



Rivista di  
**ADAPT - CENTRO STUDI**  
 "MARCO BIAGI"

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

## *In questo numero*

### RICERCHE

*Uno «Statuto» per il lavoro autonomo*

### INTERVENTI

*Giacomo Brodolini e lo Statuto dei lavoratori*

### RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

*Interviste a Giorgio Usai e Francesco Rivolta*

### GIURISPRUDENZA ITALIANA

*Cumulabilità dei permessi in caso di più figli portatori di handicap grave*

*Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale diritto alle retribuzioni*

*Incarichi dirigenziali regionali tra derive fiduciarie e principio di concorso*

*Contrasti interpretativi in tema di vice-dirigenza nel lavoro pubblico*

*Assenza del lavoratore alla visita medica di controllo per ragioni familiari*

*Legittimazione al rilascio del DURC in edilizia*

### LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

*Responsabilità solidale e regolazione delle esternalizzazioni*

*L'impatto sulla contrattazione collettiva dei contratti di rete*

*Sanatoria per colf e badanti*

*Profili prevenzionistici del distacco e della trasferta all'estero*

### GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Giurisprudenza della Corte di giustizia sulle discriminazioni per età*

*Indennità di formazione e libertà di circolazione*

*di giovani calciatori professionisti*

### OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Quadro internazionale e comparato - Le prospettive delle relazioni di lavoro*

*nei Paesi in via di sviluppo*

**N. 3/XX - 2010**



**GIUFFRÈ EDITORE**



## ***SOMMARIO*** - n. 3/2010

---

### **Ricerche: *Uno «Statuto» per il lavoro autonomo***

MARIELLA MAGNANI <i>Quale «Statuto» per il lavoro autonomo?</i> . . . . .	597
TIZIANO TREU <i>Uno Statuto per un lavoro autonomo</i> . . . . .	603
ADALBERTO PERULLI <i>Per uno Statuto del lavoro autonomo</i> . . . . .	621
FEDERICO MARTELLONI <i>La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente</i> . . . . .	647
MARTA MONDELLI <i>Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione.</i> . . . . .	674
FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, ALBERTO VALDÉS ALONSO <i>Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente</i> . . . . .	705

### **Interventi**

FRANCO LISO <i>Giacomo Brodolini e lo Statuto dei lavoratori.</i> . . . . .	741
---	-----

### **Relazioni industriali e Risorse umane**

ENRICA CARMINATI, FRANCESCO LUCREZIO MONTICELLI, YASAMAN PARPINCHEE (a cura di), <i>A colloquio con Giorgio Usai e Francesco Rivolta</i> . . . . .	763
--	-----

### **Osservatorio di giurisprudenza italiana**

MATTEO DI FRANCESCO <i>Cumulabilità del permesso giornaliero in caso di più figli con handicap grave</i> (nota a Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623) . . . . .	783
MARTA MONDELLI <i>Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore e diritto alle retribuzioni: la soluzione “inedita” della Corte di Cassazione</i> (nota a Cass. 14 aprile 2010, n. 8886). . . . .	789
MARIO CERBONE <i>Gli incarichi dirigenziali regionali tra derive fiduciarie e principio del concorso</i> (nota a C. Cost. 15 gennaio 2010, n. 9). . . . .	795

ALESSANDRO BOSCATI <i>Vice-dirigenza e lavoro pubblico: i contrasti interpretativi proseguono anche a seguito dell'articolo 8 della legge n. 15/2009</i> (nota a Trib. Roma 17 luglio 2009 e altre) . . . . .	804
LAVINIA SERRANI <i>La legittimazione al rilascio del DURC nel settore dell'edilizia</i> (nota a C. giust. amm. per la Regione siciliana 28 aprile 2010, n. 635) . . . . .	817
MARCO FERRARESI <i>Giustificato motivo di assenza del lavoratore alla visita medica di controllo per ragioni familiari</i> (nota a Cass. 9 marzo 2010, n. 5718) . . . . .	821

#### **Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva**

STEFANO MALANDRINI <i>Dai distretti produttivi ai contratti di rete: l'evoluzione consequenziale degli accordi collettivi di lavoro</i> . . . . .	829
DAVIDE VENTURI <i>Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione</i> . . . . .	836
ANNA RITA CARUSO <i>Sanatoria per colf e badanti: profili procedurali e bilancio</i> . . . . .	848
CHIARA BIZZARRO <i>Considerazioni in merito ai profili prevenzionistici del lavoro transnazionale in caso di distacco e trasferta all'estero</i> . . . . .	859

#### **Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro**

MARIA PAOLA MONACO <i>La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età</i> (nota a C. Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, e altre). . . . .	876
MARIA TERESA CROTTI <i>Indennità di formazione e libertà di circolazione dei giovani calciatori professionisti</i> (nota a C. Giust. 16 marzo 2010, C-325/08). . . . .	890

#### **Osservatorio internazionale e comparato**

TAYO FASHOYIN <i>Quadro internazionale e comparato – Le prospettive delle relazioni di lavoro nei paesi in via di sviluppo</i> . . . . .	905
<i>International Labour Organization – Il quadro comparato in tema di tutela della maternità</i> . . . . .	897
<i>International Labour Organization – Le indicazioni ILO in tema di “nuovi rischi” per la salute e sicurezza</i> . . . . .	900

## INDICE ANALITICO

### *Conciliazione vita e lavoro*

- Permessi retribuiti *ex art.* 33, comma 2, l. n. 104/1992 - Cumulabilità in caso di più figli di età inferiore ai tre anni, portatori di handicap grave - Ammissibilità - Fondamento (Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623, con nota di M. DI FRANCESCO) [783].

### *Contrattazione collettiva*

- Decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5 [829] (con nota di S. MALANDRINI).

### *Dimissioni*

- Incapacità naturale - Annullamento *ex art.* 428, comma 1, c.c. - Diritto alle retribuzioni - Decorrenza (Cass. 14 aprile 2010, n. 8886, con nota di M. MONDELLI) [789].

### *Discriminazioni*

- Direttiva 2000/78/CE - Art. 4, n. 1 - Divieto di discriminazioni in base all'età - Disposizione nazionale che fissa a 30 anni l'età massima di assunzione di funzionari nell'ambito dell'impiego dei vigili del fuoco - Obiettivo perseguito - Nozione di requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa (C. Giust. 12 gennaio 2010, C-229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*, con nota di M.P. MONACO) [875].
- Direttiva 2000/78/CE - Artt. 2, n. 5, e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Disposizione nazionale che fissa a 68 anni l'età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato - Obiettivo perseguito - Nozione di "misura necessaria alla tutela della salute" - Coerenza - Idoneità e adeguatezza della misura (C. Giust. 12 gennaio 2010, C-341/08, *Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, con nota di M.P. MONACO) [875].
- Principio di non discriminazione in base all'età - Direttiva 2000/78/CE - Legislazione nazionale in materia di licenziamento che, ai fini del calcolo dei termini di preavviso, non tiene conto del periodo di lavoro svolto prima che il dipendente abbia raggiunto l'età di 25 anni - Giustificazione della norma - Normativa nazionale contraria alla direttiva (C. Giust. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, con nota di M.P. MONACO) [875].

### *Esternalizzazioni*

- Interpello 2 aprile 2010, n. 3 (CLAAI) [836] (con nota di D. VENTURI).

*International Labour Organization*

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Maternity at work. A review of national legislation*, giugno 2010 [897] – INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, 28 aprile 2010 [900] – INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Plan of action to achieve widespread ratification and effective implementation of the occupational safety and health instruments*, 2010 [900].

*Lavoro irregolare*

- Circolare Ministero dell'interno 19 febbraio 2010, n. 1396 [848] – Circolare Ministero dell'interno 18 febbraio 2010, n. 1354 [848] – Circolare Ministero dell'interno 29 ottobre 2009, n. 6466 [848] (con nota di A.R. CARUSO).
- Circolare Inps 10 agosto 2009, n. 101 [848] – Messaggio Inps 31 agosto 2009, n. 19147 [848] (con nota di A.R. CARUSO).

*Lavoro pubblico*

- Norme della Regione Piemonte - Disciplina della organizzazione degli uffici e disposizioni concernenti la dirigenza regionale - Conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti estranei all'amministrazione regionale entro il limite del 30% dei posti - Deroga al principio del concorso pubblico non sorretta da specifiche esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarla - Illegittimità costituzionale (C. Cost. 15 gennaio 2010, n. 9, con nota di M. CERBONE) [795].
- Vice-dirigenza - Immediata precettività dell'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 - Irrilevanza della mancata previsione contrattuale - Disapplicazione dell'art. 8 della l. n. 15/2009 - Diritto all'inquadramento nell'area della vice-dirigenza e al risarcimento del danno - Sussistenza (Trib. Roma 17 luglio 2009, con nota di A. BOSCATI) [803].
- Organi della Regione - Vice-dirigenza - Art. 17-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 - Immediata applicazione nella Regione siciliana - Sussistenza - Effetti (C. giust. amm. Regione siciliana 19 gennaio 2010, n. 43, con nota di A. BOSCATI) [804].
- Impiegato dello Stato e pubblico in genere - Vice-dirigenza - Istituzione della relativa area separata - Controversie - Giurisdizione del giudice ordinario (C. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 204, con nota di A. BOSCATI) [804].

*Lavoro sportivo*

- Art. 45 TFUE - Libera circolazione dei calciatori professionisti - Restrizioni non discriminatorie alla libera circolazione dei lavoratori - Indennità di formazione commisurata ai costi di formazione, legittimità (C. Giust. 16 marzo 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard, Newcastle UFC*, con nota di M.T. CROTTI) [890].

*Previdenza*

- DURC - Edilizia - Soggetto legittimato al rilascio - Ubicazione territoriale dei cantieri - Cassa edile - Capacità di attestare situazione contributiva globale

dell'impresa - Rilevanza (C. giust. amm. Regione siciliana 28 aprile 2010, n. 635, con nota di L. SERRANI) [817].

#### *Quadro internazionale e comparato*

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Global Jobs Crisis and Beyond*, World of Work Report 2009, executive summary, 2009 [905] – INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Freedom of association in practice: Lessons learned*, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 97th Session of the International Labour Conference, 2008 [905] – INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adottata dall'International Labour Conference nella 97a sessione, giugno 2008 [905] – WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A fair globalization: creating opportunities for all*, febbraio 2004 [905] (con nota di T. FASHOYIN).

#### *Salute e sicurezza*

- Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, come modificato dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 [859] (con nota di C. BIZZARRO).
- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) 17 giugno 2008, n. 593 [859] (con nota di C. BIZZARRO).

#### *Sospensione del rapporto di lavoro*

- Malattia del lavoratore - Visita di controllo *ex art. 5 Stat. lav.* - Assenza durante le fasce di reperibilità - Giustificato motivo - Esigenze di solidarietà e vicinanza familiare alla madre ricoverata in ospedale e indifferibilità dell'assenza - Sussistenza (Cass. 9 marzo 2010, n. 5718, con nota di M. FERRARESI) [821].





## *Uno «Statuto» per il lavoro autonomo*

### **Quale «Statuto» per il lavoro autonomo?**

*Mariella Magnani*

*Sommario:* 1. Diritto del lavoro e lavoro autonomo. – 2. Le difficoltà di concretizzazione del dibattito a fronte della crescente varietà delle forme di lavoro (anche autonomo). – 3. Lavoro autonomo e piccolo imprenditore. – 4. Limiti e vantaggi di una proposta di legge regionale. – 5. La preferenza per tecniche normative promozionali e non costrittive.

#### **1. Diritto del lavoro e lavoro autonomo.**

La proposta di legge presentata alla presidenza del Consiglio regionale del Veneto il 2 ottobre 2009 (progetto di legge n. 443), contenente uno *Statuto regionale del lavoro autonomo*, è meritevole di una particolare considerazione, in primo luogo perché tanto è matura la riflessione scientifica, quanto lenta ed incerta è l'elaborazione progettuale, per non parlare della traduzione legislativa.

Si diceva che è matura la riflessione scientifica sul lavoro autonomo, specie quella dei giuslavoristi.

Se tradizionalmente il diritto del lavoro ha sempre riguardato il lavoro subordinato, l'emergere di forme di lavoro autonomo che presentano forti assonanze con il lavoro subordinato, divenuti oggetto di specifica regolazione legislativa (si pensi ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa), ha fatto innanzitutto in modo che i confini della materia fossero estesi a questa tipologia di rapporti. Osservava Antoine Lyon Caen, criticamente, se ho ben compreso, che nell'ordinamento francese non v'è questa contaminazione: è intatta la distinzione tra autonomia e subordinazione. Ma bisogna sottolineare che in quell'ordinamento vi è una molteplicità di discipline del lavoro subordinato: sicché può darsi che alla fine il risultato non cambi. Successivamente, ci si è resi conto

---

\* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Pavia. Lo scritto riproduce il testo della relazione svolta al convegno su "Uno Statuto per il lavoro autonomo" svoltosi nell'Università Ca' Foscari di Venezia il 29 gennaio 2010.*

che le norme costituzionali che segnano il perimetro della materia, a cominciare dall'articolo 35 – in base al quale la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni – concernono tutte le forme di lavoro, subordinato ed autonomo, restando semmai controverso (ma la questione è solo di rilievo ideologico-politico) se essa comprenda anche il lavoro imprenditoriale, piccolo o grande che sia.

