filiale in Italia (o di lavoratori extracomunitari inseriti in una filiale, operante al di fuori dell'Unione europea, di un'impresa italiana), ai rapporti di lavoro in essere, che pure sono soggetti alle predette norme di diritto internazionale, si applicano tuttavia le disposizioni di cui al d.lgs. n. 72/2000. In particolare l'art. 3, comma 1, del citato decreto, prevede, durante il periodo del distacco, la generale applicazione delle norme italiane che disciplinano le condizioni di lavoro dei lavoratori in Italia, e le medesime condizioni di lavoro stabilite «dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

L'ampiezza della portata regolatoria della disposizione in esame, rispetto al contratto individuale di lavoro, di fatto opera come un forte limite alla applicazione del diritto straniero al contratto di lavoro per il periodo del distacco in Italia dei lavoratori ai sensi dell'art. 27, comma 1, lett. g, d.lgs. n. 286/1998. Infatti, i contratti individuali di lavoro applicati ai lavoratori interessati non possono derogare *in pejus* alle disposizioni normative e alla contrattazione collettiva applicabile nel nostro Paese.

In sostanza, per il distacco di lavoratori provenienti da un Paese al di fuori della Unione europea, non solo non possono essere adottati regimi più favorevoli rispetto a quello applicabile ai lavoratori comunitari (si tratta di un principio generale e trasversale nel diritto comunitario del lavoro, che per la materia in esame è previsto dall'art. 1, § 4, direttiva 96/71/CE), ma per il nostro diritto nazionale il regime applicabile ai lavoratori distaccati da un Paese terzo è il medesimo applicato ai lavoratori comunitari che si trovano nella stessa condizione di distacco transnazionale (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 72/2000).

Naturalmente, sussistono comunque differenze considerevoli tra lavoratori distaccati da Paesi terzi e lavoratori comunitari distaccati in Italia in relazione al regime regolatorio pubblicistico: le principali riguardano in primo luogo la necessità di sottoporre preventivamente il distacco transnazionale al regime autorizzatorio all'ingresso in Italia dei lavoratori interessati, che naturalmente riguarda solo i primi e non i secondi. Inoltre, solo i lavoratori extracomunitari che si trovano nella condizione di distacco transnazionale qui esaminata sono sottoposti all'obbligo di iscrizione al regime previdenziale italiano (salva differente regolamentazione sulla base di accordi internazionali bilaterali o multilaterali), mentre ai lavoratori che operano in regime di distacco comunitario si applica l'obbligo di iscrizione al regime previdenziale del Paese d'origine (o meglio, di stabilimento), ai sensi del regolamento CE n. 883/2004.

Si sottolinea infine il fatto che l'interpello del Ministero del lavoro n. 28/2011, è certamente un importante segnale della crescente attenzione del mondo imprenditoriale italiano verso i fenomeni della circolazione transnazionale dei lavoratori. Più in generale, il fenomeno del distacco transnazionale è oggi uno dei temi caldi dell'agenda sociale europea, in considerazione dell'esigenza sentita da più parti di procedere ad una generale rivisitazione della direttiva 96/71/CE, che non sembra più rispondere ad un equo contemperamento degli interessi dei lavoratori e delle imprese in un mercato del lavoro ormai in gran parte unificato (sul tema si rimanda al documento della CES, *Revision de la Directive sur les travailleurs detachés: huit propositions d'amélioration*, Bruxelles, 31 maggio 2010).

Davide Venturi
Ricercatore Adapt

4. Lavoro pubblico

4.1. Legge 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 (articolo 16, commi 19, 20 e 21) (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 31).

I permessi degli amministratori locali: le modifiche introdotte dalla legge n. 148/2011

Sommario: **1.** Disciplina generale. – **2.** I permessi degli amministratori. – **3.** Le sedute dei Consigli, delle commissioni consiliari e delle Giunte comunali nella nuova disciplina. – **4.** Gli oneri a carico delle amministrazioni. – **5.** Durata e partecipazione alla seduta.

1. La disciplina dei permessi degli amministratori locali, quale aspetto dello *status* degli stessi (intendendosi per *status* l'insieme delle prerogative, diritti e doveri a loro spettanti), è contenuta nell'art. 79 del d.lgs. n. 267/2000, le cui disposizioni sono completate da quelle del successivo art. 80, relative agli oneri per i permessi retribuiti.

La materia è stata novellata dall'art. 16, commi 19, 20 e 21, della l. 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (in epigrafe), che interviene a ridisegnare la disciplina in materia di permessi retribuiti e non, riservati ai componenti degli organi politici di province e comuni. In particolare, la citata disposizione modifica gli artt. 38, 48 e 79 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL – Testo Unico degli enti locali), disponendo che le sedute del Consiglio e della Giunta nei comuni con popolazione fino a 15 mila abitanti si tengano preferibilmente in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti, limitando al tempo strettamente necessario il diritto di assentarsi dal servizio per i consiglieri degli enti locali-lavoratori. La norma, rubricata *Riduzione dei costi relativi alla rappresentanza politica nei comuni e razionalizzazione dell'esercizio delle funzioni comunali*, si iscrive nella linea di contenimento dei costi della politica e di razionalizzazione della spesa pubblica già tracciata dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, che, all'art. 5, aveva già introdotto modifiche allo *status* degli amministratori degli enti locali. Nel dettaglio il citato ultimo decreto contiene disposizioni che incidono sugli artt. 38 e 48, contenuti nel titolo III, capo I, *Organi di governo del Comune e della Provincia* e sull'art. 79, inserito nel capo IV del medesimo titolo e dedicato allo *status* degli amministratori. Tale apparente asimmetria è invece coerente con l'impianto legislativo generale, anche di livello costituzionale. La disciplina dei permessi degli amministratori degli enti locali territoriali ha, infatti, stretta correlazione con la regolamentazione degli organi dei comuni e delle province che, a sua volta, forma oggetto di legislazione esclusiva dello stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. p, Cost.

2. I permessi degli amministratori degli enti locali territoriali erano originariamente disciplinati dall'art. 4 della l. 27 dicembre 1985, n. 816. L'art. 274, comma 1, lett. o, TUEL abroga la legge citata e regola lo *status* degli amministratori locali, definendo all'art. 79 i contenuti operativi dei permessi di cui questi ultimi possono beneficiare. Tale norma costituisce declinazione dell'art. 51 Cost., secondo cui «chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro»; tale principio, espresso dall'art. 77 TUEL, era formulato in apertura della legge previgente in tema di permessi (art. 1). Di qui il diritto ad aspettative con conservazione del posto di lavoro; a permessi retribuiti e non retribuiti *ratione muneris*, nei limiti quantitativi predeterminati dalla legge. Per una parte della dottrina: «La norma costituzionale è preordinata a tutelare il lavoratore dipendente dal potere di direzione di cui è titolare il datore di lavoro *ex art. 2094 c.c.* nell'esplicazione del suo diritto di autodeterminare l'attività della propria impresa e di organizzarne i fattori di produzione ed il loro esercizio *ex art. 41 Cost.* [...] Il datore di lavoro non può in alcun modo limitare la libertà di azione del proprio dipendente eletto o nominato a pubblici uffici negli enti locali territoriali in considerazione della loro natura giuridica di *munera* pubblici svolti nell'interesse generale. Piuttosto il suo diritto a ricevere la prestazione lavorativa si converte nel correlativo diritto al rimborso in modo pienamente soddisfacente delle spese che derivano dalla lecita sospensione delle prestazioni di lavoro per fatto non dipendente dalla sua volontà, ovvero, nel caso dei permessi non retribuiti, a regolamentare le conseguenze delle assenze dal servizio secondo il principio compensativo, conseguenza della natura di scambio – e quindi sinallagmatica – del contratto di lavoro subordinato desunta *per tabulas* dall'art. 2094 c.c.» (sul punto così R. NOBILE, *La disciplina dei permessi e delle assenze dal lavoro degli amministratori dei comuni e delle province (prima parte)*, in www.lagazzettadeglientilocali.it, 15 ottobre 2010).

Se il principio ispiratore della disciplina dei permessi degli amministratori, di diretta derivazione costituzionale, è quello del libero esercizio della funzione pubblica, la manovra di Ferragosto introduce tuttavia un elemento diverso: il contenimento della spesa pubblica come obiettivo da perseguire anche attraverso l'applicazione di questo istituto. Vale la pena quindi esaminare quali sono le modifiche portate dalla manovra e quali ne potranno essere gli effetti.

Il TUEL delinea due tipologie di permessi: un primo tipo è costituito dai permessi per l'esercizio della funzione, ossia per la partecipazione ad eventi tipizzati (riunioni degli organi collegiali, commissioni, conferenze dei capi-gruppo); la seconda tipologia è quella dei c.d. permessi *plafond*, costituiti da un monte ore utilizzabile in relazione ad eventi non tipici, ma tipizzabili e determinati in relazione all'incarico ricoperto ovvero all'espletamento del mandato. Rientrano nella seconda tipologia i permessi retribuiti di cui all'art. 79, comma 4, TUEL (che stabilisce la possibilità, per chi ricopre la carica assessorile, di assentarsi ulteriormente dal servizio per un massimo di ventiquattro

ore lavorative al mese) e quelli non retribuiti disciplinati dal comma 5 del citato art. 79, necessari per l'espletamento del mandato, da utilizzare anche per lo studio preliminare e la trattazione degli argomenti inseriti nell'ordine del giorno della riunione.

Relativamente alla prima tipologia di permessi, invece, la disciplina previgente stabiliva che «i lavoratori dipendenti, pubblici e privati, componenti dei consigli comunali, provinciali, metropolitani, delle comunità montane e delle unioni di comuni, nonché dei consigli circoscrizionali dei comuni con popolazione superiore a 500.000 abitanti, hanno diritto di assentarsi dal servizio per l'intera giornata in cui sono convocati i rispettivi consigli. Nel caso in cui i consigli si svolgano in orario serale, i predetti lavoratori hanno diritto di non riprendere il lavoro prima delle ore 8 del giorno successivo; nel caso in cui i lavori dei consigli si protraggano oltre la mezzanotte, hanno diritto di assentarsi dal servizio per l'intera giornata successiva».

Il nuovo art. 79, comma 1, a riguardo, introduce una disposizione restrittiva, stabilendo che l'assenza dal servizio in occasione di consigli debba avvenire «per il tempo strettamente necessario per la partecipazione a ciascuna seduta dei rispettivi consigli e per il raggiungimento del luogo di suo svolgimento», senza possibilità di usufruire dell'intera giornata, salvo il caso che essa coincida con la durata della seduta.

Non vengono, invece, apportate modifiche ai permessi per i lavoratori dipendenti con carica assessorile o che facciano parte delle commissioni consiliari e delle commissioni comunali previste per legge, disciplinati dall'art. 79, comma 3, TUEL, il quale prevede il diritto di assentarsi dal servizio al fine di partecipare alle riunioni degli organi per la loro effettiva durata, compreso il tempo necessario per raggiungere il luogo della riunione e rientrare al posto di lavoro. Resta altresì immutata la disciplina dei permessi *plafond*, così come rimane in vita la previsione dell'art. 79, comma 1, TUEL, relativa al caso in cui i consigli si svolgano in orario serale o si protraggano oltre la mezzanotte.

3. La l. 14 settembre 2011, n. 148 aggiunge un ulteriore limite, relativo al tempo di svolgimento delle riunioni di consigli, commissioni e giunte per i comuni fino a 15 mila abitanti, stabilendo che le riunioni dovranno preferibilmente tenersi in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti. La versione definitiva del testo di legge è più sfumata rispetto all'emendamento presentato in commissione bilancio del Senato, emendamento in cui si prevedeva, nei comuni con meno di 15 mila abitanti, l'obbligatorio svolgimento in ore serali delle sedute di Consiglio comunale e della Giunta.

La *ratio* di tale disposizione si fonda su un evidente *favor* nei confronti dei datori di lavoro, pubblici e privati, che abbiano alle loro dipendenze lavoratori che espletano il mandato elettivo e sulla necessità di non diminuirne la produttività (A.G. PALADINO, *Comuni, riunioni solo al tramonto*, in *Italia Oggi*, 3 settembre 2011). Tuttavia, si prospetta la difficoltà, stante la locuzione usata dal legislatore, di trovare un orario soddisfacente per tutti i componenti, data l'eterogeneità delle professioni rappresentate all'interno degli organi politici

degli enti locali. Inoltre, il presumibile svolgimento delle sedute in orario serale, quale orario compatibile per tutti i componenti, potrà comportare un aggravio in termini di costi generali e indiretti che dovranno essere comunque sopportati dall'ente (maggiore straordinario degli addetti agli organi o riposo compensativo per maggiore prestazione serale, energia elettrica ecc.), andando parzialmente a vanificare l'obiettivo implicito della disposizione – la diminuzione della produttività dei datori di lavoro – e quello della legge – il contenimento della spesa.

4. Le assenze descritte, riguardanti membri eletti o nominati nei collegi degli enti locali territoriali, escluse quelle regolate dall'art. 79, comma 5, TUEL, sono retribuite al lavoratore dal datore di lavoro, ai sensi dell'art. 80. Tuttavia, qualora il prestatore di lavoro sia dipendente di aziende private o di enti pubblici economici, l'ente presso il quale il medesimo esercita le funzioni pubbliche è tenuto, su richiesta documentata del datore di lavoro, a rimborsare quanto da quest'ultimo corrisposto, per retribuzioni ed assicurazioni, per le ore o giornate di effettiva assenza del lavoratore. Resta fermo l'obbligo del lavoratore di documentare, con apposita certificazione, tutti i permessi di cui ha usufruito, siano essi retribuiti o non retribuiti.

Il principio generale è che il costo dell'assenza e della mancata prestazione del lavoratore eletto o nominato è a carico dell'ente presso il quale egli svolge la funzione pubblica. L'eccezione al principio è data dal lavoratore dipendente da una pubblica amministrazione: in questo caso il costo dell'assenza è a carico dell'amministrazione di appartenenza, non dell'ente presso il quale è svolto il mandato (in tal senso Ministero dell'interno, dipartimento per gli affari interni e territoriali, parere 7 giugno 2007), trattandosi comunque di onere gravante sulla finanza pubblica allargata. Come osserva una parte della dottrina: «l'art. 79 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 non si presta di per sé ad interpretazioni equivoche, se non fosse che nella prassi sovente si è assistito ad applicazioni palesemente distorte, che hanno portato alla moltiplicazione dei rimborsi in modo indebito, concretizzando danno erarialmente risarcibile» (R. NOBILE, *op. cit.*).