Appare ormai sempre più accettato che i confini della materia vadano estesi a tutte le forme di lavoro *svolto in forma personale e duratura*. E ciò anche perché è maturata la consapevolezza che quella della tecnica della norma inderogabile – che da sempre connota la materia – non è l'unica tecnica di tutela, ma vi sono tecniche alternative. Al punto che ci si può domandare se, almeno in prospettiva, non vada modificata la sistematica del diritto del lavoro, attraverso la previsione di una parte generale, o di una prima parte, dedicata al *lavoro personale* ed una seconda parte dedicata ai diversi tipi di contratto di lavoro: in un certo senso riproducendo la sistematica dei commercialisti che, da una parte, hanno la fattispecie dell'impresa, dall'altra, quella dei singoli tipi societari.

## **2. Le difficoltà di concretizzazione del dibattito a fronte della crescente varietà delle forme di lavoro (anche autonomo).**

Si badi bene, per l'aspetto progettuale, non è che in Italia si sia rimasti fermi: basti pensare al progetto di Statuto dei lavori (predisposto nel 1998, su indicazione dell'allora ministro Treu, da Marco Biagi) ed al disegno di legge denominato *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* (presentato da Amato e Treu al Senato nel 2002), che si basavano sull'idea di prendere in considerazione tutto il lavoro personale, a prescindere dalla qualificazione, e di graduarne le tutele, sia sul piano dei rapporti contrattuali, sia sul piano degli istituti di sicurezza sociale, a seconda delle esigenze di protezione.

Certamente questi progetti, anche quando si traducevano in un articolato normativo, scontavano un che di astratto ed illuministico: erano forse troppo imperniati sull'esigenza di redistribuire le tutele tra subordinazione ed autonomia, senza considerare specificamente le problematiche presentate dal variegato mondo del lavoro autonomo <sup>(1)</sup>. Anche in essi, in sostanza, si tendeva ad unificare troppo.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. A. PERULLI, *Per uno Statuto del lavoro autonomo*, che segue in *q. Sezione*.

Ora la proposta di legge regionale, cui si faceva cenno all'inizio, ha innanzitutto il merito di concretizzare molte delle indicazioni del dibattito italiano dell'ultimo decennio. E ciò avviene spostando decisamente l'attenzione sul lavoro autonomo che, come osserva giustamente la relazione, rappresenta «un universo assai variegato con esigenze molto differenziate al proprio interno» e, quindi, richiede soluzioni regolative che costituiscano un giusto mix tra più mercato e più tutele.

Questo è un punto forte, dal punto di vista logico, della proposta di legge giacché consente di compiere un significativo passo avanti nella comprensione e, dunque, anche nella sistemazione normativa del lavoro autonomo: vi sono forme di lavoro autonomo che richiedono più mercato – tra esse sicuramente le professioni <sup>(2)</sup> – e forme di lavoro autonomo che richiedono più tutele.

### 3. Lavoro autonomo e piccolo imprenditore.

Non voglio soffermarmi sui dettagli, ma sulle scelte di fondo.

Assolutamente innovativa – e dovuta – è la considerazione, accanto al lavoro autonomo “puro”, della micro-impresa, al centro dell'attenzione del cosiddetto *Small business act* (cioè della comunicazione della Commissione europea del 2008, sulla promozione della piccola e media impresa) e, soprattutto, della Risoluzione del parlamento europeo del 10 marzo 2009, nella quale sfuma la distinzione tra micro-impresa, appunto, e lavoratore autonomo <sup>(3)</sup>.

La distinzione tra piccolo imprenditore e lavoratore autonomo è, peraltro, difficile da tracciare nel diritto civile e nello stesso diritto del lavoro: basti pensare che gode delle tutele lavoristiche dei collaboratori coordinati e continuativi chi svolga una prestazione, non totalmente, ma *prevalentemente* personale (non è perciò escluso chi, per eseguire la prestazione, si avvalga di collaboratori e, dunque, di un'organizzazione). E del resto la stessa giurisprudenza civilistica, nel distinguere tra lavoro autonomo (o contratto d'opera) e contratto di ap-

---

<sup>(2)</sup> Mi permetto di rinviare al mio scritto M. MAGNANI, *Lavoro autonomo e riforma dei servizi professionali alla luce delle disposizioni comunitarie*, in *RIDL*, 2007, I, 285 ss.

<sup>(3)</sup> M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro alla prova dello Small Business Act*, in *MGL*, 2010, 22 ss.

palto, ritiene rilevante l'esistenza di un'organizzazione medio-grande<sup>(4)</sup>. Come dire che il piccolo imprenditore stipula un contratto d'opera.

#### 4. Limiti e vantaggi di una proposta di legge regionale.

Il limite rappresentato dal fatto che, trattandosi di proposta di legge regionale, essa deve tener conto delle limitazioni di competenza legislativa delle regioni, che non possono invadere il campo dell'ordinamento civile, dunque della disciplina dei rapporti interprivati, finisce in realtà per tradursi in un punto di forza perché costringe ad affidarsi alle tecniche normative più efficaci (e pertinenti) nella materia, vale a dire le tecniche promozionali ed incentivanti (a parte naturalmente l'ambito della formazione professionale, per cui addirittura vi è competenza regionale esclusiva).

L'utilizzazione (obbligata) di queste tecniche promozionali ed incentivanti – più che di quelle costrittive – è interessante anche perché invita, o costringe, ad uscire dallo stallo regolativo in cui ci si ritrova pure per *i lavoratori con dipendenza economica* (per i quali si prevedono misure interessanti: dalla concessione di assegni formativi individuali con predisposizione di corsi formativi qualificati, alla mediazione regionale per la stipulazione di accordi di interesse professionale su base territoriale, all'estensione degli ammortizzatori sociali, ai *voucher* per l'autoformazione, agli incentivi al rispetto dei tempi di pagamento, alla predisposizione di raccolte indicanti i compensi normalmente praticati per i lavoratori a progetto).

Certamente, alcune scelte meriterebbero di essere considerate nel dettaglio e possono non essere immuni da critiche. In qualche caso, può ipotizzarsi un'invasione della competenza statale (si pensi alla norma che prevede l'attribuzione di personalità giuridica alle associazioni rappresentative di professioni non regolamentate). In qualche altro caso, la singola scelta può presentarsi discutibile: ad esempio, perché considerare automaticamente «economicamente dipendenti» i collaboratori coor-

---

<sup>(4)</sup> Cfr., tra le tante, Cass. 4 giugno 1999, n. 5451; Cass. 17 luglio 1999, n. 7606; Cass. 29 maggio 2001, n. 7307; Cass. 29 dicembre 2008, n. 30407. Emblematica è l'affermazione che «il contratto d'appalto e il contratto d'opera si differenziano per il fatto che nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante un'organizzazione di media e grande impresa, cui l'obbligato è preposto, e nel secondo con il prevalente lavoro di quest'ultimo, pur se adjuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa, desumibile dall'art. 2083 c.c.» (Cass. n. 7307/2001).

dinati e continuativi ed i collaboratori a progetto, certo nella maggior parte dei casi caratterizzati da monocommittenza, ma non necessariamente, dal momento che la monocommittenza non è allo stato un elemento qualificante giuridicamente le figure? E poi si può discutere sui criteri di dipendenza economica <sup>(5)</sup>.

### **5. La preferenza per tecniche normative promozionali e non costrittive.**

Su questi aspetti ci si potrà più analiticamente soffermare in altra sede. Quel che qui più importa sono le indicazioni di metodo. Ebbene, una diffusione del metodo della legiferazione a livello regionale, non solo aiuterebbe ad uscire dallo stallo normativo in cui da troppo tempo ci troviamo, ma, proprio perché basata necessariamente su tecniche promozionali ed incentivanti, e non costrittive <sup>(6)</sup>, consentirebbe di affrontare in modo certamente più moderno i problemi del lavoro autonomo (e non solo).

**Quale «Statuto» per il lavoro autonomo? – Riassunto.** *Il contributo trae spunto dal testo della proposta di legge presentata il 2 ottobre 2009 alla presidenza del Consiglio regionale del Veneto, contenente uno “Statuto regionale del lavoro autonomo”. L’a., dopo aver ripercorso le questioni fondamentali del dibattito sulla redistribuzione di tutele tra lavoro subordinato e autonomo e sul lavoro personale continuativo, si sofferma su alcuni possibili profili di originalità del progetto di legge: la consapevolezza della varietà di forme del lavoro autonomo; la considerazione della piccola impresa; la tecnica “promozionale”, alternativa utile (e rispettosa delle competenze costituzionali in materia di diritto del lavoro) alla regolazione diretta dei rapporti interprivati.*

**Towards a Statute for self-employed workers (Article in Italian) – Summary.** *The paper takes as its starting point the legislative proposal brought before the Regional Council of Veneto (Italy) on 2 October 2009, dealing with the issuing of a Statute for self-employed workers to be implemented at a local level. After analysing the fundamental issue of providing ad hoc safeguards for salaried employees, autonomous workers and self-employed workers strictly speaking, the paper focuses on the inno-*

---

<sup>(5)</sup> Si veda, ad es., per gli indicatori prescelti dall’ordinamento spagnolo, il contributo di F. VALDÉS DAL-RÉ, A. VALDÉS ALONSO, *Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente*, che segue in *q. Fascicolo*.

<sup>(6)</sup> Che peraltro sembrano, condivisibilmente, informare lo stesso ddl n. 2145 presentato al Senato, d’iniziativa dei senatori Treu ed altri, il 29 aprile 2010.

---

*vements introduced by the proposal: a greater awareness of the existence of different employment relationships within autonomous work, the importance of small businesses, and the dissemination of a number of measures aiming at promoting the implementation of the Statute (also considering the role of the Constitution in labour law issues) as a viable alternative to existing provisions regulating relations between private individuals.*

## Uno Statuto per un lavoro autonomo

Tiziano Treu

*Sommario:* **1.** L'attuale sfida del diritto del lavoro. – **2.** La proposta dello Statuto dei lavori del 1998 e della Carta dei Diritti del 2002. – **3.** La proposta di legge AS n. 2145 del 29 aprile 2010. – **4.** Il carattere innovativo della proposta di legge. – **5.** Il nuovo orizzonte delle tutele. – **6.** La finalità delle misure di sostegno. – **7.** L'estensione dei diritti fondamentali al lavoro autonomo. – **8.** La prospettive di regolazione dei lavori "economicamente dipendenti". – **9.** Il lavoro "economicamente dipendente" nel disegno di legge n. 2145/2010. – **10.** Le altre linee di riforma.

### 1. L'attuale sfida del diritto del lavoro.

Una delle sfide storiche per l'attuale diritto del lavoro è di riposizionare i propri strumenti (norme protettive e promozionali) mantenendo i propri valori, rispetto alle trasformazioni in atto e dei lavori.

Rispondere a queste sfide era già il proposito della prima bozza di statuto dei lavori del 1998 <sup>(1)</sup>. Da allora non sono maturate risposte organiche e convincenti alla questione. Una soluzione con pretese di comprensività – l'unica finora sancita legislativamente – è quella della legge 30/2003 e del decreto n. 276. La via seguita è stata di rispondere alle diversificazioni dei lavori, moltiplicando i tipi contrattuali utilizzabili per regolarli. Sono disposto (ancora) a ricredermi, ma, a distanza di tempo, questo tentativo mi sembra più inadatto che pericoloso. Ho l'impressione che i fabbisogni di flessibilità particolarmente in entrata, siano stati sopravvalutati dal legislatore per un eccesso di zelo (o di ideologia). Senza dire che la pluralità delle offerte di flessibilità, intrec-

---

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

<sup>(1)</sup> Cfr. T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2002, testo in appendice; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro subordinato*, in *LD*, 1999, 571 ss.

ciate con i molteplici meccanismi di incentivo, rischia di essere un elemento di confusione, più che di aiuto per molti imprenditori.

Riconosco che le critiche rivolte a singoli aspetti della legge n. 30/2003 e a specifici tipi (ad esempio *staff leasing*, *job on call*) sono state anch'esse eccessive. Ma il vizio di questo impianto legislativo è più di fondo: sono le tecniche regolative tradizionali a essere inadeguate a cogliere le realtà variabili dei lavori, non solo quelli subordinati, ma i parasubordinati e gli autonomi. Anzi, il loro uso può essere controproducente, perché adotta schemi normativi inadeguati non rispondenti alle esigenze di protezione e di sostegno di questi lavori e facili da eludere. L'inefficacia di questo approccio è evidente considerando le norme succedutesi nel tempo, con intenti diversi, limitativi o deregolativi, a seconda dei governi in carica, che non sono bastate a controllare i dualismi del mercato del lavoro né a sostenere la rappresentatività del sindacato. Occorre un cambio di prospettiva.

## **2. La proposta dello Statuto dei lavori del 1998 e della Carta dei Diritti del 2002.**

La necessità di modificare la logica di intervento era riconosciuta già nella proposta dello Statuto del 1998 e riconfermata in quella più recente della Carta dei Diritti (AS n. 1872, dicembre 2002).

L'obiettivo condiviso da queste proposte è di dotare tutte le forme di lavoro di un quadro generale di principi e di diritti, che corrisponda al nuovo mondo del lavoro, che esige che il lavoro sia maggiormente e permanentemente qualificato, capace di far fronte alle sfide di una concorrenza interna e internazionale che si gioca soprattutto sul terreno dell'innovazione e della qualità. Partendo da una protezione di base comune a tutti i tipi di lavoro, occorre procedere gradualmente verso normative differenziate, riferite alle specifiche caratteristiche dei vari tipi <sup>(2)</sup>. Il perseguimento di questo obiettivo solleva questioni ancora irrisolte sia di principio sia di carattere pratico.

L'obiettivo può tradursi e si è tradotto, in diverse opzioni normative; ma in ogni caso segna una netta distinzione rispetto a quelle posizioni che tendono a riaffermare la persistente egemonia del modello del lavo-

---

<sup>(2)</sup> T. TREU, *Statuto dei lavori e carta dei diritti*, in *q. Rivista*, 2004, 193 ss.



ro subordinato e quindi delle relative discipline inderogabili <sup>(3)</sup>. Tali posizioni tendono a ricondurre le nuove forme di lavoro parasubordinato e economicamente dipendente a varianti formali di quel modello. D'altra parte trascurano di occuparsi di alte forme, vecchie e nuove, di lavoro autonomo, ritenendolo immeritevoli di considerazione o estraneo al riconoscimento costituzionale dell'articolo 35.

A dire il vero la redistribuzione delle normative proposte nei testi del 1998 e del 2002, riletta a distanza di tempo, risulta parziale. In particolare è carente la normativa comune proposta per tutte le forme di lavoro il cerchio più ampio del diritto del lavoro, comprensivo dunque del lavoro autonomo in senso stretto. L'attenzione è concentrata in prevalenza sul lavoro subordinato o economicamente dipendente, un tipo in grande crescita e spesso utilizzato in modo fraudolento come copertura di posizioni di lavoro subordinato (prassi questa facilitata dai differenziali di costo contributivo e spesso anche salariale). D'altra parte gli stessi proponenti forse non percepivano ancora del tutto la crescita impetuosa di nuove forme di lavoro autonomo, specie professionale, quelle individuate in seguito sommariamente nel "popolo delle partite I-VA". Né avvertivano le nuove esigenze, sia di tutela sia di promozione espresse, da questi soggetti nel turbolento contesto dell'economia terziarizzata e globale, specie di quelli non rappresentati da organizzazioni categoriali consolidate come gli artigiani e i commercianti.

### 3. La proposta di legge AS n. 2145 del 29 aprile 2010.

Entrambi questi dati – crescita di nuovi lavori autonomi e dei loro bisogni – sono visibili già prima della crisi; occorre tenerne conto nel riprendere il filo delle proposte di riordino delle normative. Ciò implica anzitutto superare l'idea e la pratica storica per cui il lavoro autonomo in quanto tale è stato oggetto solo della regolazione civilistica riferita a pochi tratti del rapporto individuale, e poco considerato dal diritto della protezione sociale, ma anche da interventi di promozione occupazionale <sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> P. ALLEVA, *Flessibilità del lavoro e unità, articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG*, 1991, 777 ss.; e anche G. FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, 487 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. i saggi di A. PERULLI e M. MAGNANI, in *q. Rivista*. Questo non implica arrivare al punto di qualificare il lavoro autonomo come modello centrale della economia post fordista, in sostituzione del lavoro subordinato.

L'obiettivo di cambiare rotta è alla base di recenti normative legislative approvate in vari paesi europei, di cui si dà conto anche in questo dibattito: iniziative variamente configurate, ma che condividono l'urgenza di superare questo deficit di regolazione pubblica. Di tale consapevolezza sono partecipi alcune proposte di legge elaborate nel parlamento italiano, fra cui una presentata da chi scrive (AS n. 2145 del 29 aprile 2010), e iniziative in sede regionale, in particolare il disegno di legge presentato al consiglio regionale del Veneto (2 ottobre 2009). Lo stimolo all'iniziativa è duplice: anzitutto il riconoscimento di una realtà economica di dimensione e importanza decisive per lo sviluppo dei moderni sistemi produttivi, in particolare per la crescita di un terziario di qualità, a sua volta cruciale per garantire la competitività di un sistema economico quale il nostro. Tale realtà costituisce una leva economica fondamentale anche per l'efficienza pubblica, per il contributo che le professioni possono dare allo svolgimento di rilevanti funzioni pubbliche e per la stessa *exit strategy* dalla crisi industriale.

D'altra parte le trasformazioni in atto nei sistemi produttivi, nei cicli di vita e nei rapporti fra attività lavorativa e modello familiare, anche in conseguenza della crescente partecipazione delle donne alle varie attività di lavoro, stanno ridisegnando l'ambito e i tipi dei bisogni sociali di tutti i lavori, non solo quelli dipendenti su cui si è concentrato il welfare storico, ma anche quelli autonomi.

La recente crisi globale ha reso drammaticamente evidente la fragilità di molti di questi lavori, di fronte alle crescenti pressioni competitive, alle variazioni improvvise di cicli di attività, ai fallimenti che colpiscono le imprese committenti del lavoro autonomo e anche ai ritardi di pagamenti da parte degli stessi committenti pubblici e privati, appesantiti dalla crisi.

La profondità del cambiamento economico-sociale e ora la durezza della crisi impongono una ricalibratura del welfare tradizionale, altrettanto profonda di quella richiesta al diritto del lavoro. Ma la riflessione sul nuovo welfare si è ancora una volta esercitata in prevalenza sui bisogni del lavoro dipendente, anche qui con un ritardo ingiustificato alla stregua dei fatti, dall'importanza come dalle esigenze dei nuovi lavori. È tempo che la elaborazione teorica sia la politica si adoperino per colmare questo ritardo.

Per operare in coerenza con queste premesse due indicazioni di metodo sono fondamentali, quasi preliminari. Anzitutto oggetti e ambiti degli interventi devono tener conto della diversità dei lavori autonomi: rispettare il fatto che si tratta di attività non omogenee, di una galassia di posizioni presenti soprattutto nel terziario, e per di più in continua evolu-

zione. La variabilità e la complessità sono tali che vengono colte con difficoltà dalle stesse rilevazioni statistiche. Lo si vede dalle classificazioni dell'Istat che individuano solo parzialmente tale complessità, classificando a tutt'oggi quattro categorie di autonomi: imprenditori e lavoratori in proprio, liberi professionisti, coadiuvanti e soci di cooperative, collaboratori e lavoratori occasionali. Nella prima categoria un'area prevalente è composta non di imprese "strutturate" ancorché piccole, ma di persone che lavorano senza dipendenti, che sono quindi imprenditori di se stessi.

#### **4. Il carattere innovativo della proposta di legge.**

Qui più che mai è pertinente l'appello ad abbandonare definizioni rigide e regolazioni dettagliate delle varie forme in cui si presenta la galassia del mondo autonomo.

Di questa eterogeneità tiene conto il disegno di legge da me presentato che evita interventi normativi distinti per ciascuna forma, che se pur utili per alcune di queste possono risultare inadatte o addirittura controproducenti per altre.

Le varie categorie di lavoro autonomo, sono giustamente diffidenti, come ho verificato nelle interlocuzioni con esse, verso normative, che ancorché benintenzionate, appongano ulteriori vincoli alla loro autonomia. La mia proposta si concentra invece su una regolazione di base intesa a cogliere i caratteri essenziali comuni alle varie forme di lavoro autonomo, cui fare corrispondere la stessa regolazione, quella di protezione come quella di promozione. Per questo si adotta su entrambi i versanti una tecnica regolativa "leggera" di quadro.

L'adozione di questa tecnica, utilizzabile anche per molti ambiti del lavoro subordinato, ha l'ulteriore implicazione, particolarmente congeniale al lavoro autonomo, di attivare un rapporto di sussidiarietà fra le fonti: il quadro dettato dalla legge deve lasciar spazio all'autonomia collettiva delle categorie interessate e, per i soggetti in grado di negoziare in proprio, alla contrattazione individuale.

Anzi come è stato negli episodi migliori della nostra storia legislativa, la stessa normativa di legge dovrebbe trovare alimento nelle prassi delle autonomie. Il che richiama la necessità di un'efficace organizzazione e rappresentanza collettiva di questi soggetti, che esiste solo per alcuni settori e che risente ancora di un'alta frammentazione, ora in parte corretta da alcune di queste categorie, con la costituzione dell'"impresa rete", un'associazione madre che intende coordinarne la rappresentanza.

Per altro verso la tecnica della normativa quadro permette di rispettare la complessa ripartizione di competenze fra stato e autonomi locali, in base alla quale soprattutto gli aspetti promozionali degli interventi in materia rientrano sempre più nell'ambito dei poteri normativi e organizzativi delle regioni e degli enti sub regionali. Il contributo normativo e gestionale delle autonomie è decisivo per il raggiungimento degli obiettivi individuali. Esso si traduce in azioni aggiuntive e migliorative dei livelli essenziali delle prestazioni previste dalla disciplina nazionale. L'attuazione coordinata dei diversi livelli di intervento, statale, regionali e locali, deve realizzarsi secondo il principio della leale collaborazione fra gli enti competenti. Per altro verso la definizione e l'adattamento degli obiettivi e degli strumenti di politica del lavoro e della formazione, anche in rapporto alle esigenze dello sviluppo locale, dovranno realizzarsi tramite una concertazione che coinvolga, assieme alle istituzioni, le categorie rappresentative dei vari tipi di lavoro.

La scelta di concentrarsi su una regolazione comune di base comporta che tale regolazione non annulla la specificità, né si sovrappone alle regole proprie, delle singole categorie (artigiani, commercio, professionisti, cooperatori, collaboratori), ma definisce un denominatore di tutele e incentivi comuni di questi soggetti, che è il riconoscimento e la valorizzazione del loro lavoro.

In particolare è fatto salvo l'apparato regolativo delle varie attività di lavoro e di impresa riguardante le modalità della loro regolazione e la forma giuridica dell'attività; e sono invece considerate le esigenze comuni sotto il duplice profilo della tutela e del sostegno alla crescita.

La medesima scelta ha richiesto di definire bene quali sono i caratteri essenziali che giustificano la previsione di uno statuto motivato da ragioni di tutela e di promozione comune, ma rispettoso delle specificità delle singole fattispecie.

Le normative di altri paesi hanno dato risposte diverse a tale questione, come documenta lo scritto di Perulli. L'opzione individuata dal disegno di legge n. 2145 individua tale elemento unificante nel fatto che questi soggetti partecipano in autonomia alla produzione di beni e servizi con la prevalenza di lavoro proprio e/o del nucleo familiare <sup>(5)</sup>. È la prevalenza del fattore lavoro rispetto al capitale che va considerata-valORIZZATA, anche se questo lavoro si esprime in forme giuridiche diverse (cooperative, imprese artigiane e commerciali, società di persone).

---

<sup>(5)</sup> Nello stesso senso va la legge spagnola del 2007, *Estratto de Trabajo autonomo*.

Alla stregua di tale criterio l'ambito considerato comprende non solo il contratto d'opera *ex* articolo 2222 del codice civile ma anche le microimprese e dall'altra parte le varie forme di collaborazioni coordinate e continuative.

L'attenzione al lavoro autonomo, anche organizzato in forma di micro impresa, pone tale normativa al confine con altre normative presenti nello scenario parlamentare e ispirate alle indicazioni europee dello *Small Business Act* (SBA), in particolare riguardanti lo statuto dell'impresa. Queste norme riguardano l'attività e l'organizzazione delle imprese in quanto tali; e sono applicabili alle imprese di tutte le dimensioni, anche se si dirigono in particolare a quelle piccole e medie, perché ritenute giustamente più bisognose di normative di sostegno; infatti molta dell'attuale legislazione in materia è ritagliata sui bisogni delle grandi aziende, dalla disciplina degli incentivi a quella degli appalti, fino alla semplificazione amministrativa<sup>(6)</sup>.