A questo proposito, è utile riportare uno stralcio di parere del Ministero dell'interno, dipartimento per gli affari interni e territoriali del 9 ottobre 2007, indicativo della prassi distorsiva che spesso si creava sui rimborsi dei permessi. Il Ministero sottolinea in primo luogo come «il diritto dell'amministratore a fruire dei permessi lavorativi va [...] temperato con il diritto dell'ente di appartenenza con cui l'amministratore locale ha mantenuto il rapporto lavorativo, al rispetto delle norme ordinamentali e organizzative interne». Ne segue che «le assenze devono essere limitate al tempo strettamente necessario per l'espletamento degli adempimenti connessi al mandato elettorale ricoperto dal dipendente». Il Ministero aggiunge poi indicazioni di tipo operativo relative ai soggetti deputati a rilasciare l'attestazione, i quali possono essere il sindaco, il segretario comunale, il segretario del collegio cui partecipano gli amministratori interessati, se prestabilito, oppure un consigliere facente le veci di segreta-

rio, ovvero il presidente dell'adunanza, così come lo stesso soggetto che usufruisce del permesso attraverso la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 del DPR 28 dicembre 2000, n. 445. Quanto ai tempi che possono essere attestati secondo il parere «la formulazione testuale dell'art. 79, comma 6, ove si prescrive che i tempi di espletamento del mandato per i quali vengono richiesti i permessi devono essere “prontamente e puntualmente documentati”, fa desumere che anche il tempo impiegato per lo spostamento da e per il luogo di lavoro debba essere comunque quantificato e attestato nella certificazione rilasciata e che, comunque, spetta all'amministrazione locale attestare “prontamente e puntualmente” il tempo complessivo di legittima assenza dal servizio».

Il Ministero chiarisce, altresì, l'obbligo dell'attestazione da parte dell'ente locale, necessaria per procedere alla richiesta di rimborso avanzata dal datore di lavoro e la cui esattezza garantisce che l'ente non incorra in responsabilità amministrativa per indebito rimborso. L'obbligo di documentazione diventa più stringente nelle fattispecie tipizzate dalla nuova disciplina. Nei comuni fino a 15 mila abitanti, qualora la seduta del Consiglio o della Giunta, come previsto dagli artt. 38 e 49 riformulati, non si tenga in orario non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti, la documentazione dovrà essere riferita al tempo strettamente necessario per la partecipazione a ciascuna seduta e per il raggiungimento del luogo di suo svolgimento, quanto alle sedute del Consiglio; quanto alle sedute della Giunta, vige l'art. 79, comma 3 del TUEL, che stabilisce il diritto di assentarsi dal servizio per partecipare alle riunioni degli organi per la loro effettiva durata, compreso il tempo per raggiungere il luogo della riunione. Per gli altri comuni vige l'art. 79 riformulato.

5. Occorre precisare che, fino a chiarimenti da parte del Ministero dell'interno, è possibile fare riferimento, per la definizione dei concetti di *durata* e *partecipazione*, ai principi generali del diritto amministrativo, che legano l'esistenza degli organi collegiali ai verbali, di documentazione dei partecipanti, l'effettiva presenza, i lavori svolti, la durata delle sedute. Il Ministero dell'interno, con parere del 15 gennaio 2009, ha chiarito che il permesso di cui all'art. 79, comma 1, spetta solo a chi era presente all'appello nominale, non essendo sufficiente documentazione quella relativa alla convocazione della seduta. In relazione alla quantificazione dei tempi di percorrenza, in attesa di chiarimenti o specificazioni normative, si deve ritenere che si possa fare riferimento ai dati desumibili dai programmi di calcolo dei percorsi, da mettere a raffronto con i dati scaturenti dai programmi di rilevazione delle presenze.

Quanto queste disposizioni saranno in grado di ridurre effettivamente la spesa e di salvaguardare la produttività dei datori di lavoro non è possibile determinarlo. È compito delle amministrazioni, nella prassi quotidiana, nel rigore della produzione delle attestazioni, nella verifica della durata delle sedute e, attuando misure organizzative, nella gestione delle sedute degli organi politici, dare concretezza, anche attraverso questo istituto, al principio di contenimento

e razionalizzazione della spesa per la burocrazia, che sembra ispirare tutti i recenti provvedimenti legislativi in materia di personale.

Elisabetta Cecchi

*Responsabile Relazioni sindacali, procedimenti disciplinari, contenzioso
Comune di Firenze*

5. Previdenza

5.1. Circolare Inps 9 settembre 2011, n. 116 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 30).

Cumulo dei periodi assicurativi: un primo commento alla circolare Inps 9 settembre 2011, n. 116

Sommario: **1.** Quadro normativo di riferimento. – **2.** Campo di applicazione e periodi di contribuzione cumulabili. – **3.** Esercizio del diritto, istruttoria e modalità di liquidazione del trattamento. – **3.1.** Pensione di vecchiaia. – **3.2.** Pensione di inabilità. – **3.3.** Pensione ai superstiti. – **4.** Decorrenza del trattamento. – **4.1.** Le novità introdotte dalla l. n. 122/2010 e l. n. 111/2011. – **5.** Rivalutazione, integrazione al minimo e trattamenti di famiglia.

1. L'art. 1 del d.lgs. n. 184/1997, emanato in attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 39, della l. n. 335/1995, in materia di ricongiunzioni dei periodi assicurativi, come modificato dall'art. 1, comma 76, lett. *b*, della l. n. 247/2007, dispone che i lavoratori, i cui trattamenti pensionistici sono liquidati esclusivamente con il sistema contributivo, iscritti a due o più forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, hanno la facoltà di utilizzare, cumulandoli per il perfezionamento dei requisiti di cui all'art. 1, comma 20, della citata l. n. 335/1995, i periodi assicurativi non coincidenti posseduti presso le predette forme, ai fini del conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità. Prima del 1° gennaio 2008 tale facoltà era riconosciuta solo ai lavoratori che non avessero già maturato il diritto al trattamento previdenziale in una delle forme indicate. Il cumulo opera, altresì, a favore dei superstiti degli assicurati, ancorché deceduti prima del compimento dell'età pensionabile.

Agli aventi titolo al cumulo spettano le quote di pensione relative alle posizioni assicurative costituite nelle rispettive gestioni previdenziali, calcolate secondo le norme vigenti per ciascuna gestione cui sono poste a carico. Per quel che attiene gli effetti giuridici ed economici derivanti dal cumulo, questi decorrono dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda di pensione, ovvero dal mese successivo al decesso dell'assicurato in caso di pensione ai superstiti. A tale proposito, è utile ricordare che

la pensione ai superstiti decorre dal primo giorno del mese successivo a quello del decesso dell'assicurato.

Rientra nei poteri degli enti privatizzati, gestori delle forme di previdenza obbligatoria a favore di liberi professionisti (cfr. art. 3, comma 12, l. n. 335/1995), il riconoscimento del computo dei periodi contributivi non coincidenti, posseduti dal professionista presso altre forme di previdenza obbligatoria, al solo fine del conseguimento dei requisiti contributivi previsti dall'ordinamento giuridico di appartenenza per il diritto a pensione e non per la misura di quest'ultima (cfr. art. 1, comma 5, d.lgs. n. 184/1997).

2. Con la circ. n. 116/2011, tenuto conto del parere espresso dal Ministero del lavoro con nota prot. n. 04/UL/3472/P del 13/04/2011, l'Inps ha illustrato i criteri applicativi della indicata normativa. In primo luogo, si chiarisce che titolari della facoltà di avvalersi del cumulo giuridico sono i lavoratori i cui trattamenti pensionistici sono liquidati esclusivamente secondo il sistema contributivo, iscritti a due o più gestioni previdenziali dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti e delle forme sostitutive ed esclusive della stessa, delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi, nonché della gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995. La suddetta facoltà è estesa, altresì, ai lavoratori di cui all'art. 1, comma 23, della medesima legge, che abbiano optato per la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente con le regole del sistema contributivo, restando, invece preclusa per i lavoratori cui si applicano i sistemi di calcolo retributivo o misto.

Ai fini del riconoscimento del cumulo dei periodi assicurativi, tra i soggetti destinatari vanno inseriti anche gli iscritti alle casse previdenziali di cui al d.lgs. n. 103/1996 e, con riferimento ai restanti regimi previdenziali dei liberi professionisti (cfr. d.lgs. n. 509/1994), solo quei soggetti la cui cassa di appartenenza abbia adottato il sistema contributivo definito dall'art. 3, comma 12, della l. n. 335/1995 (cfr. nota Min. lav. cit.).

Fino al 31 dicembre 2007 la facoltà di cumulo non poteva essere esercitata dai lavoratori che avessero maturato il diritto ad un trattamento pensionistico autonomo in una delle gestioni nelle quali erano iscritti. Tale limite è stato soppresso a partire dal 1° gennaio 2008 dall'art. 1, comma 76, della l. n. 247/2007. Tuttavia, nell'ipotesi in cui i lavoratori che hanno raggiunto un autonomo diritto a pensione in una delle gestioni intendano beneficiare del cumulo, la decorrenza della pensione, conseguita utilizzando i contributi posseduti nelle diverse gestioni, non può essere anteriore alla suddetta data.

È invece preclusa la possibilità di avvalersi dell'istituto in questione a coloro che siano già titolari di un trattamento pensionistico erogato da una delle gestioni, nell'ambito delle quali si chiede il cumulo, e quest'ultimo non è, altresì, ammesso per il conseguimento del diritto all'assegno ordinario di invalidità, in quanto prestazione non prevista dal d.lgs. n. 184/1997.

Le prestazioni pensionistiche conseguite avvalendosi del ricongiungimento dei periodi assicurativi costituiscono un'unica pensione liquidata secondo il sistema di calcolo contributivo.

Quanto ai periodi cumulabili, il ricongiungimento riguarda tutti e per intero i periodi assicurativi, non essendo consentito il cumulo parziale. Ai fini del conseguimento del diritto alla pensione, possono essere cumulati solo i periodi di contribuzione non coincidenti temporalmente (i periodi eventualmente coincidenti dovranno essere valutati una sola volta), escludendo i contributi versati nelle Casse professionali, giusta il disposto di cui al citato comma 5 dell'art. 1 del d.lgs. n. 184/1997. Pertanto, i contributi versati presso le suddette Casse possono essere cumulati con quelli versati presso forme assicurative obbligatorie gestite da enti previdenziali pubblici solo ai fini del diritto, ma non per la misura della prestazione e, previa apposita deliberazione, nel rispetto del principio di autonomia riconosciuto dalla l. n. 335/1995. Ne consegue che l'importo complessivo della pensione non può tenere conto dei contributi maturati presso le Casse professionali nemmeno ai fini del raggiungimento dell'importo minimo di pensione, pari ad almeno 1,2 volte l'assegno sociale necessario, ai sensi dell'art. 1, comma 20, l. cit., per l'accesso alla pensione contributiva prima del compimento del 65° anno di età.

3. Qualora al momento della domanda di pensione con esercizio del diritto di cumulo il lavoratore dovesse risultare iscritto contemporaneamente a più gestioni, lo stesso ha la facoltà di scegliere la gestione presso cui presentare la domanda. Nel caso in cui l'Inps risulti l'istituto di ultima iscrizione o quello cui l'interessato ha scelto di presentare la domanda, tale ente curerà l'avvio del procedimento ed il compimento dell'istruttoria per il riconoscimento della prestazione richiesta. Se al momento della domanda di pensione di vecchiaia, del verificarsi dell'evento inabilitante ovvero del decesso, l'interessato sia iscritto presso una delle Casse di cui ai citati decreti, competente è l'ultimo ente in cui il lavoratore è stato iscritto. Al fine di consentire la prescritta istruttoria, l'assicurato o il suo superstite hanno l'onere di indicare le altre gestioni previdenziali e le Casse in cui sono accreditati i contributi da cumulare. La sede zonale Inps richiederà agli Istituti e/o Casse interessati di comunicare le informazioni necessarie per verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge per la prestazione pensionistica richiesta. Al termine dell'accertamento, si darà comunicazione a tali enti affinché procedano, secondo quanto stabilito al comma 3 dell'art. 1 in commento, al pagamento delle quote di pensione di propria competenza.

3.1. Nel caso in cui l'assicurato opti per la pensione di vecchiaia (cfr. art. 1, comma 19, l. n. 335/1995), la sede Inps tenuta all'istruttoria ha il compito di verificare che il lavoratore, al momento della domanda, abbia maturato i requisiti di legge (cfr. comma 20, come modificato dalla l. n. 243/2004 e dalla l. n. 247/2007). In proposito, si ricorda che si può accedere alla pensione di vecchiaia quando ricorrono i seguenti requisiti: al compimento dei 60 anni di età (donna) e 65 (uomo), purché si siano maturati, anche fruendo del cumulo, al-

meno cinque anni di contribuzione effettiva; a decorrere dal 2012 per le lavoratrici iscritte alle forme esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria è stato previsto l'innalzamento a 65 anni del requisito anagrafico già elevato a 61 anni a decorrere dal 1° gennaio 2010 (cfr. art. 22-ter del d.l. n. 78/2009, conv. in l. n. 102/2009, come sostituito dal comma 12-sexies dell'art. 12 del d.l. n. 78/2010, come modificato dalla l. n. 122). È altresì possibile accedere alla pensione di vecchiaia, a prescindere dal requisito anagrafico, con una anzianità contributiva complessiva pari o superiore a 40 anni. A tal fine, non concorrono i contributi versati a titolo di prosecuzione volontaria, mentre la contribuzione accreditata per i periodi di lavoro precedenti il raggiungimento del diciottesimo anno di età è moltiplicata per 1,5 (cfr. art. 1, comma 7, l. n. 335/1995). Per le pensioni con decorrenza non anteriore al 1° gennaio 2008, è, peraltro, utile anche l'anzianità derivante dal riscatto dei periodi di studio. Inoltre dal 1° gennaio 2008 al 30 giugno 2009 l'accesso alla pensione di vecchiaia è concessa, in alternativa alle ipotesi già evidenziate, anche al raggiungimento di un'anzianità contributiva complessiva minima di 35 anni, in concorrenza con almeno 58 anni di età, per i lavoratori dipendenti, e di 59 per quelli autonomi. Dal 1° luglio 2009 si applica il sistema delle c.d. quote, introdotto dalla l. n. 247/2007 (cfr. circ. Inps n. 60/2008, punto 2). Per il raggiungimento dei 35 anni di anzianità contributiva, occorre far riferimento ai criteri utilizzati per il computo dei 40 anni di contribuzione (cfr. messaggio Inps 4 dicembre 2007, n. 29224).

Nei casi dianzi descritti, qualora l'interessato presenti domanda di pensione di vecchiaia prima del compimento dei 65 anni di età, l'ente istruttore verificherà che, alla decorrenza del trattamento, l'importo della pensione di vecchiaia non sia inferiore a 1,2 volte l'importo dell'assegno sociale (cfr. art. 1, comma 20, l. n. 335/1995), richiedendo agli altri enti coinvolti l'ammontare della quota di pensione maturata presso di essi secondo le regole vigenti al momento della presentazione della domanda. Nel caso in cui sia interessata anche una Cassa e quest'ultima non abbia riconosciuto, con delibera, il cumulo richiesto, il diritto alla pensione sarà acquisito, sempre che il trattamento non risulti inferiore al limite indicato.

L'accesso alla pensione è, infine, consentito qualora l'assicurato, alla data di decorrenza del trattamento, abbia cessato l'attività di lavoro dipendente eventualmente svolta (cfr. circ. Inps n. 65/1995, punto 3, e n. 97/95, punto 2).

3.2. Per la liquidazione della pensione di inabilità deve sussistere il requisito sanitario, che l'Ente o la Cassa a cui il richiedente è iscritto al momento dell'evento inabilitante ha l'onere di verificare, unitamente alla sussistenza del requisito contributivo minimo richiesto per il diritto al suddetto trattamento. La pensione di inabilità può, infatti, essere conseguita in presenza di almeno 5 anni di assicurazione e di contribuzione, di cui almeno 3 anni accreditati e/o dovuti nel quinquennio precedente la domanda. Il lavoratore inabile ha diritto alla maggiorazione convenzionale, attribuita con le modalità di cui all'art. 1, comma 15, della l. n. 335/1995, e determinata in relazione al periodo mancan-

te al compimento del sessantesimo anno di età, sia per gli uomini che per le donne.

La maggiorazione convenzionale viene ad incrementare le singole quote di pensione, a carico degli enti interessati, in misura proporzionale alle anzianità contributive maturate dal lavoratore presso ciascuna di esse, e va comunque riconosciuta entro l'anzianità contributiva massima di 2080 settimane. L'ente istruttore deve, quindi, tenere conto dei contributi complessivamente versati dal lavoratore presso tutte le gestioni previdenziali coinvolte nel cumulo. I periodi contributivi maturati nelle diverse gestioni concorrono con quelli maturati nella gestione "accertatrice" alla determinazione dell'anzianità contributiva massima riconoscibile come maggiorazione convenzionale. Nel sistema di calcolo contributivo, la maggiorazione si determina aggiungendo al montante contributivo individuale effettivamente maturato dall'assicurato all'atto del pensionamento, un'ulteriore quota contributiva riferita al periodo di maggiorazione, determinato secondo le modalità e le regole della medesima gestione (cfr. circ. Inps n. 180/1996, § 3). Ai suddetti fini, rilevano solo le retribuzioni esistenti in tale gestione. La ripartizione dell'onere derivante dalla maggiorazione convenzionale tra le diverse gestioni, si effettua tenendo conto del rapporto tra l'anzianità contributiva utile per la misura della pensione posseduta dal lavoratore in ciascuna gestione e l'anzianità contributiva utile per la misura acquisita complessivamente dal lavoratore nelle diverse gestioni totalizzate. Laddove il lavoratore ottenga la pensione di inabilità prima del compimento dei 57 anni di età, per determinare la quota di pensione a carico delle forme assicurative gestite dall'Inps deve essere applicato il coefficiente di trasformazione previsto per i 57 anni.

3.3. Il diritto al cumulo dei periodi assicurativi può essere esercitato anche per la liquidazione della pensione ai superstiti, ancorché il lavoratore sia deceduto prima del compimento dell'età pensionabile. L'ente istruttore deve accertare se il richiedente ha titolo alla domanda di pensione e se, considerando tutti i periodi di contribuzione non coincidenti, il *de cuius* abbia maturato in vita cinque anni di assicurazione e contribuzione, di cui almeno tre anni nel quinquennio precedente la data del decesso, ovvero quindici anni di assicurazione e di contribuzione. Nel caso in cui il lavoratore sia deceduto prima del compimento dei 57 anni di età, la quota di pensione a carico di ciascuna delle forme assicurative coinvolte è calcolata applicando il coefficiente di trasformazione previsto per i 57 anni (cfr. circ. n. 180/1996, § 2.2). Se il decesso è avvenuto anteriormente al 1° gennaio 2008, il cumulo dei periodi assicurativi è riconosciuto solo se il *de cuius*, al momento della morte, non aveva già maturato un autonomo diritto a pensione in alcuna delle gestioni presso cui era stato iscritto.

4. In funzione del principio di c.d. salvaguardia del diritto alla pensione (cfr. art. 1, comma 3, l. n. 243/2004), per coloro che abbiano maturato i requisiti di legge alla data del 31 dicembre 2007, gli effetti giuridici ed economici derivanti dal ricongiungimento dei periodi assicurativi, decorrono dal primo gior-

no del mese successivo a quello di presentazione della domanda di pensione da parte dell'assicurato ovvero, in caso di decesso di quest'ultimo, dal mese successivo a tale evento. Dal 1° gennaio 2008 operano, invece, le finestre di accesso alla pensione di vecchiaia introdotte dall'art. 1, comma 5, della l. n. 247/2007, da tenere in conto qualora i periodi di contribuzione cumulati siano tutti maturati in forme assicurative per i lavoratori dipendenti. Nei rimanenti casi (quindi anche nelle fattispecie in cui siano interessate le Casse) dovranno essere applicate le "finestre" previste per i lavoratori autonomi. Peraltro, come detto, la facoltà di cumulo è stata estesa anche ai lavoratori che hanno maturato il requisito autonomo a pensione in una delle gestioni interessate al ricongiungimento, secondo quanto stabilito dal citato art. 1, comma 76, lett. b, della l. n. 247/2007. Pertanto, in tali fattispecie la pensione non può avere decorrenza anteriore al febbraio 2008 e, conseguentemente, nei confronti degli interessati si dovrà tener conto della disciplina in materia di decorrenza introdotta dal predetto art. 1, comma 5, legge citata.

4.1. L'art. 12, commi 1 e 2, del d.l. n. 78/2010, conv. con modif. dalla l. n. 122/2010, ha previsto nuove disposizioni in tema di decorrenza del trattamento pensionistico di vecchiaia (cfr. circ. Inps n. 126/2010 e n. 53/2011). Con riguardo alle pensioni di vecchiaia aventi decorrenza 1° gennaio 2011, il legislatore del 2010, innovando rispetto alle disposizioni contenute nelle l. n. 243/2004 e l. n. 247/2007, ha disposto che i soggetti che maturano il diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia potranno accedere alla pensione di vecchiaia: trascorsi dodici mesi dalla data di maturazione dei requisiti richiesti nei confronti di coloro che liquidano le pensioni a carico delle forme di previdenza dei lavoratori dipendenti; trascorsi diciotto mesi dalla data di maturazione dei requisiti richiesti nei confronti di coloro che liquidano le pensioni a carico delle gestioni per gli artigiani, i commercianti e i coltivatori diretti nonché della gestione separata di cui all'art. 1, comma 26, della l. n. 335/1995.

In particolare, devono essere applicate le finestre di accesso previste per i lavoratori dipendenti qualora i periodi di contribuzione cumulati siano tutti maturati in forme assicurative per i medesimi. Nei rimanenti casi (ove ad es. siano interessate le Casse), devono essere applicate le "finestre di accesso" alla pensione di vecchiaia stabilite per i lavoratori autonomi e parasubordinati.

Ulteriori novità sono state introdotte dalla l. n. 111/2011, di conversione con modifiche del d.l. n. 98/2011.

5. Trattandosi di un'unica pensione, gli aumenti a titolo di rivalutazione automatica dei trattamenti conseguiti con il cumulo sono liquidati con un meccanismo analogo a quello previsto per i trattamenti da totalizzazione di cui al d.lgs. n. 42/2006, ripartendo proporzionalmente gli oneri di perequazione sulle singole quote e ponendoli a carico delle gestioni interessate. Non è, invece, applicabile ai trattamenti liquidati avvalendosi del ricongiungimento l'istituto dell'integrazione al minimo di cui all'art. 1, comma 16, della l. n. 335/1995. Sussistendone i presupposti, sono, al contrario, erogabili i trattamenti di famiglia (cfr. nota Min. lav. citata); a tal fine, in mancanza di una quota a carico di

una forma assicurativa dei lavoratori dipendenti, trova applicazione la disciplina prevista per i titolari di pensione a carico delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi.

Iunio Valerio Romano

Responsabile Vigilanza ordinaria – Direzione territoriale del lavoro di Lecce

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Discriminazioni

- *cessazione ipso jure del contratto di lavoro per limite di età (1.1.)*

Parità di trattamento

- *accesso a beni e servizi e loro fornitura nei contratti assicurativi (2.1.)*

*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. Discriminazioni

1.1. C. Giust. 13 settembre 2011, *Prigge e al. v. Deutsche Lufthansa*, C-447/09 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 35).

Direttiva 2000/78/CE - Artt. 2, n. 5, 4, n. 1 e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Piloti di linea - Contratto collettivo - Clausola di cessazione automatica dei contratti di lavoro a 60 anni.

La clausola di un contratto collettivo, che prevede la cessazione ipso iure del rapporto di lavoro di un pilota di una compagnia aerea, al compimento del sessantesimo anno di età, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni, viola la direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

La Corte di giustizia e il divieto di discriminazione in base all'età: il caso dei piloti della Deutsche Lufthansa

Sommario: 1. Il caso: la cessazione *ipso iure* del contratto di lavoro a 60 anni. – 2. La conformità con gli artt. 2, n. 5, 4, n. 1 e 6, n. 1 della direttiva 2000/78/CE. – 3. Un breve *focus* sulla giurisprudenza comunitaria in materia di divieto di discriminazione in ragione dell'età. – 4. La sentenza *Prigge*: qualche spunto per riflettere.

1. Nel caso *Prigge*, la Corte di giustizia dell'Unione europea torna a pronunciarsi sul tema del divieto di discriminazione fondato sull'età (su tale argomento si vedano, tra i tanti, la ricostruzione di M. MONACO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *DRI*, 2010, 866 ss.; L. CALAFÀ, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, in *RDL*, 2010, 993; S. BORELLI, *La Corte di Giustizia alle prese con discriminazioni in ragione dell'età*, in *D&L*, 2009, 934; G. LOY, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in *RGL*, 2008, I, 520; L. GALATINO, *Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all'età*, in *q. Rivista*, 2005, 954).

La questione pregiudiziale che, nella fattispecie, è sottoposta alla Corte verte sulla clausola 19, n. 1 del contratto collettivo n. 5a, relativo al personale di bordo della Deutsche Lufthansa nella sua versione in vigore a partire dal 14 gennaio 2005, applicabile al personale di bordo della compagnia aerea, che dispone la cessazione *ipso iure*, al raggiungimento del sessantesimo anno d'età, del contratto di lavoro. La pronuncia ha origine dalla causa introdotta in Germania dai signori Prigge, Fromm e Lambarch, comandanti di bordo della Deutsche Lufthansa che, raggiunti i sessant'anni, vedevano cessare, senza neanche la necessità di risolvere il contratto, il proprio rapporto lavorativo, in applicazione della clausola citata. Pertanto, ritenendosi vittime di una discri-

minazione fondata sull'età, in violazione della direttiva 2000/78/CE e dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) – la normativa nazionale tedesca sul lavoro e sulla parità di trattamento –, adivano il Tribunale del lavoro di Francoforte, affinché accertasse la discriminazione subita ed ordinasse il proseguimento del contratto di lavoro. Il Tribunale respingeva, però, il ricorso – e medesimo esito subiva il successivo appello. I ricorrenti agivano, quindi, con ricorso per *revision* dinanzi al Tribunale federale, il quale nella propria pronuncia scindeva tra la fase precedente all'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE – e della legge generale tedesca sulla parità di trattamento che l'aveva recepita – e quella successiva.

Il giudice del rinvio esponeva che, prima dell'entrata in vigore degli strumenti normativi sopra menzionati, disposizioni come l'art. 19, n. 1, del contratto collettivo *de quo* dovevano essere ritenute valide. Consentendo la legge tedesca in materia di lavoro di limitare la durata di un contratto, qualora vi fosse una ragione oggettiva per farlo, il Tribunale federale riteneva che, anche un limite di età, previsto da un contratto collettivo, potesse essere giustificato da una ragione oggettiva. Ciò in quanto, in applicazione del principio di autonomia delle parti sociali e della libertà di cui dispongono, nell'esercizio del loro potere normativo, esse possono adottare disposizioni che determinino la durata dei contratti di lavoro, mediante la fissazione di un limite di età. Tuttavia, poiché tale potere normativo è condiviso con lo Stato, quest'ultimo avrebbe imposto che la limitazione della durata dei contratti di lavoro fosse giustificata da una ragione oggettiva, all'interno della quale le parti sociali conserverebbero un margine di valutazione. Da tali principi, il Tribunale federale evinceva la conclusione che il sancire la cessazione *ipso iure* del contratto di lavoro dei piloti della Deutsche Lufthansa rientrava nella competenza delle parti sociali. La limitazione della durata del contratto di lavoro, in funzione dell'età del lavoratore subordinato, poteva però essere giustificata solo se, a causa dell'attività esercitata da quest'ultimo, il superamento di una certa età comportasse un rischio. Alla luce di tale ragionamento, il giudice tedesco sosteneva che il limite di età per i piloti avrebbe garantito, non solo il corretto esercizio dell'attività, ma anche la tutela della vita e del personale di bordo, dei passeggeri e delle persone che abitano sulle zone sorvolate, evidenziando il legame oggettivo tra età e diminuzione delle capacità fisiche. Interpretava, quindi, la circostanza che la normativa internazionale e quella nazionale, nonché altri contratti collettivi, non vietassero totalmente – esse prevedono che, tra i 60 ed i 64 anni, un pilota d'aereo possa continuare ad esercitare la sua attività, solo qualora sia membro di un equipaggio composto da diversi piloti e questi ultimi abbiano meno di 60 anni – bensì limitassero l'esercizio della professione di pilota, dopo i 60 anni, non come potenzialmente contrastanti con il contratto collettivo, ma quali conferme dell'idea che l'esercizio di tale professione, dopo questa età, rappresenti un rischio.

Dopo l'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE e della normativa nazionale che l'ha recepita, il Tribunale federale, però, si chiedeva se una interpreta-

zione conforme al diritto dell'Unione europea della legge tedesca sul lavoro non avesse l'effetto di privare di validità il limite di età di anni 60 per i piloti della Deutsche Lufthansa. Pertanto, il Tribunale federale sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: «Se gli artt. 2, n. 5, 4, n. 1, e/o 6, n. 1, prima frase, della direttiva 2000/78/CE e/o il principio generale del diritto comunitario di non discriminazione in base all'età debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a disposizioni nazionali che ammettono una regola della contrattazione collettiva che prevede per i piloti un limite di età di 60 anni al fine di garantire la sicurezza aerea».