Così definita, la normativa proposta è in grado di comprendere una vasta gamma dei lavori autonomi, quelli appunto unificati dalla prevalenza di una prestazione di lavoro professionale e personale, svolta al di fuori di vincoli di subordinazione e a titolo oneroso. Essa applica dunque a tutte le persone a tutte le persone che svolgono in modo abituale queste attività comprendendovi indicativamente: i piccoli imprenditori, artigiani e piccoli commercianti che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia, gli esercenti di professioni liberali indipendentemente da iscrizione ad albi, gli agenti, i rappresentanti e altri titolari di contratti tipici di cui al titolo IV e V del libro quinto del codice civile, gli associati in partecipazione, con apporto di lavoro proprio. Tale comunanza di indirizzi fa salve, come si diceva, le regole esistenti che considerano aspetti specifici della regolazione di queste figure (la legge quadro sull'artigianato, la normativa sulla cooperazione, sul contratto di agenzia, eccetera).

## 5. Il nuovo orizzonte delle tutele.

I contenuti della normativa rispondono, come dicevo, a un duplice obiettivo di tutela e di promozione del lavoro autonomo.

Le stesse tutele sono viste in funzione promozionale. Sono infatti dirette ad esaltare le potenzialità economiche e sociali dei lavoratori auto-

---

<sup>(6)</sup> Cfr. da ultimo AC n. 2754 a firma Vignali e altri.

nomi e professionali, e a sollecitare comportamenti virtuosi quali: la ricerca di una competitività basata sulla qualità e sulla stabilità del lavoro e non sulla sua intensificazione esasperata o sulla mera riduzione dei costi; maggiori investimenti in formazione continua, innovazione e sicurezza; utilizzo diffuso delle nuove tecnologie e strumentazioni, anche informatiche. In entrambe le direzioni le normative proposte non riproducono necessariamente gli schemi utilizzati per la tutela e la promozione del lavoro dipendente, perché devono adeguarli ai caratteri di autonomia propri di questi lavori. Così è ad esempio per la promozione delle opportunità di impiego e della mobilità. Essa richiede che siano istituiti servizi dedicati, osservatori e sportelli unici, in grado di rispondere alle esigenze specifiche di categorie fra loro diverse (dai lavoratori autonomi tradizionali alle attività professionali di nuova generazione); e tali strumenti provvisti di expertise adeguate devono essere destinati a facilitare l'accesso alle opportunità di mercato, al credito, alle informazioni relative agli incentivi e agli appalti pubblici.

Analogamente la tutela di questi lavoratori nei casi di inattività temporanea o di cessazione di attività per crisi di mercato, abbisogna di "sostegni" finalizzati più complessi di quelli forniti dagli ammortizzatori costituiti per i dipendenti: prestiti agevolati o sostegni economici in forma di somme forfettarie una tantum, anche a fondo perduto. Le amministrazioni nazionali e locali competenti per lo sviluppo economico sono inoltre tenute a predisporre interventi di assistenza rivolti alla riconversione dell'attività e al reinserimento nel mercato. Nelle stesse ipotesi è utile fornire appoggio alla costituzione da parte delle varie categorie di lavoro autonomo, di fondi mutualistici, competenti ad erogare agli aderenti aiuti monetari e di servizio in caso di crisi e di inattività. Gli stessi fondi sono abilitati a favorire le attività di formazione e tutele al reddito in caso di malattia, infortunio, maternità e paternità. Lo Stato, riconoscendo l'utilità di queste forme mutualistiche, concorre al loro sostegno prevedendo in particolare la detassazione dei contributi apportati al fondo dai lavoratori ad esso aderenti (forma già sperimentata per il fondo relativo ai lavoratori somministrati). Tali istituti rispondono a finalità di sussidiarietà analoghe a quelle perseguite da tempo per il lavoro dipendente nella forma degli enti bilaterali; ma qui vengono considerati nella forma mutualistica avviata dall'iniziativa propria dei lavoratori autonomi in forma associata.

## **6. La finalità delle misure di sostegno.**

Il sostegno all'attività di formazione e di riqualificazione delle competenze risponde a una esigenza sempre più urgente anche per tutte le forme di lavoro autonomo, ma largamente misconosciuta. Le modalità e le direzioni degli interventi anche qui vanno raccordati alle specifiche esigenze di lavoratori autonomi che si confrontano direttamente col mercato. Per questo il disegno di legge n. 2145 insiste sulla necessità di sostegni diretti (non intermediati) alle attività prescelte degli interessati: incremento delle deduzioni dalla base imponibile delle spese per la formazione, compresa l'alta formazione, di maggiore intensità se la formazione è svolta da enti o strutture accreditate; nonché voucher formativi e predisposizione di percorsi formativi dedicati, gratuiti o a costi ridotti (ad opera delle autonomie territoriali).

Altre norme di tipo promozionale, le più numerose, riguardano il rapporto delle attività di lavoro autonomo con il mercato e con i suoi operatori. In tale direzione si prospettano molteplici interventi: sostegni, attivabili dallo Stato o dalle Regioni, all'avvio, al consolidamento, alla riconversione delle attività autonome, alla loro internazionalizzazione. Si prevedono finanziamenti in conto capitale, prestiti agevolati, sostegno alla ricerca di fondi, servizi informativi e di orientamento, sviluppo di supporti informatici dedicati; consulenze per ricerche di mercato (predisposte dalle istituzioni ovvero svolte dall'interessato con contributo pubblico); misure per favorire un accesso non discriminatorio dei lavoratori autonomi e delle micro imprese alle commesse e appalti pubblici; incentivi alla ricerca e all'innovazione di impresa, a valere sui fondi esistenti, prevedendo che una quota di essi sia destinata al lavoro autonomo; sostegno dell'imprenditoria giovanile e femminile, anche per favorire l'avvio di attività in proprio da parte di lavoratori dipendenti espulsi dal mercato del lavoro; promozione delle opportunità di impiego e della mobilità dei lavoratori autonomi, attraverso la istituzione di servizi dedicati a facilitare l'accesso dei lavoratori autonomi alle opportunità di mercato, al credito, alle incentivazioni e alle informazioni relative agli appalti pubblici.; semplificazioni degli adempimenti amministrativi; riordino della disciplina dei pagamenti dei crediti dei lavoratori autonomi nei confronti delle pubbliche amministrazioni e delle imprese committenti, orientato a definire condizioni e termini peculiari per i crediti maturati dai lavoratori autonomi, e ad introdurre procedure arbitrali per la soluzione rapida delle controversie relative ai mancati o ritardati pagamenti.

Quanto alle pubbliche amministrazioni, è riconosciuto ai prestatori di lavoro autonomo un diritto di prelazione nell'accesso al pagamento dei crediti ed è stabilito l'obbligo per i responsabili dei centri di spesa di predisporre strumenti di monitoraggio circa il rispetto della disciplina vigente; si propone infine il riordino della disciplina in materia di erogazione e garanzia del credito ai lavoratori autonomi, allo scopo di sostenere i processi di qualificazione e aggregazione dei confidi e di riconoscere agli stessi la possibilità di erogare direttamente garanzie e finanziamenti ai lavoratori autonomi.

Il regime di imposizione fiscale sul lavoro autonomo costituisce una componente essenziale dell'intervento complessivo di riforma. Il disegno di legge n. 2145 interviene con una misura iniziale di aumento delle deduzioni dalla base imponibile ai fini dell'IRAP. Esso dovrà essere integrato nel quadro di un riassetto del sistema, che riveda gli istituti specifici di queste categorie, studi di settore e la stessa IRA, ma nel quadro di una riforma organica delle tassazioni sul lavoro (rispetto a quelle su rendite, profitti e patrimoni).

## **7. L'estensione dei diritti fondamentali al lavoro autonomo.**

L'insieme delle norme dirette a promuovere il lavoro autonomo e l'autoimprenditorialità costituisce l'asse portante della nuova normativa, ma è integrato nel disegno di legge italiano, come in quello spagnolo, con un secondo gruppo di disposizioni riguardanti la disciplina dei rapporti individuali di lavoro autonomo.

Alcune di queste disposizioni confermano il riconoscimento anche per i titolari di attività autonome e auto imprenditoriali dei diritti fondamentali già risultanti dalle norme generali – e da precedenti disegno di legge sullo statuto dei lavori – specificando la valenza interpretata, per niente acquisita, di tali diritti, in particolare nei confronti dei committenti. Si tratta dei diritti fondamentali già risultanti dalle normative generali, e la valenza interpretata di tali diritti (quindi in particolare nei confronti dei committenti): diritti alla dignità e alla libera manifestazione del pensiero, alla intangibilità della sfera personale e sessuale, alle tutele contro i comportamenti persecutori, alla non discriminazione e alle pari opportunità, alla salute e alla sicurezza del lavoro, all'associazionismo professionale, a un equo compenso, regolazione del recesso secondo le regole del contratto a opera (articolo 2222 e seguenti del codice civile).



La tutela della maternità è ampliata rispetto all'attuale, con il riconoscimento alle lavoratrici autonome di un'indennità per cinque mesi complessivi, due prima e tre dopo la data effettiva del parto, senza vincoli di anzianità contributiva e di una contribuzione previdenziale figurativa.

Tale proposta mantiene l'istituto nell'ambito di un regime di finanziamento contributivo, che però andrebbe progressivamente superato col riconoscimento della maternità come diritto di cittadinanza (e quindi fiscalmente sostenuto).

Anche alcune regole del rapporto riflettono esigenze specifiche del lavoro autonomo: così il sostegno alla predisposizione di schemi contrattuali con la clientela, che prevedano clausole volontarie di conciliazione e di arbitrato con modalità definite in accordo con le organizzazioni rappresentative delle categorie interessate; e la tutela delle invenzioni e della proprietà intellettuale e la istituzione di marchi di qualità, il cui possesso costituisca titolo per accedere a benefici previsti da istituzioni statali o locali. Il compenso spettante per le attività autonome deve rispettare il criterio costituzionale della proporzione alla quantità e qualità del lavoro, e parametrarsi alle previsioni delle parti o comunque a quello in uso per prestazioni comparabili. Il disegno di legge n. 2145 non prevede parametri rigidi quali le tariffe minime; nonostante le recenti posizioni in proposito anche della Corte Europea di giustizia, queste mi sembrano poco congrue ad attività liberamente svolte sul mercato.

Gli squilibri e le difficoltà del mercato, che colpiscono anche i lavoratori autonomi, hanno suggerito peraltro la predisposizione di una misura di *soft law* consistente nell'obbligo delle Pubbliche Amministrazioni di predisporre e pubblicizzare linee guida riguardanti i tipi di attività autonoma direttamente affidati e i relativi compensi.

La normativa di tutela e di promozione del lavoro autonomo assume oggi un rilievo particolare per i motivi sopra e spostati, e per questo è stata presentata separatamente come disegno di legge a sé stante. Ma essa va inserita, nell'intenzione degli estensori, in un disegno complessivo di rimodulazione del diritto del lavoro; in tal senso riconducendosi all'ispirazione del progetto originario di statuto dei lavori, ripreso con adattamenti nel 2002 (Carta dei Diritti).

## 8. La prospettive di regolazione dei lavori “economicamente dipendenti”.

Una integrazione necessaria e particolarmente urgente di questa normativa riguarda l’area dei lavori, variamente denominati; di collaborazione coordinata e continuativa, lavori con contratto a progetto, parasubordinati, o economicamente dipendenti. Si tratta di un’area particolarmente controversa sotto il profilo sia della definizione della fattispecie sia delle scelte di politica del diritto, cioè della regolazione appropriata. Senza voler riprendere tali controversie <sup>(7)</sup>, mi limito a indicare alcune opzioni di fondo che dovrebbero porsi alla base della nuova normativa.

In premessa va chiarito che questi lavori che, si collocano in una sempre più complessa sequenza di attività, quasi in un continuum fra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato tradizionali, vanno tenuti distinti dalle deviazioni fraudolente, cioè dalle fattispecie che mascherano sotto questi nomi, veri e propri lavori dipendenti. Tali lavori “mascherati” si sono diffusi non solo in Italia, incentivati dai minori costi soprattutto contributivi (ma non solo) rispetto al lavoro subordinato. Se di questo si tratta, il fenomeno va contrastato con la intensificazione dei sistemi di ispezione e di vigilanza e anzitutto con la parificazione dei costi, anzi con una differenziazione di costi in senso inverso a quello attuale, cioè che preveda un costo maggiore per questi lavori in quanto tiene conto del rischio dell’autonomia e del mercato.

È una precisazione nient’affatto scontata, come pure dovrebbe essere, perché come dice bene Perulli (in questa rivista), gli interventi in proposito, fin dalla legge n. 30/2003, come molte proposte in circolazione oggi, continuano a sovrapporre i due obiettivi: la repressione delle false collaborazioni – e delle false partite IVA – e la regolazione propria dei veri lavori parasubordinati o economicamente dipendenti. Il che facilita le posizioni di chi vuole omologare la regolazione di questi lavori alla disciplina del lavoro subordinato. La individuazione dei lavori in questione, che anch’io preferisco indicare con la terminologia europea, di “economicamente dipendenti”, ha seguito diversi criteri. Nei progetti del 1998 e del 2002 si ritenne opportuno non impegnarsi in definizioni rigide della fattispecie, ritenendole inadatte, come la coppia lavoro-autonomo/lavoro-subordinato, a dar conto delle variabili identità dei lavori, lungo quel *continuum* di cui si diceva. Invece di irrigidire a priori

---

<sup>(7)</sup> Cfr. T. TREU, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, 467 ss.; e nel panorama internazionale, P. DAVIES, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 20000, 210; A. SUPLOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 227.

le fattispecie in rigidi schemi precostituiti, si è ritenuto sufficiente e più utile procedere alla loro identificazione attraverso l'utilizzo di una pluralità di indici amministrabili secondo il criterio della prevalenza e con un giudizio per approssimazione già usati dalla giurisprudenza. Si tratta di indici non tutti necessari in ciascuna fattispecie, che vanno dall'assenza di collaboratori, alla corrispondenza qualitativa al lavoro salariato, al lavorare per un solo datore di lavoro o committente, alla mancanza di un vero mercato per i propri prodotti o servizi. L'inopportunità di assolutizzare singoli requisiti è confermata dalle contraddizioni che sono già state rilevate nella scelta della legge n. 30 e del decreto n. 276/2003 di concentrare l'identità del contratto a progetto nella presenza di un termine allo stesso progetto.

Nelle legislazioni di paesi vicini, e nella discussione dottrinale, si tende oggi identificare nella dipendenza economica l'elemento contributivo della fattispecie e a specificarne i contenuti e a tal fine si assegna per lo più rilievo alla dipendenza del reddito del lavoratore da un committente principale (talora percentualizzato nel 75% come nella legge spagnola). In alcune proposte italiane si specifica ulteriormente che in ogni caso il lavoratore economicamente dipendente <sup>(8)</sup> non è tale se supera una data soglia di reddito (30-40.000 euro). Personalmente mantengo qualche riserva sulla opportunità di assolutizzare indici quantitativi di questo tipo, tanto più una soglia o una percentuale di reddito fisso. Più accettabile può essere semmai un criterio indicativo come quello della dipendenza prevalente da un committente principale. Si tratta comunque di una questione da definire meglio.

In ogni caso sono convinto che il carattere di sottoprotezione economica proprio di questi lavori costituisce il criterio ordinatore della loro disciplina. In base al principio costituzionale (articolo 35) di proporzionalità delle misure ai bisogni di tutela e di regolazione, la dipendenza economica richiede regole specifiche e protezioni più intense di quelle sufficienti per altri lavori autonomi; senza peraltro omologarle al prototipo del lavoro subordinato tradizionale.

Una modulazione delle tutele secondo tale criterio sdrammatizza il problema definitorio, compresa la *vexata quaestio* se questi lavori costituiscono o meno un *tertium genus*. Le indicazioni più recenti, in particolare della legislazione spagnola, mi sembrano convincenti nel qualificare la figura come una categoria interna al lavoro autonomo, non assimilabile al lavoro dipendente, in quanto priva del vincolo tradizionale della subordinazione, ma contraddistinta appunto dal carattere delle dipen-

---

<sup>(8)</sup> Ddl Nerozzi e altri AS n. 2000, 5 febbraio 2010, art. 11.

denza economica che è rilevante ai fini della disciplina specifica. In ogni caso l'assimilazione al lavoro dipendente è una forzatura che disconosce le tendenze presenti nei nuovi paradigmi produttivi e le potenzialità di questi lavori di evolvere verso posizioni di vera e completa autonomia: tali potenzialità vanno sostenute con misure di promozione in capo ai singoli che le vogliono cogliere, mentre d'altra parte non possono nascondere le esigenze di tutela pur sempre espresse dalla dipendenza economica che vengono invece oscurate da chi immagina una totale autonomizzazione di questi lavori.

### **9. Il lavoro “economicamente dipendente” nel disegno di legge n. 2145/2010.**

Quanto ai contenuti della disciplina il legislatore italiano ha finora esteso ai lavoratori economicamente dipendenti alcune tutele, in modo episodico e spesso asistematico e spesso contraddittorio (Perulli sottolinea bene la incongruità della disciplina del recesso). Anche in Italia è giunto il momento di ridefinire un profilo di disciplina organica che dia consistenza normativa corrispondente alle esigenze sia di tutele sia di sostegno di queste figure, o, come afferma Perulli, che inserisca la disciplina del lavoro economicamente dipendente all'interno di uno Statuto del lavoro autonomo, con tutele modulari.

Gran parte delle norme incluse nel disegno di legge n. 2145 sono adeguate, perché rispondono a istanze che i lavoratori economicamente dipendenti condividono con il variegato mondo del lavoro autonomo: quelle di regolazione del rapporto come quelle di sostegno sul mercato, di protezione nei rapporti con i committenti e di semplificazione delle procedure relative all'attività, di incentivo alle forme mutualistiche.

Rispetto a questa base comune, le esigenze di regolazione proprie dei lavoratori economicamente dipendenti si diversificano per aspetti specifici legati alla loro situazione di dipendenza. Un rilievo centrale investono le tutele dal reddito e dell'occupazione di fronte alle situazioni di crisi e alle trasformazioni produttive in genere.

La loro caratteristica di dipendenza richiede che vengano inclusi a pieno titolo in un sistema di ammortizzatori sociali universali e attivi come quelli vigenti da tempo in altri paesi, e da noi più volte proposto, in grado di sostenere tutti i lavori caratterizzati da rischi simili di precarietà, per la crisi dell'impresa datrice di lavoro o committente; così già nel disegno di legge n. AS n. 1764/2000 e più di recente nell'AS n. 1110/2008.

Gli istituti di sostegno sul mercato del lavoro – servizi all'impiego e formazione professionale – necessari per tutti i tipi di lavoro, vanno qui finalizzati in modo specifico, per rispondere alle esigenze di attività particolarmente fragili e mutevoli, anche se spesso molto professionalizzate. Tutele più consistenti di quelle finora previste dal decreto n. 276/2003 e successive integrazioni, sono opportune anche per i casi di sospensione del lavoro dovuti a motivi personali come in particolare malattia, infortunio, maternità. Si tratta di garantire indennità e servizi in misura da definire per legge o per contratto collettivo con possibilità di integrazione in via mutualistica. Per la maternità va prospettato il passaggio a una tutela di tipo universalistico (e non assicurativo), espressione di un diritto di cittadinanza.

In tema di recesso del committente serve una disciplina che protegga la continuità del rapporto da interruzioni ingiustificate, sia pure in modo diverso dal lavoro subordinato, il che si traduce sia nella necessità di preavviso per la cessazione dei rapporti a tempo indeterminato sia di indennizzo nel caso di cessazione ingiustificata. Non sembra invece praticabile la reintegrazione nel posto di lavoro. A parte le annose controversie esistenti sulla opportunità di mantenere il regime dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, anche per il lavoro dipendente delle imprese medio/grandi, estendere questo regime ai lavoratori economicamente dipendenti appare una forzatura che disconosce la condizioni di tali prestazioni dove il posto di lavoro non esiste o è diviso e sfuggente. Analogamente risultano difficilmente applicabili ai lavori economicamente dipendenti norme tipo come quelle sugli orari di lavoro e sulle sanzioni disciplinari. Le posizioni contrarie (da ultimo Ichino) non considerano che tali norme presuppongono un inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa tipico del lavoro subordinato e che non si ritrova in tali figure.

Per i lavoratori economicamente dipendenti i principi costituzionali dell'articolo 36 vanno rafforzati per garantire un compenso equo e sufficiente a persone che sono in dipendenza tipicamente da uno o pochi committenti prevalenti. Il rinvio deve essere in primis alla contrattazione collettiva e, in mancanza, a una normativa che fissi un salario minimo definito secondo criteri presenti in quasi tutte le esperienze internazionali (in tal senso si esprime il disegno di legge AS n. 1110/2008 proposto da vari senatori e deputati del PD).

## 10. Le altre linee di riforma.

Queste linee di riforma vanno ulteriormente intergrate con iniziative riguardanti altri aspetti delle politiche del lavoro (autonomo e subordinato), il sostegno all'occupazione, specie dei giovani e delle donne (AS n. 784) e la struttura del sistema pensionistico.

Il testo presentato al Senato a firma Treu e altri (vedi AS n. 1958) e alla Camera a firma Cazzola e altri (vedi AC n. 3035) si propone una progressiva convergenza delle aliquote contributive non solo fra i vari tipi di lavoro autonomo, ma anche fra questi e il lavoro dipendente. La convergenza è proposta a un livello di aliquota contributiva intermedio fra quelle attualmente previste per i vari lavori, comprese fra il 26 e il 28%. L'armonizzazione delle aliquote faciliterebbe il superamento delle attuali distorsioni del mercato del lavoro, in particolare la configurazione anomala di lavori "finti autonomi". Tale innovazione deve essere integrata con una correzione del metodo contributivo. Occorre infatti riconoscere che se esso viene applicato rigorosamente, come è necessario per mantenere la sostenibilità del sistema, non garantisce pensioni sufficienti alle future generazioni di lavoratori, dipendenti e autonomi. Tale situazione va corretta perché altrimenti rischia di favorire una fuga dalla contribuzione da parte di soggetti, autonomi e subordinati, specie con attività intermittenti e compensi ridotti, che con l'attuale sistema raggiungerebbero pensioni inferiori o analoghe agli assegni sociali. Per questo si è proposto, nell'ambito dei citati disegni di legge di riforma (AS n. 1958 e AC n. 3035), di introdurre una prestazione pensionistica di base finanziata dal fisco per tutti i cittadini anziani bisognosi, cui si aggiunga la attuale pensione contributiva (ed eventualmente una pensione complementare volontaria).

La rimodulazione delle norme sul lavoro si esprime non solo nella estensione e nell'adattamento della disciplina tradizionale rispetto ai lavoratori autonomi, ma si accompagna all'esigenza di rivedere l'assetto del lavoro subordinato tipico e atipico. Il tema è tuttora controverso, nonostante le discussioni ultradecennali. Queste sono ora riaccese dalle intenzioni del governo di riaprire il capitolo generale dello Statuto dei lavori.

Mi limito a rilevare che il dibattito in proposito si deve inquadrare nella ricerca di una base di tutele comuni a tutti i lavori (autonomi, dipendenti, tipici e atipici) relative al rapporto e al mercato del lavoro: salario, ammortizzatori universali, diritti di formazione agibili nel corso della vita, servizi all'impiego efficienti, salario minimo, pensione di base.

Come ho argomentato meglio altrove <sup>(9)</sup>, attivare un simile “zoccolo sociale” comprensivo di un sistema di welfare universalistico, può contrastare i rischi di destrutturazione del mercato del lavoro, contribuire a ricomporre i dualismi fra le tutele e permettere di discutere meglio lo stesso tema critico della normativa sulla stabilità del rapporto di lavoro.

**Uno Statuto per un lavoro autonomo – Riassunto.** *L’A. analizza l’attuale posizione del diritto del lavoro rispetto alle forme di lavoro parasubordinato e autonomo, auspicando non la moltiplicazione dei tipi contrattuali utilizzabili, ma una nuova regolazione, che doti tali forme contrattuali di un quadro generale di principi e di diritti. Obiettivo che non può essere perseguito riconducendo le nuove forme di lavoro autonomo a varianti formali del modello tuttora egemone del lavoro subordinato. La profondità del cambiamento economico sociale, l’attuale crisi, ma anche la necessità di potenziare un terziario di qualità, impone, infatti, una ricalibratura del diritto del lavoro e del welfare tradizionale. Proprio queste le finalità sottese alla proposta di legge presentata dall’autore, la quale, si propone di tutelare e promuovere il lavoro autonomo nelle sue varie forme, anche organizzato in forma di micro impresa, con previsioni adeguate, tese ad evitare interventi normativi distinti per ciascuna forma contrattuale e, in ogni caso, differenziate da quelle previste per il lavoro dipendente. Particolare accento viene, poi, riservato al regime d’imposizione fiscale e alla necessità di promuovere l’estensione dei diritti fondamentali risultanti dalle norme generali anche ai titolari di attività autonome e auto imprenditoriali, tra essi, ad esempio, la tutela della maternità, la salute e la sicurezza sul lavoro. Tali indicazioni si inseriscono in un disegno normativo più generale di rimodulazione del diritto del lavoro, soprattutto, con riferimento all’area dei lavori “economicamente dipendenti”. Ambiente soggetto a frequenti deviazioni fraudolente, che impongono sì l’intensificazione dei sistemi d’ispezione e vigilanza, ma, soprattutto, sostiene l’A., la differenziazione dei costi in senso inverso a quello attuale, cioè prevedendo un costo maggiore per questi lavori, che tenga conto del rischio dell’autonomia e del mercato. Il carattere di sottoprotezione economica proprio dei lavori “economicamente dipendenti” costituisce il criterio ordinatore della loro disciplina e comporta l’adozione di protezioni più intense, le quali, tuttavia, non devono spingersi fino a omologare tali fattispecie autonome al prototipo del lavoro subordinato tradizionale.*

**A Statute for self-employed workers (Article in Italian) – Summary.** *The paper provides an analysis of labour law provisions regulating quasi-subordinate and self-employment currently in force, focusing, rather than on the effective implementation of these contractual arrangements, on the setting-up of ad hoc principles and rights. This is due to the fact that new forms of autonomous work are still classified as salaried employment in formal terms. Substantial changes in socioeconomic conditions, relating to the financial crisis, as well as the need to update legislation in the service sector call for an innovation in both labour law and the welfare system. In this*

---

<sup>(9)</sup>T. TREU, *Trasformazioni del lavoro e indicazioni di policy*, in *Il Lavoro – I quaderni di Italianieuropei*, 257 ss.