2. Innanzitutto, la Corte verifica che all'art. 19, n. 1, del contratto collettivo applicabile al personale di bordo della Deutsche Lufthansa, si applica la direttiva 2000/78/CE, in quanto attiene alle condizioni di lavoro dei piloti, prevedendo che il rapporto lavorativo di quelli della Deutsche Lufthansa termini *ipso iure* al compimento del sessantesimo anno di età. È evidente, quindi, che un pilota, con tali specifici requisiti, pur trovandosi in una situazione analoga a quella di uno più giovane, che eserciti la medesima mansione, è trattato in modo meno favorevole, a causa della sua età. La Corte, pertanto, ritiene che la misura, oggetto della causa principale, potrebbe costituire una disparità di trattamento direttamente fondata sull'età, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a della direttiva 2000/78/CE (sul punto occorre precisare, infatti, che il diritto alla contrattazione collettiva, sancito dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'ambito di applicazione del diritto della stessa, deve essere comunque esercitato conformemente a quest'ultimo).

Dunque, ai sensi dell'art. 2, n. 5 della direttiva 2000/78/CE, quest'ultima «lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui».

Il legislatore dell'Unione ha inteso, in tal modo, prevenire e comporre, in materia di occupazione e condizioni di lavoro, un conflitto tra il principio della parità di trattamento, da una parte, e la necessità di assicurare l'ordine, la sicurezza e la salute pubblici, la prevenzione dei reati, nonché la tutela dei diritti e delle libertà individuali (indispensabili al funzionamento di una società democratica e ambiti riservati alla sovranità statale), dall'altra.

La giurisprudenza comunitaria è, però, concorde nel ritenere che le deroghe al principio di non discriminazione devono essere interpretate in maniera restrittiva, come si evince chiaramente, dal testo stesso della direttiva, all'art. 2, n. 5, il quale richiede inequivocabilmente il carattere della "necessità". Nel caso di specie, per quanto attiene alla sicurezza aerea, le misure che tendono ad evitare gli incidenti aeronautici, mediante il controllo dell'idoneità e delle capacità fisiche dei piloti, affinché errori umani non siano all'origine degli stes-

si, costituiscono innegabilmente misure idonee a garantire la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 2, n. 5 della direttiva *de quo*.

La Corte, pur ritenendo che gli Stati membri, mediante norme di delega, possano autorizzare le parti sociali ad adottare misure ai sensi dell'art. 2, n. 5, nei settori cui tale disposizione si riferisce, evidenzia che alla misura in questione manca il requisito della necessità, in relazione alla finalità perseguita, atteso che la normativa nazionale e quella internazionale hanno considerato necessario non già vietare ai piloti di esercitare la loro attività dopo i sessant'anni, ma solo limitarne l'esercizio. Verificato che l'art. 2, n. 5, osta ad una clausola come quella *de quo*, la Corte prosegue ad analizzarne l'eventuale compatibilità con il diritto comunitario, rapportandola all'art. 4, n. 1 della direttiva. Quest'ultimo dispone che, per non configurare una discriminazione, la differenza di trattamento deve essere fondata su una caratteristica legata ad uno dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva citata ed essa deve essere requisito «essenziale e determinante» per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Per quanto attiene poi ai piloti di linea, è fondamentale che essi possiedano capacità fisiche particolari, in quanto eventuali carenze, in tale professione, potrebbero avere conseguenze rilevanti. La Corte sottolinea, come peraltro già aveva fatto nella sentenza *Wolf* (C. Giust. 12 gennaio 2010, causa C-229/08) in cui protagonista era la categoria lavorativa dei pompieri, che è innegabile il diminuire, con l'età, di tali capacità. Del resto, il possesso di capacità fisiche particolari può essere considerato «un requisito essenziale e determinante» per lo svolgimento della mansione di pilota di una compagnia aerea. La Corte, però, prosegue affermando che occorre considerare che la cessazione *ipso iure* del rapporto di lavoro al compimento del sessantesimo anno di età appare, comunque, un requisito sproporzionato ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, atteso che la normativa nazionale ed internazionale autorizzano, a determinate condizioni, l'esercizio di tale attività sino all'età di 65 anni.

Infine, la Corte verifica e si esprime sulla questione se la disparità di trattamento, perpetrata dalla clausola del contratto collettivo *de quo*, possa rientrare nelle deroghe al divieto di discriminazione in ragione dell'età di cui all'art. 6 della direttiva 2000/78/CE, il quale stabilisce che gli Stati membri possano prevedere disparità di trattamento (solo) se oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale; inoltre i mezzi per il conseguimento di tale finalità devono essere appropriati e necessari. I giudici, aderendo ad un proprio orientamento ormai consolidato, sostengono che lo scopo di garantire la sicurezza del traffico aereo non rientri tra le finalità legittime della direttiva, in quanto non attinente agli obiettivi di politica sociale espressamente citati nell'art. 6.

3. La sentenza in oggetto, per le argomentazioni sin qui delineate, si colloca tra la giurisprudenza più interessante della Corte di giustizia dell'Unione europea, in quanto esamina nel dettaglio anche deroghe al divieto di discriminazione. Sono tali deroghe, infatti, ad aver stimolato, sulla scorta di una giuri-

sprudenza problematica, un dibattito acceso in dottrina; in particolare, quelle previste all'art. 6 della direttiva, dedicato esclusivamente al fattore età, tipizzando una serie di ragioni, sempre riferite al settore dell'occupazione e del lavoro, che giustificano le disparità.

Quest'ultima disposizione è stata intesa come il punto di equilibrio tra l'interesse del singolo, a non essere discriminato per l'età, e l'interesse generale, ad impostare delle particolari politiche intergenerazionali, soprattutto in materia lavoristica, senza mettere a rischio la gran mole di documenti normativi fondati sul fattore età. Il citato art. 6 giustifica le disparità di trattamento ove fondate su una «finalità oggettivamente e ragionevolmente legittima» e se i mezzi utilizzati per raggiungerla siano «appropriati e necessari».

La portata letterale delle deroghe al divieto di discriminazione per età è, dunque, molto ampia e poco precisa, imponendo un impegnativo lavoro di interpretazione. Tuttavia, sembra che il legislatore dell'UE abbia mantenuto larghe le maglie della disposizione, in ossequio all'ampia discrezionalità del legislatore nazionale in materia, offrendo, però, allo stesso tempo, ai giudici della Corte, spazi interpretativi elastici che permettono una specificazione della portata normativa delle deroghe al divieto. Di qui il ruolo fondamentale della Corte nell'esercitare un sindacato puntuale in questa materia.

Nel caso *Andersen* (C. Giust. 12 ottobre 2010, causa C-499/08, *Andersen v. Region Syddanmark*), per esempio, la Corte di giustizia ritiene non conforme alla direttiva sulla parità di trattamento una normativa nazionale in forza della quale i lavoratori, aventi titolo per beneficiare di una pensione di vecchiaia versata dal proprio datore di lavoro, ai sensi di un regime previdenziale al quale hanno aderito prima di aver raggiunto i 50 anni di età, non possono, in ragione di tale solo fatto, ottenere un'indennità speciale di licenziamento destinata a favorire il reinserimento professionale dei lavoratori aventi un'anzianità di servizio, nell'impresa, superiore ai dodici anni. Tale indennità speciale (di licenziamento) ha l'obiettivo di sostenere i lavoratori in età avanzata, ormai disabituati a destreggiarsi nel mercato del lavoro, escludendo però coloro che, avendo diritto ad una pensione di vecchiaia sufficiente, si presume si siano ritirati dal mercato del lavoro in seguito al licenziamento. La Corte di Lussemburgo fa ricadere tale previsione nelle «politiche del lavoro e del mercato del lavoro» e, in particolare, nelle «condizioni di licenziamento dei lavoratori anziani», ai sensi dell'art. 6, n. 1, direttiva 2000/78/CE, riconoscendole così una finalità legittima. Tuttavia, la Corte ritiene, per quanto concerne i criteri di appropriatezza e necessità dei mezzi utilizzati, che nel caso *Andersen* l'indennità speciale di licenziamento per i lavoratori impiegati continuativamente per più di dodici anni e l'esclusione di coloro che ottengono una pensione di vecchiaia siano mezzi «non manifestamente inadeguati». L'esclusione di chi può beneficiare della pensione è, invece, considerata eccedente il necessario, poiché invoglia i lavoratori «ad accettare una pensione di vecchiaia di importo ridotto rispetto a quello cui potrebbero aspirare restando

in attività fino in età avanzata, il che implica per loro una significativa perdita di reddito a lungo termine».

Nel caso *Georgiev* (C. Giust. 18 novembre 2010, cause riunite C-250/09 e C-268/09, *Georgiev v. Tehnicheski universitet*), invece, la Corte di giustizia si pronuncia in merito ad una disposizione del codice bulgaro, la quale stabilisce il recesso obbligatorio per i professori universitari dal contratto di lavoro a tempo indeterminato a 65 anni, consentendo ulteriori rapporti di lavoro solo a tempo determinato e per un periodo non superiore ai tre anni. In tale caso, la Corte – dopo aver osservato che il giudizio sulle finalità era precluso dalla mancanza di informazioni in merito, che le leggi nazionali non esprimevano esplicitamente gli obiettivi dei loro precetti ed il giudice del rinvio non produceva informazioni sulla genesi e sull'evoluzione applicativa della norma –, memore del suo ruolo e forte di una giurisprudenza pacifica e ragionevole, indaga comunque la sussistenza di una finalità legittima, traendo elementi dal contesto generale. I giudici ritenevano, quindi, da una parte, astrattamente legittimo che un ordinamento nazionale regolasse l'accesso al ruolo di professore universitario, per ripartire, in modo ottimale, i posti disponibili tra le generazioni; dall'altra, sostenevano che la situazione concreta, su cui la legge nazionale interveniva, avrebbe potuto non giustificare oggettivamente e ragionevolmente la discriminazione prodotta. Infatti, nel caso *Georgiev*, secondo la prospettazione fornita dal ricorrente nel giudizio principale, l'età media dei professori era di 58 anni ed il loro numero non superava le mille unità, essendo tale professione poco attrattiva nel territorio. Ciò, se confermato, avrebbe reso le misure adottate inutili ad incoraggiare l'occupazione giovanile. Quindi, i giudici della Corte salvavano, *sub condicione*, la finalità della legge nazionale, chiedendo al giudice bulgaro di verificarne la legittimità sulla base dell'incidenza concreta dell'impianto normativo nel sistema interno. La Corte, comunque, riteneva che il pensionamento d'ufficio del professore a 68 anni potesse essere considerato mezzo adeguato alle finalità perseguite, in considerazione dell'elevato limite di età e della caratteristica staticità del mercato del lavoro, in ambito accademico, per cui devono potersi avere posti vacanti per procedere a nuove assunzioni.

4. Alla luce di quanto analizzato nel paragrafo precedente, è evidente che la formulazione del parametro della finalità legittima consente letture molto diverse e, per questo, in via interpretativa, sono state prospettate soluzioni finalizzate a circoscriverne l'ampiezza.

La Corte, con la sentenza *Prigge*, conferma un proprio orientamento, ormai sempre più consolidato, consistente nell'interpretare il concetto di finalità legittima, come si è visto, identificandolo con gli obiettivi di politica sociale tipizzati nella direttiva stessa. La Corte, nel caso *de quo*, facendosi forza su una nuova fase del divieto di discriminazione in ragione dell'età, quale principio fondamentale ormai acclarato del diritto dell'Unione europea (con il recepimento della Carta di Nizza da parte del Trattato di Lisbona), avrebbe potuto, ma non ha voluto, operare un *revirement*, accogliendo quell'indirizzo dottri-

nale minoritario che ha riconosciuto autonomia alla nozione di «finalità legittima» di cui all'art. 6 della direttiva 2000/78/CE rispetto agli specifici obiettivi di politica sociale elencati (in questo senso G. LOY, *op. cit.*, 524-526).

È pur vero, però, come accennato, che l'ampiezza delle clausole con le quali si consentono le giustificazioni delle discriminazioni per età ha indotto taluni a parlare dell'età come la "cenerentola" dei fattori di discriminazione. È pacifico, infatti, che sarebbe opportuno, invece, che eccezioni e deroghe al principio di non discriminazione per ragioni di età fossero sottoposte ad uno *strict scrutiny*, come per tutti i diritti fondamentali. Il test di legittimità dovrebbe essere fondato sul requisito della necessità, e non su quello della mera razionalità, al fine sempre di renderlo un principio fondamentale dell'Unione europea alla stregua degli altri, esigenza oggi più che mai avvertita, dato anche il fatto che è destinato a configurare, con ogni probabilità, la discriminazione più diffusa nel futuro.

La Corte, al di là del contenuto della direttiva, trattandosi comunque di un principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea, avrebbe potuto almeno fornire indicazioni ulteriori. Costituendo, infatti, la sua giurisprudenza diritto derivato e vivente dell'Unione europea, elementi maggiormente precisi sarebbero stati offerti ai paesi membri, qualora essa, pur nelle maglie strette del rinvio pregiudiziale, avesse fornito almeno qualche maggiore spunto di riflessione circa l'effettiva compatibilità di una disposizione come quella del contratto collettivo tedesco ed il divieto di discriminazione fondato sull'età. Ha aggirato, invece, qualunque ulteriore sconfinamento nel merito, ritenendo la misura sproporzionata, solo perché le parti sociali, al fine di garantire la sicurezza aerea, sono andate oltre, introducendo un divieto totale di esercizio dell'attività lavorativa di pilota dopo i sessant'anni, laddove, a livello internazionale e nazionale, si ha semplicemente una limitazione.

Ad ogni modo, la sentenza *Prigge*, pur non rappresentando un *novus* nella giurisprudenza comunitaria in materia, si colloca comunque nel solco di quella giurisprudenza che ha fortemente ridimensionato la convinzione (diffusa nella dottrina europea di inizio secolo) della portata minimalista del divieto di discriminazione per età e della speculare ampiezza delle deroghe al divieto, la cui ricaduta innovativa, potenzialmente "eversiva", va prudentemente scongiurata in via di interpretazione. La Corte, in sostanza, non nega mai l'ampio margine discrezionale del legislatore nazionale sui mezzi da apprestare per svolgere politiche sociali e di occupazione, ma rivendica il proprio «controllo e giudizio» sulla fattispecie sottoposta al rinvio per interpretazione, basandolo sui parametri di legittimità delle finalità e della appropriatezza e necessità dei mezzi approntati, che possono tradursi facilmente come criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Si tratta di clausole generali interpretabili elasticamente a diversi fini, le quali costituiscono strumenti di ponderazione fra i diversi principi interni all'ordinamento. Alla luce di tale considerazione e del rango di principio fondamentale dell'Unione europea, assunto ormai inequivocabilmente dal divieto di discriminazione in ragione dell'età, si ritiene che,

nella sentenza oggetto di questa nota, i giudici di Lussemburgo avrebbero potuto fornire ulteriori indicazioni circa la mancata compatibilità della clausola del contratto collettivo tedesco con il diritto comunitario.