*connection, the legislative proposal brought before the Parliament by the author makes provision for all forms of self-employment to be classified separately from salaried employed, including those applying within microenterprises. Special attention is paid to the tax system and the extension of fundamental rights also to self-employed workers, especially in terms of parental leave and health and safety at work. The provisions mentioned above are part of a more wide-ranging attempt to modify current labour law provisions with regard to quasi-subordinate employment, in relation to which a high incidence of fraudulent practices has been reported. In addition to improving the system of sanctions, a differentiation in terms of wage costs should be also implemented, taking into account risks relating to business freedom and the labour market. In conclusion, the paper argues that, although characterized by low levels of protection, quasi-subordinate employment should be placed in a separate category from that of salaried employment.*



## Per uno Statuto del lavoro autonomo

*Adalberto Perulli*

*Sommario:* **1.** Premessa. – **2.** Chi sono i lavoratori autonomi? – **3.** I contenuti dello Statuto. – **4.** Il lavoro autonomo economicamente dipendente. – **5.** Quale ruolo per il diritto comunitario?

### **1. Premessa.**

Le trasformazioni economiche e organizzative del post-fordismo hanno ribadito la consistenza del lavoro autonomo nel tessuto produttivo di molti paesi europei, collocandolo al cuore del nuovo modo di funzionare dei sistemi economici nazionali e regionali. In un contesto di generale mutazione dei modelli produttivi e organizzativi le diverse componenti del lavoro autonomo si declinano secondo percorsi sempre più distanti dal paradigma fordista, e richiedono un'analisi particolarmente attenta dei bisogni espressi dai diversi attori di questo variegato mondo della produzione, cui rispondere con politiche al contempo mirate e di ampio respiro, capaci di ricondurre entro margini di sicurezza socialmente adeguati le varie forme del "fare per altri".

Il lavoro autonomo è stato oggetto, negli ultimi anni, di profondi cambiamenti relativi alla struttura produttiva e organizzativa (decentralizzazione produttiva, *outsourcing*, esternalizzazioni ecc.), nonché, più in generale, ai mutamenti del contesto economico complessivo e internazionale (globalizzazione, liberalizzazione degli scambi, finanziarizzazione dell'economia, ecc.), ed è proliferato in forme nuove (sia nel senso di nuovi lavori autonomi, sia di nuovi profili del lavoro autonomo tradizionale), dettagliandosi in attività rese da soggetti che, volontariamente, con creatività e propensione al rischio, ma in certi casi anche secondo necessità, si collocano sul mercato del lavoro con una notevole dotazione di risorse e competenze personali.

---

\* *Professore ordinario di diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia.*

In ragione di questo affastellarsi di modalità alternative – non solo al lavoro subordinato classico, ma anche a quello indipendente di “prima generazione” – l’universo dell’autonomia presenta una geografia ancor più complessa rispetto al passato, quanto refrattaria a ipotesi semplificanti e unificanti <sup>(1)</sup>. Questo insieme composito di figure sociali richiede una maggiore attenzione da parte della sfera politica, tradizionalmente attenta alle domande provenienti dal lavoro subordinato e dalla media-grande impresa, ma piuttosto sorda alle istanze provenienti dal lavoro autonomo, che con crescente urgenza pone nuove questioni inerenti la regolazione, la tutela pubblica e la rappresentanza politica delle categorie produttive. Peraltro, indicazioni importanti in questa direzione provengono dalle istituzioni europee, che di recente hanno fornito spunti e soluzioni regolative adattate al complesso mondo dell’autonomia e della PMI. Del resto, la tutela e la promozione del lavoro autonomo trovano autorevoli riferimenti anche in recenti atti di rilievo transnazionale e internazionale, con i quali il diritto del lavoro non può evitare di confrontarsi: dallo *Small Business Act* dell’UE, focalizzato soprattutto sugli aspetti incentivanti e della semplificazione amministrativa <sup>(2)</sup>, alla risoluzione dell’Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) del 19 giugno 2009, ove, tra l’altro, si richiama l’attenzione sulla necessità di attuare «programmi di formazione professionale e imprenditoriale per i lavoratori autonomi», nonché l’adozione di «misure, in particolare l’accesso al credito, che garantiscano un ambiente favorevole al loro sviluppo»; senza dimenticare i suggerimenti di intervento a tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente contenuti nel Libro Verde della Commissione europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro.

È vero che, secondo le più accreditate analisi sociologiche, il ceto medio autonomo non ha conosciuto, negli ultimi anni, una fase di impoverimento e di marginalizzazione (anche se la diagnosi andrebbe rivista alla luce della recente crisi economica globale). Tuttavia, molti fenomeni stanno modificando in profondità il quadro di riferimento entro cui i lavoratori autonomi si muovono, sollecitando nuove forme di garanzia e di tutela. Si pensi, per esempio, agli elementi di crisi che hanno colpito il tessuto della piccola impresa e di economia distrettuale; alla flessibilizzazione delle grandi organizzazioni e la creazione di imprese a rete, con conseguente diffusione di modalità lavorative in regime di

---

<sup>(1)</sup> Si veda *infra*, § 2.

<sup>(2)</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro alla prova dello Small Business Act*, in *MGL*, 2010.

monocommittenza e dipendenza economica; all'emergere di posizioni lavorative a cavallo tra lavoro subordinato e lavoro autonomo caratterizzate da temporaneità e precarietà. Ovviamente a queste emergenze non si può fornire una risposta unitaria: la risposta va necessariamente declinata al plurale. Infatti, a seconda del punto di vista in cui ci si pone, il lavoro autonomo richiede maggiore libertà di movimento sul mercato e maggiori *chances* di auto-organizzazione (professioni a elevata qualificazione con partita IVA impegnate nei servizi per l'impresa), oppure maggiore tutela rispetto ai contratti di lavoro (co.co.pro., partite IVA "imposte"), oppure incentivi/sgravi fiscali per l'attività di impresa (piccoli imprenditori), o ancora tutele di tipo organico e identitario (professioni non protette).

Il problema, dal punto di vista delle politiche di promozione, tutela e sostegno, va quindi affrontato con un complesso dosaggio di "più mercato" e al contempo di "più regolazione": se una parte del lavoro autonomo chiede più mercato per "vendere" le proprie capacità e competenze, altri lavoratori autonomi chiedono nuove forme di tutela pubblica, per le quali tendono ad associarsi.

Di base, poi, si tratta di pensare a regole adattabili e flessibili, non rigide e coercitive, come strumenti previdenziali e fiscali coerenti con la tutela di un capitale umano che aspira, soprattutto, ad essere valorizzato (mobilità professionale, formazione, esperienze culturali e di accrescimento delle competenze professionali, offerta di servizi che supportino i diversi intrecci tra vita e lavoro, ecc.). In tale quadro, il lavoro autonomo – inteso in accezione ampia e dunque comprensivo non solo del contratto d'opera *ex* articolo 2222 del codice civile, ma anche delle collaborazioni coordinate e continuative da un lato e della c.d. microimpresa dall'altro – richiede forme di sostegno basate su una rinnovata legislazione statale, ma anche interventi di marca regionale i quali, anche differenziandosi con riguardo alle diverse esigenze di tutela, hanno luogo di dispiegarsi sotto il mantello dell'articolo 117 della Costituzione.

È dunque venuto il momento di affrontare il tema del lavoro autonomo in modo serio ed efficace, promuovendo uno *Statuto del lavoro autonomo*, da declinare su base nazionale e regionale. Solo all'interno di una regolamentazione unitaria, ma al contempo modulata e articolata, si può tradurre in una cornice normativa-quadro una pluralità di politiche adattate alle esigenze dei gruppi sociali interessati.

Guardando al mondo dell'imprenditorialità e della microimpresa, gli strumenti di elezione dovrebbero riguardare i seguenti ambiti:

- 1) i finanziamenti per lo *start-up* e le tutele sul piano fiscale (escludere dal reddito imponibile ai fini dell'IRAP tutti i redditi di lavoro autonomo e di impresa minore, che siano stati prodotti senza l'ausilio di lavoro subordinato e/o di lavoro autonomo continuativo), ma anche il sostegno per l'internazionalizzazione, con attività formative volte a rafforzare le competenze delle imprese;
- 2) il sostegno alla risoluzione alternativa delle controversie con arbitrato presso appositi collegi istituiti dai soggetti rappresentativi o presso le Camere Arbitrali delle Camere di Commercio;
- 3) l'incentivo di regimi regolamentari efficienti e semplificati per l'esercizio delle attività di lavoro autonomo in ambito nazionale e regionale, con drastica riduzione degli adempimenti amministrativi richiesti per l'esercizio di dette attività;
- 4) i supporti informatici per il lavoro autonomo e imprenditoriale per favorire lo sviluppo di siti *web* standard, volti alla presentazione delle attività e qualità professionali del lavoratore autonomo, e favorire l'implementazione di borse o di altri istituti informatici, con l'ausilio di una piattaforma informatica nella quale i committenti possano rappresentare efficacemente i bisogni e ciò che vorrebbero ottenere dal mercato in termini di collaborazione o fornitura;
- 5) le garanzie e tutele di tipo welfaristico (specie per i lavoratori autonomi che non posseggono forme mutualistiche e assistenziali) per le fasi di crisi e di mancanza di commesse;
- 6) i diritti e garanzie nel rapporto con i clienti/committenti (come, ad esempio, forme più incisive di tutela contro il ritardo nei pagamenti da parte dei committenti).

## 2. Chi sono i lavoratori autonomi?

Le trasformazioni in atto rendono difficile utilizzare una definizione univoca di lavoro autonomo, che presenta una geografia complessa e refrattaria a ipotesi unificanti. Tuttavia, nel ricostruire gli aspetti caratterizzanti di queste professioni, possono essere messe in luce le caratteristiche di un soggetto che, nell'ambito della propria attività lavorativa:

- 1) investe denaro, tempo e attenzione su se stesso, sulle proprie idee, sulle proprie abilità, sulla propria carriera professionale, ecc.;
- 2) assume un rischio, collegato a questo investimento;
- 3) organizza la condivisione a rete delle conoscenze necessarie alla sua funzione produttiva, usando come risorsa connettiva il capitale so-

ziale a cui ha accesso e investimenti personali in comunicazione, logistica e garanzia <sup>(3)</sup>.

Per sviluppare un ragionamento sulle prospettive del lavoro autonomo, è necessario preliminarmente sviluppare uno schema concettuale e di classificazione, che in sintesi può essere espresso nella seguente griglia analitica:

1) autoimprenditorialità, micro e piccola impresa; “popolo delle partite IVA”, “capitalismo molecolare”, “capitalismo personale”; commercio, costruzioni, manifatturiero sono i settori più frequentati, ma anche le microimprese legate alla ricerca, alle nuove tecnologie, alle forme inter-organizzative (*franchising*, subappalto, cooperative, ecc.);

2) attività professionale tradizionale (*operae liberales*, professioni regolamentate con ordini a tutela di interessi costituzionalmente garantiti o comunque di grande rilievo sociale);

3) attività professionali di nuova generazione, figure professionali legate ai servizi, allo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, “lavoratori della conoscenza”, *professionals*, esperti, ecc. (consulenza, *expertise*, progettazione di prodotti, formatori, esperti di marketing, servizi alla persona, logistica, *software*, in generale professionisti con risorse legate alle competenze). Si tratta di un lavoro professionale non facilmente identificabile con quello tradizionale del libero professionista: emblematici i lavoratori con partita IVA, ma non iscritti a ordini e albi professionali, e il mondo variegato delle “Associazioni professionali”;

4) attività di lavoro parasubordinato o economicamente dipendente (lavoro a progetto, collaborazioni coordinate e continuative, prestazioni occasionali – c.d. mini co.co.co.); ci si riferisce alle collaborazioni genuine, quindi non si prende in considerazione il fenomeno del “falso lavoro autonomo” che dissimula rapporti di lavoro subordinato (si veda *infra*).