Rosita Zucaro
Avvocato del Foro di Civitavecchia

2. Parità di trattamento

2.1. C. Giust. 1° marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres*, causa C-236/09 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 20).

Rinvio pregiudiziale - Diritti fondamentali - Lotta contro le discriminazioni - Parità di trattamento tra uomini e donne - Accesso a beni e servizi e loro fornitura - Premi e prestazioni assicurative - Fattori attuariali - Presa in considerazione del sesso dell'assicurato quale fattore per la valutazione dei rischi assicurativi - Contratti privati di assicurazione sulla vita - Direttiva 2004/113/CE - Art. 5, par. 2 - Deroga non soggiacente a limiti temporali - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Artt. 21 e 23 - Invalidità.

L'art. 5, n. 2, della direttiva del Consiglio 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012.

La Corte di giustizia interviene sulla parità di trattamento tra uomini e donne e sulla rilevanza del genere quale fattore di rischio nelle prestazioni assicurative

Sommario: **1.** Posizione del problema e questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia. – **2.** Quadro normativo di riferimento e considerazioni sulla rilevanza dei “fattori attuariali”. – **3.** La *ratio* della decisione dei giudici sulla incompatibilità dell'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/113/CE. – **4.** La posizione della Corte sui principi di parità di trattamento e uguaglianza nei contratti assicurativi.

1. La Corte di giustizia con la sentenza C-236/09 (in epigrafe) si è pronunciata in merito a norme sostanziali della direttiva 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, dichiarando l'invalidità, a partire dal 21 dicembre 2012, dell'art. 5, par. 2, della citata direttiva, il quale consente agli Stati membri, in via di eccezione, di prendere in considerazione il criterio del sesso ai fini della determinazione dei premi e delle prestazioni assicurative, qualora tale fattore

sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici.

La pronuncia della Corte segue una domanda pregiudiziale proposta nell'ambito di una controversia da parte di un'associazione dei consumatori belga, la *Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL*, e da due clienti contro il Consiglio dei Ministri del regno del Belgio, avente ad oggetto l'annullamento della legge belga del 21 dicembre 2007 che, modificando una precedente legge del 10 maggio 2007, concretizzava la facoltà di deroga contemplata dal citato art. 5, par. 2, unicamente per i contratti di assicurazione sulla vita (sul punto si segnala che anche l'Italia si è avvalsa della facoltà di deroga con la previsione dell'art. 55-*quarter* del d.lgs. n. 198/2006 intitolato *Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*).

Nel merito, la ricorrente associazione dei consumatori riteneva incompatibile l'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/113/CE con le norme dell'Unione europea di livello superiore, e precisamente con il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, sancito dalla Carta europea dei diritti fondamentali, che vieta le discriminazioni fondate sul sesso e assurge al rango di principio costituzionale dell'Unione per effetto del nuovo art. 6 del TUE – Trattato sull'Unione europea (sul punto si leggano per approfondimenti M. BELL, *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 1 ss.; ID., *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione europea*, annuario 1999, Atti del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Cedam, Padova, 1999; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999; I. VIARENGO, *Principio di non discriminazione e azioni positive nel diritto comunitario: la Corte di Giustizia supera l'indirizzo Kalanke?*, in *RDIPP*, 2001, 157; A. WEBER, *Il futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RIDPC*, 2002, 31).

Il punto centrale era il seguente: se da un lato la direttiva 2004/113/CE escludeva ogni distinzione fondata sul sesso, per quanto riguardava l'accesso a beni e servizi nonché per la loro fornitura, dall'altro, introduceva una deroga. Letteralmente la norma recita così: «fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere anteriormente al 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici. Gli Stati membri interessati informano la Commissione e provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Tali Stati membri riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 di-

cembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione».

E proprio su questo aspetto si incentra la *vexata quaestio* sollevata dall'associazione belga, per la quale l'interpretazione letterale della direttiva non consente di affermare con certezza che la norma derogatoria debba necessariamente cessare di produrre i suoi effetti dopo il 21 dicembre 2012; ragion per cui la Corte costituzionale belga, rilevando che il ricorso sollevava un problema di validità di una disposizione di una direttiva, aveva sospeso il giudizio rimettendolo dinanzi alla Corte di giustizia europea.

In concreto, il giudice nazionale poneva due questioni pregiudiziali: se l'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/113/CE fosse compatibile con l'art. 6, par. 2, del TUE e più precisamente con il principio di parità e di non discriminazione garantito da tale disposizione; in caso di soluzione negativa della prima questione, se lo stesso art. 5, par. 2, della citata direttiva fosse parimenti incompatibile con l'art. 6, par. 2, del TUE qualora la sua applicazione fosse limitata ai soli contratti sulla vita.

2. Il problema è affrontato dalla Corte attraverso un ragionamento complesso che ha come punto di partenza non solo il contesto normativo nel quale la questione pregiudiziale si colloca ma anche il pregresso percorso legislativo che aveva, a suo tempo, condotto all'adozione della direttiva giustificandone la deroga.

Nella formulazione originaria dell'atto comunitario, in realtà, non erano contemplate delle deroghe, anzi, la Commissione, nella prima proposta, si era pronunciata in senso contrario rispetto alla possibilità di prevedere differenziazioni fondate sul sesso, in quanto in contrasto con il principio della parità di trattamento; tuttavia, alla luce delle specifiche esigenze del settore assicurativo e dei rischi specifici, si introduceva la possibilità di derogare alla direttiva solo nei casi in cui la legislazione nazionale non avesse già applicato la norma unisex e comunque per un periodo transitorio. Tutto ciò fermo restando che l'individuazione di fattori attuariali non potesse, in ogni caso, far sì che un principio fondamentale del diritto fosse svuotato di significato e precisando che, comunque, i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non determinavano differenze nei premi e nelle prestazioni individuali, ai sensi della disposizione dell'art. 5, par. 3, della direttiva (sul punto si legga in particolare C. Giust. 9 settembre 2003, C-25/02, *Rinke*, in *Racc.*, 2003, I-8349, punto 39). Il dato reale, al momento dell'adozione dell'atto comunitario, infatti, era la larga diffusione negli Stati membri, da parte delle compagnie assicurative, di fattori attuariali diversi e correlati al sesso, così come constatato nel diciottesimo *Considerando*. Il principio posto a fondamento dalle compagnie assicurative era che la differenziazione si determinava sulla base di valutazioni prognostiche e del fatto che le assicurazioni offrono servizi rispetto ai quali, al momento della conclusione del contratto, non si hanno certezze sul se, quando e in che misura saranno goduti dall'interessato.

E proprio il riferimento alle differenze di genere e ai “fattori attuariali”, quali elementi determinanti nella valutazione dei rischi, è stato il punto su cui si sono soffermate le osservazioni dell’avvocato generale che ha sottolineato due aspetti rispetto ai quali appare opportuno un *excursus* sugli orientamenti della giurisprudenza comunitaria. Se da un lato, infatti, costante giurisprudenza ritiene che non vi siano dubbi sul fatto che delle discriminazioni indirette possano risultare da dati statistici, dall’altro, la Corte non ha mai accettato che tali dati rappresentassero l’unico elemento di collegamento e, quindi, l’unica causa di giustificazione per una disparità di trattamento a carattere diretto, come nella fattispecie in oggetto. Sul punto, il citato art. 5, par. 2, della direttiva non prende in considerazione le effettive differenze biologiche tra uomini e donne, ma resta sul piano ipotetico, considerando il possibile verificarsi di un rischio assicurativo sulla sola base di meri dati statistici. Questo è stato un dato sul quale l’avvocato generale, nel corso del processo, ha più volte insistito, facendo rilevare che si è in presenza di una considerazione aprioristica, quella per la quale la diversità tra uomini e donne rispetto alle aspettative di vita sia riconducibile al sesso. Tale impostazione però appartiene a un modello di ruolo tradizionale e non segue l’evoluzione della società, per cui oggi non è possibile istituire un collegamento univoco tra le conseguenze prodotte da fattori comportamentali sulla salute e sull’aspettativa di vita di una persona e il sesso di quest’ultima (in merito si leggano le conclusioni dell’avvocato generale, punti 60 e 61, e il punto 68, nel quale si ribadisce che non costituiscono un motivo oggettivo che possa giustificare la disparità di trattamento *de quo* neppure delle considerazioni di natura prettamente finanziaria riguardanti il pericolo di un aumento dei premi per una parte o per tutti gli assicurati. Per approfondimenti si veda anche la nota di F. PERSANO, *Parità di trattamento tra donne e uomini e rilevanza del genere a titolo di fattore di rischio nei servizi assicurativi*, in *RCP*, 2011, n. 6, 1269).

3. In punto di diritto i giudici della Corte di giustizia – prima di entrare nel merito e affrontare, decidendo, la questione sulla incompatibilità dell’art. 5, par. 2, con i principi fondamentali dell’Unione europea – in maniera propeudeutica, passano in rassegna sia il fondamento giuridico della direttiva sia le disposizioni precedenti l’art. 5. La base giuridica dell’atto comunitario in oggetto – ma anche delle altre direttive su temi affini, quali la 2000/78/CE e la 2000/43/CE – è l’art. 19, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), che attribuisce al Consiglio europeo il potere di adottare provvedimenti opportuni per combattere tutte le discriminazioni fondate sul sesso, sulla razza o sull’origine etnica, sulla religione o sulle convinzioni personali, sulla disabilità, sull’età o sull’orientamento sessuale.

Su questo principio comunitario si impianta la direttiva 2004/113/CE nel quale ambito di applicazione rientrano «le persone che forniscono beni e servizi che sono a disposizione del pubblico, indipendentemente dalla persona interessata per quanto riguarda sia il settore pubblico che quello privato, compresi gli organismi pubblici e che sono offerti al di fuori dell’area della vita privata

e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito» (art. 3, par. 1) e come tale interessa i servizi assicurativi. Non solo. L'art. 3 deve essere letto in modo organico con il successivo art. 4 che vieta ogni discriminazione, diretta e/o indiretta, basata sul sesso, e, in combinato disposto con altre norme di riferimento quali l'art. 157, par. 1 del TFUE, che stabilisce il principio della parità tra uomini e donne, e l'art. 8 TFUE in virtù del quale l'Unione, nelle sue azioni, mira a eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne.

In tale contesto si inserisce il ragionamento della Corte la quale ha ritenuto legittima la possibilità, per il legislatore comunitario, di prevedere delle deroghe ai principi fondamentali dell'UE sull'uguaglianza tra uomo e donna precisando, però, che queste devono avere carattere provvisorio e temporaneo, al fine di consentire un graduale adeguamento del sistema socio-economico ai principi fondamentali dell'Unione, per evitare distorsioni nella concorrenza e per giungere a una finalità sociale di miglioramento e parificazione delle condizioni di lavoro, ai sensi dell'art. 157 del Trattato che istituisce la Comunità europea – TCE (*ex art.* 119). Il presupposto è nella normativa comunitaria che legittima a mettere in atto il principio della parità tra uomini e donne, e, più precisamente, nell'applicazione della regola dei premi e delle prestazioni unisex, in modo graduale e per periodi transitori, così come disposto dall'art. 5, par. 1, della direttiva 2004/113/CE.

Il ragionamento della Corte prosegue affermando che l'art. 5 della direttiva *de quo* sarebbe incompatibile con principi fondamentali dell'Unione, qualora fosse interpretato come norma indicante la possibilità, e non la certezza, della fine della deroga alla data del 21 dicembre 2012. Secondo la Corte, il citato articolo è compatibile con i principi dell'Unione nella misura in cui è interpretato nel senso che la deroga viene a cessare i propri effetti a far data dal 21 dicembre 2012, non potendosi consentire, oltre quella data, che fattori attuariali legati al sesso possano influire sui contratti e sulle prestazioni assicurative. Una disposizione che consentisse agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex sarebbe contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra uomini e donne perseguito, invece, dalla direttiva e incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4. E proprio sul principio di parità di trattamento la Corte, pur se brevemente, basa la sua decisione, ponendo allo stesso tempo dubbi, ma anche spunti di riflessione sulla operatività di tale principio con quello di uguaglianza che vieta di trattare situazioni paragonabili in maniera diversa o situazioni diverse in modo uguale, a meno che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata (sul punto si legga C. Giust. 16 dicembre 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e al.*, in *Racc.*, I-9895, punto 46). Ne discende che la possibilità di assimilare le situazioni in questione deve essere valutata alla luce dell'oggetto e dello scopo dell'atto dell'Unione il quale stabilisce la distinzione di cui trattasi. Nella fattispecie, la distinzione è introdotta dall'art. 5,

par. 2, della direttiva 2004/113/CE. Ed il punto è se le rispettive situazioni degli assicurati di sesso femminile e maschile, nell'ambito di alcuni settori quali quello delle assicurazioni private, possano essere considerate paragonabili in considerazione del fatto che, dal punto di vista tecnico degli assicuratori, i quali classificano i rischi per categorie sulla base delle statistiche, i livelli di rischio assicurato possono essere differenti per le donne e gli uomini. I giudici della Corte, infatti, sono chiari nell'affermare che la direttiva 2004/113/CE si fonda sulla premessa secondo cui, ai fini dell'applicazione del principio della parità di trattamento, sancito dagli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la situazione delle donne e quella degli uomini in rapporto ai premi e alle prestazioni assicurative da essi stipulati sono paragonabili.

Alla luce di tali conclusioni, la Corte ha ritenuto superfluo pronunciarsi in merito alla seconda questione. Sul punto, tuttavia, si riporta che lo stesso avvocato generale aveva ritenuto non rintracciabili ragioni, riguardanti in special modo i contratti di assicurazione sulla vita, che potessero portare necessariamente a ritenere ammissibile la previsione di premi e prestazioni assicurative differenziati sulla base del sesso degli assicurati (si leggano le conclusioni dell'avvocato generale, punti 85 e 86).

Roberta Caragnano

Ricercatrice Adapt

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Spagna

- *relazioni di lavoro e libertà religiosa (1.1. – 1.2.)*

Stati Uniti

- *salute e sicurezza dei lavoratori e tutela dell'ambiente (2.1.)*

*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. Spagna

1.1. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Avance del Padrón municipal a 1 de enero de 2010*, Notas de Prensa, 29 aprile 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 17).

1.2. Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (in  indice A-Z, voce *Spagna – Lavoro subordinato*).

(1.1. – 1.2.) Relazioni di lavoro e libertà religiosa in Spagna: una materia controversa (*)

Sommario: **1.** Fenomeno religioso e scienze sociali. – **2.** Mutazione della realtà religiosa spagnola. – **3.** La libertà religiosa come concetto complesso. – **4.** Diritto alla libertà religiosa e relazioni di lavoro. – **5.** Vigenza della libertà religiosa nella relazione tra privati e insufficienza normativa. – **6.** Sfide del diritto del lavoro spagnolo.

1. Le scienze sociali hanno studiato in una infinità di occasioni, dalla sua origine e da prospettive molto diverse, l'influenza del fenomeno religioso nelle società. Questo perché la religione, in particolare quella cristiana, ha svolto un ruolo importante nella configurazione delle società dell'Europa occidentale. In altre parole, appare impossibile comprendere la realtà della società in cui viviamo senza conoscere l'influenza che le varie religioni hanno esercitato negli ultimi due millenni.

Il presente articolo è stato scritto pochi anni dopo il centenario di un importante studio classico che, non solo dal punto di vista della sociologia delle religioni ma anche come studio rivoluzionario più ambizioso, andò al di là della specifica disciplina e trattò l'influenza della religione sulla società e sull'economia. A dire il vero, tentò di spiegare scientificamente la nascita del capitalismo moderno, con tutto ciò che esso comportava. Naturalmente il riferimento è all'etica protestante e allo "spirito" del capitalismo di Max Weber. Questo lavoro fu pubblicato con il titolo *Die Ethik und der Geist des Kapitalismus protestantische*, nei volumi 19 e 20 della rivista *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, rispettivamente nel 1904 e 1905.

2. La realtà sociologica spagnola è stata storicamente modellata da varie confessioni religiose: cattolici, musulmani, ebrei e, più tardi, evangelisti. La Spagna non è mai stata – né lo è oggi – un territorio uniconfessionale, anche se per vari fattori la Chiesa cattolica, come nel caso dell'Italia e dell'Irlanda, è

* Traduzione dallo spagnolo a cura di Annalisa Difronzo.

penetrata in profondità in molti settori. Un'indagine condotta nel gennaio 2002 dimostra che la stragrande maggioranza della popolazione spagnola si definisce cattolica (79,7%), l'1,4% credente in un'altra religione, l'11,5% non credente e il 7,3% non risponde (A. PÉREZ-AGOTE, J.A. SANTIAGO GARCÍA, *La situación de la religión en España a principios del siglo XXI*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, 29).

Questo articolo, tuttavia, non avrebbe alcun significato se si considerasse una realtà sociologica con un'unica confessione religiosa, solitamente coincidente (anche se non sempre) con l'esistenza in un determinato territorio di una sola etnia. Al contrario, la penisola iberica, come porta di transito tra Europa e Africa, tra America e Mediterraneo, è stata fin dal passato popolata da una pluralità di gente di origini molto diverse. Così, se si guarda alla rapida mutazione che ha subito la società spagnola in pochi anni, relativamente alla composizione demografica, pare logico che le scienze sociali – e il diritto non è un'eccezione – si sono interessate sempre di più al fenomeno religioso ed al suo impatto con il Paese, come già è avvenuto in diversi momenti storici in Stati con società molto composite come la Germania, la Francia, il Regno Unito o gli Stati Uniti. Così, alla tradizionale pluralità religiosa della Spagna si deve aggiungere ora la diversità accentuata dai più recenti movimenti migratori. Secondo i dati dell'Istituto Nacional de Estadística (INE) ottenuti dal registro comunale degli abitanti aggiornato al 1° gennaio 2010, di 46.951.532 persone, 41.242.592 sono di nazionalità spagnola e 5.708.940 sono di origine straniera (di questi, 2.346.515 provenienti da Paesi dell'UE-27), in pratica il 12,2% del totale (cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Avance del Padrón municipal a 1 de enero de 2010*, Notas de Prensa, 29 aprile 2010, in epigrafe). Questo significa che coesistono nel territorio una serie di minoranze religiose.

3. Parlare di libertà religiosa nel rapporto di lavoro all'interno dello Stato spagnolo contemporaneo è come parlare del ruolo che effettivamente svolge la religione nel mondo globalizzato, in cui i soggetti privati interagiscono tra loro in risposta non solo alle variabili economiche di grande complessità, come si potrebbe comunemente pensare, ma anche d'accordo con il pensiero di questi stessi soggetti, in un sistema di valori variegati. In definitiva, si sta cercando di studiare la dinamica del fenomeno religioso, che fa più o meno parte della coscienza del singolo (*homo religiosus*), nell'ambito della determinata e profondamente estesa realtà sociale del secolo in cui viviamo, qual è quella della relazione di lavoro subordinato.

Al di là della spiegazione giusnaturalista relativa alla sua nascita, la libertà religiosa è un concetto complesso, frutto di un processo storico sviluppatosi nel corso dei secoli, dall'antichità – dove fonda le sue radici – fino all'era contemporanea, attraverso le molteplici e cruente battaglie sociali in cui si sono impegnati quei gruppi sociali portatori di valori diversi da quelli della maggioranza. L'origine moderna del concetto di libertà religiosa si può collocare alla fine delle c.d. "guerre di religione" che hanno distrutto l'Europa, lascian-

do un segno ancora facilmente percepibile nella società europea attraverso manifestazioni molto diverse. Dai dissidenti (anabattisti, trinitari, ariani, ecc.), respinti da tutte le ortodossie, sono nate le posizioni degli intellettuali a favore della libertà di coscienza e della tolleranza religiosa, voci che sono state amplificate dalle nuove tecnologie e da mezzi di comunicazione, come la stampa. Nonostante ciò, gli antecedenti della libertà di religione si possono collocare nel mondo antico come antefatti che hanno reso possibile la creazione e il successivo sviluppo del concetto di Illuminismo, la cui configurazione ha generato quella libertà religiosa che oggi si può riscontrare nella grande maggioranza degli Stati che compongono l'Europa occidentale.

Secondo l'attuale stato di conoscenza del mondo antico, pare sia stato Tertulliano (giurista di origine cartaginese), il primo autore dell'antichità ad aver sostenuto il valore di un insieme di proposte ideologiche qualificabili come un remoto antecedente di "libertà religiosa". Egli scrisse nell'anno 212 a.C. le seguenti righe a Scapula, proconsole d'Africa e persecutore dei cristiani, in un testo del genere apologetico: «È un diritto umano e un privilegio naturale di ognuno adorare le divinità come desidera: la religione di un individuo non danneggia né favorisce un altro individuo. Non è un atto religioso imporre la religione, ciò che deve spingere l'uomo verso la religione è il libero arbitrio non la forza, come non si può pretendere che i sacrifici si facciano di buon grado. Non farai nessun piacere al tuo Dio costringendoci a sacrificare. Essi non desiderano sacrifici da coloro i quali sono obbligati, a meno che si contende avidamente qualcosa che non è proprio di Dio» (testo riportato in M. MARCOS, *La idea de libertad religiosa en el Imperio romano*, in *Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones*, 2007, n. 18, 61).

A riguardo, [cfr. originale, pag. 5] è ovvio che la tolleranza religiosa nei suoi vari aspetti e forme, così come l'attuale concetto di libertà religiosa, trova la sua ragion d'essere nella dinamica, nel quotidiano, delle diverse popolazioni. L'eterogeneità delle stesse può essere sottolineata, a seconda dell'epoca e del luogo, da elementi come lo stato o la classe sociale, l'etnia o la religione (o tutti insieme), per citare alcune caratteristiche chiave, che – nonostante presenti in diversi momenti storici e differenti luoghi – non hanno mai raggiunto le note di complessità e ricchezza che coesistono oggi nella società multiculturale europea. La società spagnola, in conformità con quanto avvenuto poco a poco in Europa e nel mondo con la transizione democratica, non è una eccezione.

4. Quello attuale si caratterizza per essere un periodo storico in cui le aziende interagiscono in un mercato globalizzato, pertanto i lavoratori che ne fanno parte hanno origini e tradizioni molto diverse. Così, non solo le popolazioni di un Paese, regione o città sono diverse, ma questa pluralità sociale, etnica e religiosa si rispecchia nel mondo del lavoro. La pratica della religione, le credenze e, infine, l'atto di fede, che concorrono in uno spazio così endogamico e impermeabile, come quello lavorativo (in relazione all'autorità di Governo, ai media, ecc.), sono di natura molto distinta e, di conseguenza, è richiesta la

soddisfazione di molte necessità per evitare la violazione dei diritti fondamentali. Inoltre, dal punto di vista imprenditoriale, è necessario garantire il normale sviluppo dell'impresa. Non si deve perdere di vista che la tutela e la garanzia del diritto alla libertà religiosa sono state gradualmente trasferite dall'ambito del potere politico a quello del potere privato.

Il fenomeno religioso non si limita ad un ambito interno o privato del credente, limitazione che renderebbe sterile qualsiasi articolo o studio come il presente; tale fenomeno si esteriorizza e rende la religione un fenomeno sociale, portando le autorità – o, in termini moderni, lo Stato-Nazione – a tentare di regolarlo secondo l'ideologia dominante in quel momento storico. Questo ha dato luogo, da un punto di vista storico, a vari modelli di regolamentazione del fenomeno religioso (P. LOMBARDÍA, J. FORNÉS DE LA ROSA, *El derecho eclesiástico*, in AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 2004, 19). Tuttavia, la relazione dialettica tra Stato (confessionale/non confessionale) e lavoratore (credente/non credente) ha lasciato spazio anche alla relazione problematica tra datore di lavoro (ideologico/non ideologico) e lavoratore (credente/non credente). Per questo motivo gli Autori hanno prestato particolare attenzione a ciò che la dottrina spagnola definisce "impresa ideológica" o "de tendencia" e la dottrina tedesca chiama "Tendenzbetrieb" (cfr. F.R. BLAT GIMENO, *Relaciones laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986).

Che forza ha un diritto fondamentale come la libertà religiosa (più ristretta della coscienza) nelle relazioni tra i privati, in particolare all'interno del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro? La dottrina giuslavorista spagnola non ha dato una risposta soddisfacente a tale domanda. La cosa peggiore è che pochi Autori hanno sollevato tale interrogativo. Si tenga a mente che il principio di libertà religiosa «suppone il riconoscimento di un ambito di privilegi che permettano di seguire la propria fede e le espressioni individuali e collettive che essa comporta». Ovvero: «la libertà religiosa genera un dovere di astensione o non interferenza tanto per i poteri pubblici che per tutti i soggetti privati» (L. PRIETO SANCHÍS, *Principios constitucionales del derecho eclesiástico español*, in AA.VV., *Manual de Derecho eclesiástico*, Trotta, Madrid, 2004, 26). Quest'ultima idea deve essere mantenuta, e tale dovere di astensione e non interferenza deve affermarsi nel rapporto giuridico che lega il datore di lavoro al lavoratore subordinato nell'ambito del contratto di lavoro. Tale dovere o, meglio, il diritto del lavoratore al rispetto della libertà religiosa nell'ambito del contratto di lavoro, non è stato sufficientemente studiato, né pare aver trovato una risposta soddisfacente negli antecedenti che possono essere ravvisati nelle raccolte della giurisprudenza, sia ordinaria sia costituzionale (A. MARTIN VALVERDE, *Libertad religiosa, contrato de trabajo y docencia de religión*, in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2008, n. 138, 275-311), a cura dei tribunali spagnoli.

Nella maggior parte delle occasioni la giurisprudenza ordinaria non identifica le controversie come una vera violazione dei diritti fondamentali, piuttosto

come una questione di diritto comune. Dal-Ré Valdés espande la critica alla giurisprudenza europea, evidenziando «la rinuncia dei tribunali di ricercare una soluzione razionale tra l'esercizio di questo diritto fondamentale, la libertà religiosa, e l'organizzazione del lavoro. Una cosa è sostenere che il datore di lavoro non riconosce quelle misure indirizzate a garantire l'effettività della religione e altra cosa ben distinta è ridurre il contenuto della libertà religiosa ad un divieto di interferenza (F. VALDÉS DAL-RÉ, *La libertad religiosa y su problemática acomodación con al organización del trabajo*, in *Relaciones Laborales*, 2004, n. 24, in www.laleylaboral.com).

5. Il familiare processo di laicizzazione, iniziato con la modernità, non ha portato alla scomparsa di un fenomeno così mutevole e adattabile com'è il fenomeno religioso, sorprendendo non pochi autori (Max Weber spiegò molto tempo fa e sapientemente la capacità di cambiamento della religione durante la nascita del capitalismo). Questa sorpresa può essere imputata o alla ignoranza oppure alla ingenuità intellettuale di alcuni. Al contrario, il fenomeno religioso, molto spesso considerato anacronistico, è stato potenziato dalle continue migrazioni dei lavoratori che hanno caratterizzato l'ultima decade della storia europea, e nel caso della Spagna, anche i tempi recenti. Se le società europee non sono mai state religiosamente omogenee, ora lo sono certamente meno. Regola che deve applicarsi anche al mondo del lavoro.

La turbolenta storia dell'Europa, la cui posizione geografica ha favorito nei secoli il proliferarsi di devastanti guerre di religione, ha dimostrato che non si può parlare di una vera democrazia quando non è rispettata la libertà di religione. In realtà non si può parlare di vera convivenza tra i cittadini che abitano un territorio quando non vengono rispettate dallo Stato, né tantomeno dai soggetti privati, le loro convinzioni, in particolare le loro convinzioni religiose. Una sfumatura, quella della efficacia e vigenza dei diritti fondamentali tra i privati, che assume una particolare rilevanza nell'epoca contemporanea: non esisterà una vera e completa libertà se la libertà di credenza e la libertà religiosa non saranno rispettate nelle scuole, nei mezzi di comunicazione, e in definitiva se queste libertà continueranno ad essere calpestate dal mondo imprenditoriale. Questo rispetto, naturalmente, non è solo attribuibile alla esistenza del sentimento religioso, ma anche alla mancanza di questo sentimento, come nel caso dell'ateismo, estremo che molte volte è egoisticamente dimenticato.