Vi sono evidenti sovrapposizioni e ibridazioni tra le categorie descritte; inoltre le stesse categorie non sono omogenee. Nel primo senso: la figura del piccolo imprenditore finisce per intrecciarsi profondamente con quelle del lavoratore in proprio e del professionista, i professionisti *sub 3* sono spesso a cavallo tra quella del libero professionista e quelle economicamente dipendenti (lavoro a progetto, ecc.). Nel secondo senso: i professionisti tradizionali al loro interno si distinguono tra coloro

---

<sup>(3)</sup> Cfr. A. BAGNASCO (a cura di), *Ceto medio. Perché e come occuparsene*, Il Mulino, Bologna, 2009.

che sono laureati, quelli che non richiedono la laurea e l'iscrizione a un Albo, le professioni tecniche, ecc.

Tutte queste forme di lavoro autonomo richiedono una maggiore attenzione da parte dell'amministrazione e della sfera politica, la quale segue una logica fondata sulla presenza attiva di due sole forze sociali, gli industriali da una parte e i lavoratori subordinati dall'altra. Invece, le trasformazioni che investono il lavoro autonomo fanno emergere nuove questioni inerenti la regolazione, la tutela pubblica e la rappresentanza politica di queste categorie.

### **3. I contenuti dello Statuto.**

Tradizionalmente il lavoro autonomo è stato costruito socialmente e politicamente attraverso un intreccio peculiare di sotto-regolazione pubblica e sovra-regolazione privata. La regolazione pubblica del lavoro e del *welfare state* non è funzionale allo scopo di fornire ai lavoratori autonomi una tutela adeguata. Peraltro, i processi generali di individualizzazione e di frammentazione sociale espongono queste figure a un deficit di regolazione che investe non solo la sfera pubblica, già tradizionalmente carente, ma anche quella privata, storicamente imperniata sulla forza dei legami intergenerazionali e familiari. Le trasformazioni in atto nei modelli familiari, la spinta alla femminilizzazione del lavoro autonomo di servizio, le trasformazioni culturali stanno profondamente ridisegnando il sistema di bisogni sociali espressi da queste categorie di lavoratori.

In pratica: è sufficiente un periodo di malattia, un infortunio che costringa all'inattività per alcuni mesi, una fattura di una certa consistenza non pagata, una pesante richiesta di danni da parte di un committente, il fallimento (doloso o meno) di un fornitore o di un committente, per condurre alla rovina il lavoratore autonomo e i propri collaboratori.

Un primo importante capitolo dello Statuto riguarda il tema della formazione, da sviluppare di concerto con le Regioni che vantano in questa materia specifiche competenze normative.

In tale ambito è necessario predisporre iniziative, del più vario ordine e grado, indirizzate alla qualificazione o riqualificazione delle competenze di cui dispongono i lavoratori autonomi o gli aspiranti lavoratori autonomi.

Risulta prezioso, in proposito, anche l'intervento orientato alla trasmissione delle competenze per lo sviluppo di progetti finanziabili in ambito comunitario, presentandosi a questo modo l'eventuale investimento

compiuto a livello regionale come strumentale all'attrazione di nuove risorse le quali, in potenza, possono oltrepassare, e di gran lunga, quelle messe a bilancio in fase di *start-up* dell'iniziativa regionale.

Un secondo capitolo riguarda il finanziamento delle iniziative di autoimprenditorialità e autoimpiego. Spesso sono i fondi regionali a mettere a disposizione finanziamenti per promuovere, in particolare, l'imprenditorialità giovanile. Si tratta di misure che vanno a bando e ciò crea incertezza nel destinatario che deve verificare quando è possibile presentare la propria candidatura. Agevolazioni finanziarie devono riguardare gli investimenti e la gestione, con contributi a fondo perduto e mutui a tasso agevolato.

Un terzo capitolo riguarda la consulenza nella fase di avvio e di consolidamento dell'attività, i servizi di orientamento e informazione, il supporto nella ricerca di finanziamenti.

Un quarto capitolo riguarda le forme di sostegno al reddito per le fasi di crisi e di "non lavoro" (il lavoratore autonomo continua a investire – in termini di aggiornamento, formazione, ricerca, ecc. – sul "proprio" capitale umano, pur se temporaneamente privo di "commessa"). In quest'ambito potrebbero svilupparsi, soprattutto in termini di accesso ai servizi (informatici, culturali, abitativi, di trasporto, ecc.), ma eventualmente anche in termini monetari, iniziative che si muovano sotto l'alveo della materia di competenza concorrente "tutela e sicurezza sul lavoro". Anche in questa materia la legislazione regionale può utilmente dispiegarsi: nulla dovrebbe infatti impedire a una Regione di mettere in campo iniziative che mirino a "retribuire", in modo forfettario e generalizzato, il potenziale di cooperazione sociale che i lavoratori autonomi apportano in un dato territorio, magari vincolando i medesimi a forme di restituzione, vuoi in termini monetari (nelle forme del prestito agevolato, garantito dall'istituzione pubblica), vuoi in termini di servizio (socializzazione di saperi, acquisizioni, competenze, risorse immateriali, ecc.). Si tratta in sostanza di sviluppare garanzie e tutele di tipo welfaristico (specie per i lavoratori autonomi che non posseggono forme mutualistiche e assistenziali), sotto forma di ammortizzatori sociali, tutela del reddito, accesso a percorsi di formazione/riqualificazione professionale.

Un quinto capitolo riguarda i temi della semplificazione amministrativa, della fiscalità e delle pensioni.

Questi capitoli, relativi a grandi aree di interesse, sono stati declinati all'interno del contenitore "lavoro autonomo", secondo la specifica natura/tipologia dell'attività esercitata. Proviamo quindi a riordinare i nuclei di regolazione per aree di interesse:

a) *Attività imprenditoriale.*

Parti importanti del lavoro autonomo appartengono al mondo dell'autoimprenditorialità e della microimpresa, che si caratterizza attualmente come vero e proprio cuore pulsante dell'attività produttiva: in Italia le microimprese costituiscono quasi il 95% del totale e includono il 50% degli addetti alle unità locali. La loro forma giuridica è composta per il 59% da ditte individuali. Sono oggi in crescita, specie nelle aree metropolitane; il loro sviluppo va letto contemporaneamente all'andamento della piccola e media impresa, che si presenta sempre più come traino nello sviluppo dei sistemi produttivi locali.

Le tutele da sviluppare con lo Statuto del lavoro autonomo riguardano, fra l'altro, le seguenti azioni:

- 1) finanziamenti per lo *start-up*, con istituzione di un fondo cui potranno accedere i confidi dei settori economici che abbiano stanziato per l'anno di riferimento un pari importo finalizzato a sostenere prestiti d'onore destinati a neo imprenditori/imprenditrici per lo *start-up* di imprese a conduzione personale e l'avvio di qualsiasi attività di lavoro autonomo, con un tasso di interesse agevolato;
- 2) sostegno all'imprenditorialità femminile e giovanile;
- 3) consulenza e supporto nella ricerca di finanziamenti e nella scelta di *business* da sviluppare;
- 4) tutele sul piano fiscale: escludere dal reddito imponibile ai fini dell'IRAP tutti i redditi di lavoro autonomo e di impresa minore, che siano stati prodotti senza l'ausilio di lavoro subordinato e/o di lavoro autonomo continuativo; stabilire una imposta sostitutiva di quella sul reddito e dell'IRAP per tutti i soggetti che realizzino processi di consolidamento, assumendo lavoro dipendente o stipulando contratti di collaborazione continuativa di durata almeno annuale; riconoscere ai predetti soggetti un credito d'imposta da far valere in quota IRAP, proporzionato ai compensi annui erogati; promuovere una specifica azione di riforma legislativa degli Studi di settore, con il ripristino del c.d. "2 su 3" e l'eliminazione per i soggetti che hanno iniziato la propria attività nei tre anni precedenti al periodo d'imposta in corso;
- 5) tutela del prodotto, con l'istituzione di un marchio di qualità del lavoro autonomo *made in Italy* da riconoscere a tutte le piccole imprese ai sensi della normativa UE, che sia titolo privilegiato per il rilascio di autorizzazioni, licenze o altri adempimenti amministrativi e per consentire forme di compensazione diretta tra crediti e debiti tra impresa, lavoro autonomo e pubblica amministrazione;
- 6) sostegno per l'internazionalizzazione dell'attività economica, con attività formative volte a rafforzare le competenze delle imprese;



7) sostegno alla risoluzione alternativa delle controversie con arbitrato presso appositi collegi istituiti dai soggetti rappresentativi o presso le Camere Arbitrali delle Camere di Commercio;

8) incentivi a regimi regolamentari efficienti e semplificati per l'esercizio delle attività di lavoro autonomo, con drastica riduzione degli adempimenti amministrativi richiesti per l'esercizio di dette attività;

9) supporti informatici per il lavoro autonomo e imprenditoriale per favorire lo sviluppo di siti *web* standard, volti alla presentazione delle attività e qualità professionali del lavoratore autonomo, e favorire l'implementazione di borse o di altri istituti informatici, in collegamento con il sistema nazionale e regionale di Borsa lavoro, con l'ausilio di una piattaforma informatica nella quale i committenti possano rappresentare efficacemente i bisogni e ciò che vorrebbero ottenere dal mercato in termini di collaborazione o fornitura.

b) *Attività di lavoro autonomo "economicamente dipendente"*.

Su questo tema ci soffermeremo *amplius* nella seconda parte di questo scritto.

La proposta di Statuto del lavoro autonomo dovrebbe prevedere forme di tutela quali:

1) ammortizzatori sociali e tutela del reddito anche a favore dei lavoratori autonomi;

2) percorsi formativi gratuiti e/o a canone agevolato, per l'intrapresa di attività di lavoro autonomo, per la formazione imprenditoriale, nonché per l'acquisizione, l'adeguamento e la qualificazione delle competenze professionali;

3) assegni formativi destinati a esercenti attività di lavoro autonomo per garantire l'accesso individuale ad attività di alta formazione o formazione specialistica continua e permanente;

4) servizi di supporto della conciliazione tra tempi di vita e di lavoro;

5) assegni di servizio per favorire l'accesso e la permanenza nel mercato del lavoro, nonché la progressione professionale, di persone svolgenti attività di lavoro autonomo a rischio di esclusione per carichi di cura;

6) istituzione di un'apposita sezione della Borsa lavoro nazionale e regionale destinata al lavoro autonomo, in collegamento con altri sistemi informativi europei, per favorire le più ampie opportunità occupazionali e di mobilità geografica dei lavoratori autonomi;

7) diritti e garanzie nel rapporto contrattuale con i clienti/committenti, quali, in particolare, tutela dal ritardo nei pagamenti da parte dei committenti, garanzie nei tempi di pagamento, regolazione del recesso;

8) garanzie di tipo patrimoniale con i fornitori e i subfornitori.

*c) Attività professionali.*

Con riguardo alle professioni, lo Statuto del lavoro autonomo dovrebbe riconoscere la centralità dei servizi professionali per lo sviluppo e l'ammodernamento sociale ed economico e, in tale ottica, adottare le seguenti linee guida:

- 1) promuovere il pieno recepimento e l'attuazione operativa dei principi comunitari di concorrenza e libera circolazione dei professionisti e delle professioni intellettuali;
- 2) riconoscere la funzione di controllo esercitata dagli Ordini per le attività professionali che presentano un effettivo interesse pubblico da tutelare, in quanto attinenti a interessi costituzionalmente garantiti o comunque di grande rilievo sociale;
- 3) conferire personalità giuridica alle associazioni rappresentative di professionisti che non esercitano attività regolamentate o tipiche di professioni disciplinate ai sensi dell'articolo 2229 del codice civile;
- 4) rilasciare, nel rispetto dei livelli minimi uniformi di preparazione stabiliti dalle leggi vigenti, titoli professionali che consentono l'esercizio dell'attività professionale.

#### **4. Il lavoro autonomo economicamente dipendente.**

Nell'ambito dello Statuto, una particolare e qualificante prospettiva di regolazione dovrebbe riguardare quelle forme di lavoro autonomo caratterizzate dalla particolare situazione di debolezza/dipendenza economica del prestatore. Il tema merita uno specifico approfondimento, in quanto, sotto questo profilo, la prospettiva dello Statuto incrocia la densa e risalente problematica circa la distinzione binaria e oppositiva tra lavoro autonomo e lavoro subordinato; una distinzione sempre più difficile da mantenere nei termini tradizionali, proprio perché tra questi due universi speculari si è insinuata, ed è cresciuta, una modalità inedita di lavoro con caratteristiche "ibride" e di incerta classificazione.