Una democrazia avanzata, come il sistema politico che vige nella gran parte degli Stati europei con diversi livelli di maturità (ricordiamo che la Spagna abbandonò l'idea della religione cattolica come religione ufficiale a partire dalla morte di Franco, nel 1975, con la transizione democratica), non può limitarsi semplicemente a rispettare, a tollerare l'esistenza di diverse religioni ma deve rimuovere tutti gli ostacoli alla loro pratica. Probabilmente, questa sfumatura è molto più chiara dove, da un punto di vista sociologico, non c'è una parte cospicua della popolazione che segue una determinata dottrina religiosa. Pertanto, è nei territori in cui esistono minoranze religiose che

l'elemento della libertà religiosa è essenziale, se si vuole mantenere non solo una mera coesistenza pacifica, ma anche una vera convivenza, che sia fonte di arricchimento per tutti, per coloro che professano la credenza maggioritaria, per le minoranze religiose e per coloro che non professano alcuna religione. A maggior ragione, in quei Paesi come la Spagna, in cui le minoranze religiose diventano una maggioranza in alcune città o quartieri, la libertà religiosa deve garantire la libertà e l'uguaglianza delle persone, dei lavoratori e delle lavoratrici il cui credo in quel territorio non è storicamente radicato.

È ovvio che le norme giuridiche, come quelle riguardanti il lavoro, sono state progettate secondo le necessità, la visione del mondo e le tradizioni della religione dominante; nello Stato spagnolo la religione cattolica è tale e per questo difficilmente siffatte norme potranno garantire una ottima convivenza nel momento in cui applicate a lavoratori di religioni differenti. Pertanto, il cittadino può chiedersi com'è possibile che il legislatore spagnolo si limiti semplicemente a voler promulgare una nuova *Ley Orgánica de libertad religiosa* (la legge costituzionale vigente è quella del 5 luglio 1980, n. 7) quando le leggi sul lavoro, in particolare lo Statuto dei lavoratori, e quelle sulla sicurezza sociale, dal momento in cui sono state promulgate, non danno prova di un cambiamento profondo della realtà che hanno inteso disciplinare. Due sono le questioni controverse nel diritto della sicurezza sociale in Spagna: il diritto alla pensione di reversibilità nel caso di poligamia o nel caso di matrimonio con rito gitano.

Lo Statuto dei lavoratori, la norma suprema del diritto del lavoro spagnolo (*Real Decreto Legislativo* del 24 marzo 1995, n. 1, che ha approvato il testo della legge dello Statuto dei lavoratori, in epigrafe), dedica solo due articoli alla relazione tra prestazione di lavoro e credenza religiosa del lavoratore; non dedica nessun articolo alle imprese ideologiche o di tendenza. Concretamente si tratta di una traduzione legale del divieto costituzionale di non discriminazione per ragioni di religione. Secondo l'art. 14 della Costituzione spagnola «gli spagnoli sono uguali dinnanzi alla legge, senza alcuna distinzione di razza, nascita, sesso, religione, opinione o qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale». L'art. 4, comma 2, lett. c, dello Statuto dei lavoratori stabilisce che nelle relazioni di lavoro i lavoratori hanno diritto «a non essere discriminati all'interno dello Stato spagnolo, direttamente o indirettamente sul posto di lavoro, per motivi di sesso, status sociale, età nei limiti della stessa legge, razza o origini etniche, condizioni sociali, religione o credo, convinzioni politiche, orientamento sessuale, appartenenza o meno ad un sindacato, così come per ragioni di lingua». D'altra parte, l'art. 17, comma 1, precisa che «saranno considerati nulli e senza effetto i precetti regolatori, le clausole dei contratti collettivi, i patti individuali e le decisioni unilaterali del datore di lavoro che daranno luogo sul posto di lavoro, in materia di retribuzione, orario di lavoro e condizioni di lavoro, a situazioni di discriminazione diretta o indiretta per ragioni di età o disabilità oppure per ragioni di sesso, razza o origine etnica, status civile, condizioni sociali, religione o credo, idee politiche, orienta-

mento o condizioni sessuali, appartenenza o meno ai sindacati, vincoli di parentela con persone legate all'impresa e lingua all'interno dello Stato spagnolo».

6. La globalizzazione, la multiculturalità, la mancanza strutturale di capacità, la delocalizzazione, che comprende il lavoro della c.d. "generazione Y", la profonda crisi economica sono tutte sfide che le imprese europee devono affrontare da un punto di vista organizzativo, economico, ma anche dal punto di vista delle risorse umane e dell'approccio giuridico. La sfida è così grande che l'impatto della pluralità culturale e religiosa interessa svariati ambiti, dal più generale che riguarda le politiche di prevenzione dei rischi (quale professionista non ha incontrato difficoltà nell'applicazione della normativa sulla salute e sicurezza quando molto spesso non conosceva la lingua del Paese in cui lavorava?), fino ad ambiti più specifici, anch'essi importanti, quali i menù delle mense o le uniformi, che devono essere adattati alle necessità religiose (per esempio, vi sono regole religiose che impediscono al lavoratore credente di mangiare prodotti derivanti da carne di maiale o di indossare alcuni abiti).

La Spagna, come detto, è formata da una popolazione sempre più eterogenea, varia, in cui il peso secolare del cattolicesimo ha lasciato crescente spazio ad altre religioni, al momento (non si sa cosa riserva il futuro) considerate minoritarie. O, semplicemente, si è aperta la strada alla totale mancanza di religione o all'ateismo. Per questo lo studio dell'impatto della religione nelle relazioni di lavoro è più che necessario, è realmente inevitabile per poter creare appropriati strumenti giuridici per regolamentare questa singolare situazione che permetterà di approfondire l'integrazione, la convivenza e rafforzare la vigenza dei diritti fondamentali (c.d. diritti non specificati) all'interno del mondo del lavoro. Si deve sottolineare che uno strumento del diritto del lavoro, idoneo per la sua capacità di adattamento e peculiarità, come il contratto collettivo (aziendale, di settore o di livello superiore), è stato utilizzato raramente per garantire il rispetto delle credenze religiose dei lavoratori (cfr. A.A.VV., *Inmigración, religión y Trabajo en Andalucía*, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007, 66 ss. Gli Autori rilevano che la maggioranza dei contratti, al massimo, riproducono ciò che è già contenuto nello Statuto dei lavoratori riguardo al divieto di discriminazione per motivi religiosi).

Nonostante la crescente importanza del tema, sorprende in Spagna la mancanza di studi sulla materia, che tengano conto delle esperienze, sia positive che negative, delle altre società che hanno dovuto affrontare tale problema in passato, come gli Stati Uniti o i Paesi europei con una forte tradizione migratoria quali Francia, Regno Unito e Germania. In definitiva, esiste una questione controversa nel giuslavorismo spagnolo che impedisce di affrontare preventivamente e con metodo una problematica che presto o tardi farà irruzione nel diritto del lavoro. Se non si assolverà a tale compito tempestivamente, si dovranno affrontare ovunque conflitti per la rivendicazione di riposi e festività (dall'antichità, le festività hanno posseduto buona parte del sentimento religioso, ciò che ha direttamente influenzato il mondo del lavoro), per le unifor-

mi indossate (per esempio, a coloro che portano il turbante è proibito indossare qualsiasi tipo di berretto o casco), per l'obiezione di coscienza o per le peculiarità delle relazioni di lavoro dei dipendenti impiegati in aziende ideologicamente orientate o di tendenza.

Albert Toledo Oms

Avvocato e Dottorando – Università di Barcellona

2. Stati Uniti

2.1. Department of Justice – Western District of New York, 22 settembre 2011 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 33).

Appalto - Demolizione edifici - Amianto - Sicurezza - Responsabilità datoriali - Punibilità ente.

Il Department of Justice (Distretto ovest di New York) ha annunciato che ha condannato un appaltatore, per aver violato il Clean Air Act e aver mentito agli ispettori OSHA, a 72 mesi di carcere e al pagamento di una somma pari a 300 mila dollari. In particolare l'appaltatore durante la demolizione parziale di un edificio adibito a ex ospedale ha fatto rimuovere impropriamente amianto.

Amianto e sicurezza: presupposti e criteri di punibilità del datore di lavoro e della impresa in chiave comparata

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La decisione del Department of Justice: l'approccio statunitense. – **3.** Profili comparati e disciplina italiana. – **4.** Il fondo vittime per l'amianto.

1. La sentenza in commento, del Distretto ovest di New York del Department of Justice, nonostante sia di consistenza snella, assume particolare rilievo intrinseco, per la severità della pena comminata al datore di lavoro e alla sua azienda, oltre che per la natura delle disposizioni la cui violazione ha portato alla condanna. Inoltre, sotto il profilo comparato, essa consente di svolgere alcune interessanti riflessioni sulle modalità con cui il sistema statunitense, rispetto al quadro giuridico italiano delineato dal d.lgs. n. 81/2008, disciplina le responsabilità datoriali in tema di esposizione dei lavoratori all'amianto (Capo III, Titolo IX, d.lgs. n. 81/2008), sull'atteggiarsi delle norme di sicurezza in caso di affidamento di lavori in appalto (art. 26, d.lgs. n. 81/2008), sulla responsabilità penale-amministrativa della impresa a seguito della inosservanza di norme poste a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori sul luogo di lavoro (art. 30, d.lgs. n. 81/2008) e infine sui riflessi sanzionatori degli illeciti omissivi in materia. Invero le statistiche italiane ad oggi rivelano anco-

ra una crescente e significativa esposizione dei lavoratori a malattie professionali asbesto-correlate, non già solo da un punto di vista numerico, ma anche sotto il profilo della gravità e della complessità della eziopatogenesi, prevalentemente orientata verso i tumori ad alta frazione eziologica (INAIL, *Rapporto Annuale 2010*, luglio 2011).

2. Più in particolare, con la predetta pronuncia i giudici statunitensi hanno condannato l'imputato a 72 mesi di reclusione e al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno pari a 300 mila dollari, e la sua azienda ad una multa di 44 mila dollari per avere fatto rimuovere impropriamente amianto durante la demolizione di un edificio adibito ad ex ospedale, omettendo di fornire ai lavoratori idonei dispositivi di protezione individuale (DPI), integrando così una violazione della normativa nazionale in tema di qualità dell'aria e concentrazione degli agenti chimici (Clean Air Act). Ai predetti addebiti si aggiunge l'illecito consistente nell'aver rilasciato dichiarazioni mendaci agli ispettori degli organismi pubblici preposti alla tutela dei diritti coinvolti nel caso di specie: la salute e la sicurezza dei lavoratori e la tutela dell'ambiente.

Per meglio comprendere il ragionamento sotteso a tale severa decisione è necessaria una breve premessa ordinamentale. Invero, la disciplina giuridica statunitense prevede, in sede di accertamento della responsabilità di una persona fisica o giuridica, che la giuria abbia il potere di condannarla ad una pena risarcitoria più alta di quella corrispondente all'effettivo danno subito dalla parte lesa.

La previsione di un *punitive damage* ha una duplice *ratio*: quella di tentare di risarcire vittime che hanno subito un danno la cui quantificazione effettiva spesso non può trovare totale riscontro in sede processuale e quella deterrente nei confronti di soggetti collettivi la cui predominanza economica spesso fa sentire legittimati ad agire in modo scriteriato e in violazione dei diritti civili. Tale orientamento, in ogni caso, espone gli operatori economici ed il sistema economico in generale ad un elevato rischio legato alla eccessiva alea del giudizio; rischio che si è tentato di arginare, in relazione alle controversie relative all'accertamento di malattie professionali asbesto-correlate, con la previsione di fondi cui rivolgersi per il risarcimento.

La cultura della *class action* negli Stati Uniti, infatti, ha intensificato in modo crescente la forza in sede processuale dei soggetti danneggiati dalle grandi aziende, forza che li ha condotti in diversi casi alla vittoria di cause con condanne a risarcimenti milionari. Tanto che in alcuni casi la condanna giudiziale è stata alla base del fallimento di talune aziende. A tal fine, la procedura di liquidazione condotta dalle Corti è stata nel tempo indirizzata verso la creazione di trust che potessero consentire al crescente numero di soggetti colpiti da malattie asbesto-correlate di ottenere, tramite cause intentate nei confronti degli stessi, i risarcimenti loro dovuti. Si persegue in tal modo l'obiettivo di combinare la volontà di dare tutela ad una situazione il cui rilievo sociale è in

costante aumento con la necessità di ovviare alla distorsione che la stessa rischierebbe di causare al sistema economico.

Tornando al merito della decisione in oggetto, la Corte ha pronunciato la condanna dell'imputato sulla base di diverse inadempienze perpetrate dallo stesso. A questi, infatti, vengono addebitate le seguenti infrazioni: la violazione del Clean Air Act, legge a tutela dell'ambiente; l'omissione dell'obbligo di fornitura ai propri lavoratori di adeguati DPI; l'omissione dell'obbligo di informazione degli stessi lavoratori sulla presenza di amianto nel luogo di lavoro; l'aver reso false dichiarazioni, in merito alle circostanze del caso, rispettivamente agli ispettori dell'Occupational Safety and Health Administration (OSHA), l'Amministrazione per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, e agli ispettori dell'Environmental Protection Agency (EPA), l'Agenzia per la protezione dell'ambiente.

Un interessante rilievo riguarda la natura della disposizione normativa la cui violazione è assunta quale presupposto principale della pronuncia della condanna. Il Clean Air Act, infatti, è una legge federale – da qui la competenza del Department of Justice – risalente agli anni Settanta prevista a tutela dell'ambiente, in particolare della salute pubblica, tramite la previsione di misure volte a limitare l'inquinamento dell'aria. Su questi presupposti l'EPA ha previsto standard federali volti alla protezione della salute pubblica dai più comuni e dannosi elementi inquinanti dell'aria. Inoltre tale agenzia ha individuato, su base nazionale, livelli di soglia relativi a particolari tipi di emissioni – tra cui anche quelli delle polveri di amianto in occasione di rimozione di tale materiale per ristrutturazioni o demolizioni edili – il cui rispetto viene garantito da controlli periodici e specifici nei confronti dei soggetti operanti del settore. La previsione di tali disposizioni mostra come la peculiare afflittività della pena inflitta nella decisione in commento trovi la sua giustificazione nel grande rilievo sociale che il tema dell'amianto ha assunto negli Stati Uniti per la tutela della salute non soltanto dei lavoratori, ma anche e soprattutto della salute pubblica in generale. La struttura stessa del processo americano consente di implementare al meglio l'interazione della società civile in decisioni relative a temi – come appunto le malattie professionali asbesto-correlate – nei quali proprio il rilievo sociale è una pedina fondamentale per ottenere giustizia.

Si è delineata così una disciplina normativa a tutela dei lavoratori in questo campo che, nonostante la sua frammentarietà, consente di pervenire ugualmente ad effettive soluzioni giuridiche di tutela grazie a due fattori principali: la previsione di vie alternative e preferenziali per l'ottenimento di risarcimenti anche nei confronti di importanti multinazionali imposte dalle Corti stesse al fine di garantire al maggior numero possibile di vittime un ristoro decente dei danni subiti e il riconoscimento di un effettivo ruolo di rilievo sociale a certi temi, fondamentale per raggiungere un risultato in qualche modo equo in sede di ristoro dei danni.

Da non dimenticare, inoltre, il ruolo preventivo che nell'ordinamento statunitense è rivestito non tanto da previsioni normative di sistema, quanto più che altro dall'asprezza delle condanne; le stesse, come visto, esplicano prima di tutto una funzione deterrente nei confronti di condotte lesive dei diritti sociali degli operatori di settori delicati come quello della rimozione e – negli anni precedenti – della produzione e dell'utilizzo o del semplice lavoro a contatto con le fibre d'amianto.

3. Diverso l'approccio regolatorio del nostro ordinamento: una disciplina normativa decisamente più sofisticata e all'avanguardia in merito alla tutela dei lavoratori nei luoghi di lavoro, da un punto di vista formale, la cui efficacia sostanziale, però, rischia talvolta di essere compromessa dalle lungaggini del sistema processuale e dalla conseguente scarsa attualità delle sanzioni e delle tutele risarcitorie o previdenziali rispetto alla emersione delle patologie asbesto-correlate. Si rammenta infatti che la disciplina normativa in materia di protezione dall'amianto si iscrive nel nostro ordinamento nel quadro dell'adempimento di direttive comunitarie. Nel Capo III del Titolo IX del d.lgs. n. 81/2008 sono trasposte le disposizioni della direttiva 83/477/CEE, modificata dalla direttiva 2003/18/CE, che riguardano le misure di prevenzione e protezione, ridefinite in coerenza con la l. 27 marzo 1992, n. 257, da adottare per la protezione dei lavoratori esposti al rischio da amianto. In particolare tali previsioni si applicano a tutte le rimanenti attività lavorative che possono comportare agli operatori l'anzidetta esposizione, quali manutenzione, rimozione dell'amianto o dei materiali contenenti amianto e smaltimento e trattamento dei relativi rifiuti, nonché bonifica delle aree interessate. Dette attività risultano le più ricorrenti tra quelle non soggette al divieto di cui alla l. n. 257/1992.

Gli artt. da 246 a 265 del Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro disciplinano espressamente la protezione dei lavoratori dai rischi connessi all'esposizione all'amianto, con un approccio regolatorio concentrato in modo prevalente sui profili di prevenzione primaria, mediante la valutazione dei rischi e la eliminazione alla fonte della sostanza, e secondaria, attraverso la determinazione di limiti di soglia di esposizione e il ricorso a misure di prevenzione e protezione specifiche tra cui la dotazione di idonei DPI a tutti i lavoratori esposti, la imposizione dell'obbligo di formazione e informazione sui rischi specifici e le attività di sorveglianza sanitaria.

Va detto inoltre che – diversamente dal passato, in cui l'impiego diretto o indiretto di amianto o dei silicati fibrosi che allo stesso sono riconducibili chimicamente era parte integrante di numerosi processi produttivi manifatturieri – oggi il contatto con la sostanza è determinato esclusivamente nell'ambito di lavori di manutenzione, rimozione, smaltimento e trattamento dei relativi rifiuti, nonché bonifica delle aree interessate. E in effetti proprio a lavorazioni di questo tipo fa riferimento il caso analizzato nella sentenza in commento.

Colpisce tuttavia il fatto che nell'ordinamento statunitense gli obblighi e le sanzioni relative alla illecita esposizione dei lavoratori all'amianto sia disci-

plinato nell'ambito di un più ampio provvedimento normativo a tutela dell'ambiente e dell'aria, nella dichiarata prospettiva di preservare un diritto individuale del lavoratore solo come riflesso della tutela di un più ampio diritto collettivo, attraverso un *corpus* normativo che non è specificamente dedicato alla tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro, bensì alla tutela dell'ambiente e, più precisamente, della qualità dell'aria. Fine che, al tempo stesso, giustifica la severità della sanzione comminata dalla disposizione normativa stessa. Diversamente l'ordinamento italiano ha dedicato al tema una serie di disposizioni specifiche, nell'ambito del d.lgs. n. 81/2008, all'interno del complesso sistema normativo preposto esclusivamente alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, nella inversa prospettiva di tutelare immediatamente un diritto individuale costituzionalmente garantito e, mediamente, un diritto della collettività aziendale e della società nel suo complesso. Nel nostro Paese, infatti, nei lavori di demolizione o di manutenzione da effettuarsi su qualunque tipo di struttura, è preliminare l'accertamento dell'eventuale presenza di amianto o di materiali che lo contengono nelle strutture interessate dai lavori, anche attraverso la richiesta di informazioni ai proprietari dei locali in cui i lavori si svolgeranno. Tale fase di natura accertativa riveste notevole importanza poiché è proprio in relazione all'esito della stessa che sono individuate e adottate tutte le misure necessarie per l'esecuzione del lavoro nelle condizioni previste dalla normativa su salute e sicurezza dei lavoratori. Nel caso che permanga il «dubbio sulla presenza di amianto in un materiale o in una costruzione» oggetto dei lavori, nonostante l'approfondito accertamento svolto circa la assenza o la presenza di tale agente cancerogeno, ricorre l'obbligo di adottare, comunque, tutte le disposizioni applicabili contenute nel Capo specifico (art. 248).

Un importante aspetto da verificare durante la valutazione dei rischi è quello di accertare se l'attività rientra nelle esposizioni sporadiche e di debole intensità (ESEDI) di cui la normativa elenca, in modo non esaustivo, alcune attività (in particolare: attività brevi e non continuative di manutenzione su materiali non friabili; rimozione senza deterioramento di materiali non degradati in cui le fibre di amianto sono fermamente unite a una matrice; incapsulamento e sconfinamento di materiali contenenti amianto che si trovano in buono stato; sorveglianza e controllo d'aria e prelievo dei campioni ai fini della individuazione della presenza di amianto in un determinato materiale).

In relazione ai valori limite relativi alla presenza di polveri di amianto nell'aria dell'ambiente di lavoro, il datore di lavoro dovrà integrare la normale attività di valutazione dei rischi con adempimenti ulteriori mirati alla individuazione preventiva di situazioni potenzialmente rischiose per i lavoratori. Sono previste poi ulteriori misure di prevenzione e protezione relative alla durata massima dell'esposizione dei lavoratori alle polveri, ai DPI, alle misure igieniche sul luogo di lavoro e in relazione agli strumenti di lavoro (quali ad esempio gli indumenti).

La valutazione del rischio è necessariamente effettuata di nuovo allorquando si verificano modifiche che comportano un mutamento significativo della esposizione dei lavoratori alla polvere proveniente dall'amianto o da materiali che lo contengono, nel qual caso occorre fornire ed esigere l'uso, con le prescritte modalità, degli idonei DPI.

Altri importanti adempimenti a carico del datore di lavoro sono rappresentati dalla notifica delle opere da svolgere, agli organismi di vigilanza territorialmente competenti, dalla stesura del piano di lavoro, dagli obblighi formativi e informativi specifici e dalla sorveglianza sanitaria. Le maestranze devono essere infatti informate sulle norme igieniche da osservare, sul divieto del fumo, sulle modalità di pulitura degli indumenti e dei DPI, sulle misure di prevenzione per ridurre al minimo l'esposizione, sull'esistenza del valore limite di esposizione e sulla necessità del monitoraggio ambientale. Ove dalle misurazioni risulti superato il valore limite, i lavoratori e il loro rappresentante devono essere informati ed è necessario consultarli sulle misure da adottare per ridurre l'esposizione ovvero informarli sulle misure adottate in caso di urgenza. Il contenuto della formazione riguarda le proprietà dell'amianto e gli effetti sulla salute, i prodotti che possono contenerlo, le operazioni che possono comportare un'esposizione, i controlli preventivi per ridurre al minimo l'esposizione e le procedure sicure. In particolare, i lavoratori addetti alla rimozione e smaltimento dell'amianto e alla bonifica delle aree interessate devono aver frequentato gli specifici corsi di formazione previsti dall'art. 10, comma 2, lett. h, della l. n. 257/1992.

La sorveglianza sanitaria è eseguita nei confronti dei lavoratori addetti alle attività lavorative definite nel campo di applicazione, con la ovvia esclusione, come già illustrato in precedenza, di quelli addetti alle ESEDI (per una compiuta ricostruzione delle tematiche legate agli obblighi datoriali in tema di protezione dall'amianto si veda M. FRANCIOSI, *Protezione dall'amianto*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Giuffrè, Milano, 2009, 802-806).

Oltre al quadro normativo brevemente ricostruito, urge sottolineare come le pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità datoriale per patologie asbesto-correlate siano veramente cospicue e abbiano contribuito in modo decisivo allo sviluppo della disciplina in materia e alla definizione del nesso di causalità tra l'attività lavorativa e la insorgenza delle patologie anche a distanza di molti anni, componendo un quadro ampio ed articolato quale valido supporto interpretativo di riferimento. Solo per citarne una coerente con il caso in esame si pensi, tra le più risalenti, alla pronuncia che ha per la prima volta riconosciuto l'estensione del campo di applicazione della normativa di tutela e dei relativi obblighi anche alle lavorazioni in cui l'amianto non viene impiegato come materia prima: Cass. 12 gennaio 1996, n. 319.

Da ultimo, invece, si richiama la pronuncia della Suprema Corte che ha precisato la sussistenza dell'obbligo di valutazione dei rischi da amianto nei luoghi di lavoro a rischio anche in seguito all'avvenuta attività di bonifica, circostanza che non emergeva chiaramente dalla mera interpretazione del testo normativo: Cass. pen. 20 gennaio 2011, n. 1791.

In questo quadro generale di puntuale definizione di misure preventive e protettive è opportuno segnalare come, sotto il profilo sanzionatorio, nelle ipotesi più gravi – integranti fattispecie di violazione degli obblighi inerenti alla valutazione dei rischi specifici e alla organizzazione di idonee attività di formazione e informazione – il datore di lavoro possa essere punito alternativamente con l'arresto da 3 a 6 mesi o con l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro (art. 262, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 81/2008). Previsioni che ovviamente non tengono conto di eventuali somme riconosciute a titolo di risarcimento del danno e del concorso con responsabilità penali ulteriori che possono essere ben più gravi sia in capo alle persone fisiche che agli enti, ma che inducono a riflettere sullo spostamento del baricentro del binomio precetto-sanzione, nel nostro ordinamento, più sui profili inerenti al precetto piuttosto che alla sanzione. Tale elemento conferma per contro la *ratio* esclusivamente afflittiva e deterrente della pena nell'ambito del sistema americano.

L'altro aspetto emergente dalla sentenza in commento, e che in questa sede pare opportuno rilevare, concerne il riconoscimento della ulteriore responsabilità dell'impresa quale conseguenza della inosservanza, da parte del datore di lavoro, delle norme antinfortunistiche. Invero il riferimento richiama immediatamente all'attenzione l'istituto della responsabilità amministrativa degli enti, a seguito della commissione di reati derivanti dalla inosservanza di norme antinfortunistiche, da parte dei rispettivi apicali o sottoposti, disciplinata nel nostro ordinamento dalle disposizioni di cui al combinato disposto dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001 e degli artt. 30 e 300 del d.lgs. n. 81/2008 e che affonda le sue radici negli istituti della *corporate criminal responsibility* e dei *compliance programs*, aventi chiara matrice nell'area di *common law* (per una ricostruzione dell'introduzione in Italia della disciplina dei modelli organizzativi si veda Y. RUSSO, *Sicurezza e responsabilità penale-amministrativa degli enti collettivi: i modelli di organizzazione e gestione*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *op. cit.*, 95-117).

Tuttavia, diversamente dai presupposti di operatività della responsabilità amministrativa degli enti, che ne rimettono l'applicabilità al ricorso dei requisiti di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 231/2001, il caso prospettato dalla Corte di New York, sembra invece ispirarsi ad un criterio di consolidato automatismo nell'applicazione della sanzione pecuniaria all'impresa il cui titolare/datore di lavoro sia dal canto suo condannato a seguito di illeciti penali derivanti alla inosservanza di norme poste a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

4. Vale la pena, da ultimo, rilevare come sia negli Stati Uniti che in Italia siano operativi specifici fondi per le vittime dell'amianto.

Negli Stati Uniti il predetto fondo è stato istituito, su ordine delle Corti, da alcune multinazionali dell'amianto americano che hanno prodotto e commercializzato prodotti contenenti asbesto in tutto il mondo. In seguito al riconoscimento delle responsabilità datoriali e degli ingenti risarcimenti a cui le stesse aziende sono state condannate, le Corti americane hanno così inteso, da una parte, prevenire e scongiurare ulteriori fallimenti societari e, dall'altra, apprestare adeguata tutela al crescente numero di vittime che nei successivi anni avrebbe adito i tribunali a fini risarcitori per patologie asbesto-correlate in tempi ragionevoli, mantenendo intatta la attualità e la immediatezza delle tutele rispetto al verificarsi delle patologie.

Per contro, nel nostro Paese, il fondo per le vittime dell'amianto, la cui definitiva attivazione prevista dalla legge finanziaria 2008 (art. 1, commi 241-246) è stata realizzata solo nel corso del 2011, è uno strumento di sostegno disciplinato per legge e istituito presso l'Inail, con contabilità autonoma e separata, ed è finanziato con risorse provenienti per tre quarti dal bilancio dello Stato e per un quarto dalle imprese. La sua disponibilità ammonta a 40 milioni di euro per ciascuno degli anni 2008 e 2009 e a 29,3 milioni di euro a decorrere dal 2010. A beneficiare dell'erogazione sono i lavoratori titolari di rendita diretta, anche unificata, ai quali sia stata riconosciuta, dall'Inail e dall'ex Ipsema, una patologia asbesto-correlata per esposizione all'amianto e alla fibra fiberfrax, nonché i loro familiari titolari di rendita a superstiti. Esso si configura, pertanto, non già quale strumento giudiziale interamente finanziato dalle grandi aziende per un immediato ristoro del danno subito dal lavoratore o dai suoi familiari, come nel caso americano, bensì quale strumento previdenziale la cui gestione è interamente avocata all'ente assicuratore nazionale e la cui composizione è prevalentemente posta a carico della finanza pubblica.

Maria Giovannone

Ricercatrice Adapt

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Marco Viola

Scuola internazionale di Dottorato

in Formazione della persona e diritto del mercato del lavoro

Adapt – CQIA

Università degli Studi di Bergamo