I sistemi europei di diritto del lavoro si stanno progressivamente trasformando da sistemi tipicamente binari – fondati sulla distinzione netta tra subordinazione e autonomia – in ordinamenti policentrici e articolati, caratterizzati dal riferimento a una complessa famiglia di "connessioni personali di lavoro" <sup>(4)</sup>, piuttosto che al tradizionale "rapporto in-

---

<sup>(4)</sup> La formula è di M. FREEDLAND, *From the contract of employment to the personal work nexus*, in *Industrial Law Journal*, 2006, vol. 35, n. 1, 1-29; ID., *Sur l'application*

dividuale di lavoro”. Si tratta di una prospettiva che spinge il diritto del lavoro oltre le sue tradizionali Colonne d’Ercole, coerentemente con chi sollecitava l’elaborazione di una teoria del lavoro come “istituto giuridico”, che riassume e ordina i diversi statuti normativi dei lavori in un quadro di valori e di principi comuni <sup>(5)</sup>.

In questo progetto i confini tra subordinazione e autonomia permangono, ma diventano più porosi e osmotici. Lungo il *continuum* tra subordinazione e autonomia il lavoro economicamente dipendente rappresenta il punto focale in cui si condensa l’attenzione riformatrice. Non a caso, la parte più convincente e condivisibile del Libro Verde della Commissione europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro riguarda proprio il lavoro economicamente dipendente. Correttamente il documento della Commissione distingue il falso lavoro autonomo, da reprimere e ricondurre nell’alveo della subordinazione, dal vero lavoro autonomo economicamente dipendente, da promuovere in un quadro di nuove garanzie. Queste forme di lavoro autonomo reclamano da tempo una rinnovata attenzione da parte dei legislatori nazionali e non possono essere relegate a una mera regolazione di mercato. Da questo punto di vista, la nozione di parasubordinazione propria del sistema italiano risponde solo parzialmente a questa esigenza: scarse e inappropriate tutele di base, possibilità – nei fatti ampiamente realizzatesi – di un utilizzo improprio e strumentale dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa per mascherare rapporti di lavoro subordinato. Si tratta quindi di un argomento politicamente molto sensibile, presente nelle agende di molti paesi europei attenti all’evoluzione del lavoro autonomo e alle sue nuove forme. Un tema che è stato dibattuto tanto a livello comunitario (risale al 2002 la decisione della Commissione di realizzare uno studio sulla situazione del lavoro economicamente dipendente in Europa), quanto in sede di Organizzazione internazionale del lavoro, che per alcuni anni ha lavorato attorno all’idea di un *contract labour* al fine di ridefinire i confini della protezione del lavoro oltre gli steccati tradizionali del lavoro subordinato.

Nonostante il grande respiro europeo del problema, le risposte dei vari paesi sono state molto frammentate, mentre è mancata un’azione di efficace coordinamento da parte delle istituzioni comunitarie.

---

*du droit du travail et de l’emploi au delà du contrat de travail*, in *Revue internationale du Travail*, 2007, vol. 146, n. 1-2, 3-20.

<sup>(5)</sup> M. D’ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, 49.

La Spagna ha dimostrato, più di ogni altro paese europeo, una particolare e meritoria sensibilità culturale e politica per questo tema; un'attenzione che è sfociata in un importante intervento legislativo, che rappresenta un *unicum* nel panorama non solo europeo: lo Statuto del lavoro autonomo, che prospetta in modo sistematico e coerente una sistemazione giuridica delle forme del lavoro autonomo e risponde in particolare ai problemi sociali sollevati dalla crescita del lavoro autonomo economicamente dipendente; e ciò a differenza di quanto è accaduto in altri sistemi, come l'Italia e la Germania – che pure sono i paesi che hanno conosciuto e affrontato il fenomeno della “parasubordinazione” in anni ormai lontani, ma si sono fermati a una disciplina parziale e non sistematica.

Altri paesi, come la Francia, non sono certo indifferenti al tema: nel 2008 è stato redatto per il Ministro del lavoro francese un rapporto dal titolo significativo *Il lavoratore economicamente dipendente, quale protezione?* <sup>(6)</sup>, in cui si registra un deficit regolativo che il rapporto propone di colmare apprestando uno statuto protettivo per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti, costituito da una serie di diritti fondamentali e di protezione sociale.

Sotto il profilo strettamente giuridico, la problematica del lavoro economicamente dipendente va affrontato con alcune precauzioni concettuali, che forniscono anche elementi per una “grammatica di base” utile ad affrontare l'argomento.

La prima considerazione da svolgere riguarda il rapporto tra il lavoro autonomo economicamente dipendente e il falso lavoro autonomo. Quando parliamo di lavoro autonomo economicamente dipendente non parliamo di falso lavoro autonomo. La constatazione sembra banale e scontata, ma non lo è. Molto spesso la questione del falso lavoro autonomo (o dell'utilizzo di forme di lavoro autonomo per mascherare rapporti di lavoro subordinato, al fine di risparmiare sui costi economici e contributivi) ha influenzato le scelte del legislatore, sovrapponendo il tema della dipendenza economica nel lavoro autonomo e il problema del falso lavoro autonomo. Questo è accaduto in paesi che hanno conosciuto una forte espansione del lavoro autonomo, come la Germania post-unificazione, dove molto si è discusso sulla “autonomia apparente” e sulle modalità per incrementare la “vera autonomia”; ma anche in Italia, laddove il legislatore ha creato nel 2003 il lavoro “a progetto” sostanzialmente al fine di reprimere le forme fraudolente di lavoro autonomo, sul presupposto che le collaborazioni coordinate e continuative

---

<sup>(6)</sup> Il testo del rapporto è stato pubblicato in *DS*, 2009.

(le famigerate co.co.co.) fossero in gran parte lavoro autonomo apparente. Tuttavia, se delle deviazioni fraudolente vi sono queste devono essere represses: è un problema di migliore controllo dell'applicazione della legislazione, di un apparato efficiente di ispezioni sul lavoro e di riqualificazione giudiziale dei rapporti, non è un problema di regolazione del lavoro autonomo economicamente dipendente.

La seconda considerazione, parzialmente collegata con la prima, riguarda le "condizioni d'uso" della nozione di dipendenza economica: la dipendenza economica, almeno nei paesi europei <sup>(7)</sup>, non costituisce un criterio per identificare il contratto di lavoro subordinato, che resta identificato mediante altri criteri (assoggettamento a etero-direzione). Anche il lavoratore subordinato è economicamente dipendente dal datore di lavoro, ma la sua dipendenza economica è un effetto materiale ed extragiuridico della fattispecie, mentre nel caso dei sistemi che regolano il lavoro autonomo economicamente dipendente la dipendenza economica diventa elemento costitutivo della fattispecie. In cosa consiste allora la dipendenza economica? Generalmente il criterio utilizzato è quello della dipendenza del reddito da un committente principale (o unico): così accade in Germania e Spagna. Tuttavia, altri sistemi, che contemplano il lavoro autonomo economicamente dipendente nella categoria della parasubordinazione, fanno riferimento a criteri diversi, che prescindono dalla quantità di reddito e si concentrano sul deficit di autonomia del prestatore, in quanto integrato in un progetto produttivo altrui (principalmente l'Italia, ma anche la Francia).

La terza considerazione è di ordine tipologico-definitorio e si divide in due sotto-questioni. La prima, quando parliamo di lavoro autonomo economicamente dipendente ci riferiamo al lavoro individuale di una persona fisica o dobbiamo comprendere più genericamente anche l'impresa (in particolare la microimpresa individuale)? In effetti, la dipendenza economica è un concetto ampio, che riguarda anche il rapporto tra imprese nell'ambito di una regolazione di stampo civilistico e giuscommercialistico (si pensi all'abuso di dipendenza economica nel diritto della concorrenza).

Se analizziamo l'esperienza dei sistemi giuridici europei, ci accorgiamo che già sul piano definitorio sorgono problemi di coerenza normativa. Infatti, conosciamo sistemi che trattano forme di dipendenza economica a prescindere dalla natura imprenditoriale o meno dell'attività esercitata: per esempio la Francia applica la parte pressoché totale del diritto

---

<sup>(7)</sup> Diversa è la situazione su scala mondiale; vedi la raccomandazione OIL del 2006 che si riferisce sia alla subordinazione sia alla dipendenza economica.

del lavoro subordinato (*Code du Travail*) a soggetti tipicamente imprenditoriali (ad esempio, i c.d. gerenti non salariati) che possono avere anche molti dipendenti, una struttura organizzativa di mezzi, ed esercitare questa attività in forma societaria. Si creano quindi figure ibride a statuto misto: lavoratori autonomi che vengono trattati come imprenditori nei rapporti che riguardano le modalità commerciali di gestione delle succursali (le stesse controversie tra il lavoratore autonomo e l'impresa sono trattate dai tribunali commerciali), e come lavoratori subordinati nei rapporti con il committente che abbiano a oggetto le condizioni prestatorie. Anche la legislazione inglese estende alcune tutele di base (per esempio, in materia di salute e sicurezza) a lavoratori autonomi-imprenditori denominati "imprenditori dipendenti", mentre riserva una quota maggiore di tutele ai c.d. *workers*, lavoratori indipendenti che svolgono personalmente la prestazione. Il tratto della personalità nella prestazione, che dovrebbe escludere quindi l'esistenza di un'impresa in senso tecnico, è presente nella legislazione italiana (articolo 409 del codice di procedura civile), come in quella tedesca (l'articolo 12 TVG afferma che l'opera o il servizio devono essere forniti personalmente senza la collaborazione di altri prestatori di lavoro), nonché nello Statuto del lavoro autonomo spagnolo, laddove espressamente il lavoratore autonomo economicamente dipendente (TRADE) esegue un'attività economica o professionale in maniera abituale e personale, con espressa esclusione della forma di società commerciale o civile.

La seconda sotto-questione è la seguente: quando parliamo di lavoro autonomo economicamente dipendente ci riferiamo a un *tertium genus* tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, oppure a una categoria interna al lavoro autonomo?

Il lavoro autonomo economicamente dipendente, pur se rappresenta per certi versi un ibrido tra le categorie tradizionali della subordinazione e dell'autonomia, non costituisce un *tertium genus*. Attraverso tale nozione non si intende quindi rappresentare – come pure spesso si usa dire – una "zona grigia" indistinta che si colloca tipologicamente tra subordinazione e autonomia. Ragionare in questi termini, seppure possibile in astratto, comporta una serie di ulteriori problemi definitivi e di ricostruzione delle categorie giuridiche, finendo per mettere in discussione la frontiera tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

È preferibile ipotizzare una categoria interna al lavoro autonomo, che rispecchia quindi la complessità sociale del lavoro senza vincolo di subordinazione, connotata per i tratti della "dipendenza economica". Questa opzione concettuale è chiarissima nello Statuto spagnolo, che

affronta sistematicamente la materia del lavoro autonomo dedicando una parte della normativa al TRADE; è meno chiara nell'esperienza tedesca, più ambigua nella stessa nozione di *Arbaitenemeranlikeperson* ("persona simile al lavoratore subordinato") e in quella italiana (lavoro parasubordinato), anche se la giurisprudenza ha sempre chiarito che la nozione rileva nell'ambito del lavoro autonomo e ha valenza processuale e non sostanziale.

Riassumendo questi primi elementi di comparazione, possiamo dire che: a) il lavoratore economicamente dipendente viene attualmente incluso nell'ambito del lavoro autonomo, b) non va confuso con il falso lavoro autonomo, c) subisce un diverso trattamento da parte dei sistemi giuridici dei principali paesi europei.

Approfondiamo ora l'ultimo punto, relativo alle tecniche di regolazione. La prospettiva comparata dimostra diversità di fondo tra sistemi giuridici, a partire dalle tecniche e dall'ampiezza di intervento, da cui dipende anche la sensibilità politico-istituzionale nei confronti dell'argomento. Le tecniche regolative possono essere ricondotte grosso modo a tre differenti modalità di intervento:

1) Tecniche di assimilazione al lavoro subordinato. Vi sono paesi come la Francia che non conoscono una definizione legislativa di lavoro autonomo economicamente dipendente, ma hanno meccanismi di assimilazione al lavoro subordinato talmente potenti da ridimensionare fortemente il problema. Da un lato, la legislazione (la settima parte del nuovo *Code du Travail*) applica le tutele del diritto del lavoro a una serie aperta di figure lavorative autonome, che restano formalmente tali (non c'è una riqualificazione in contratto di lavoro subordinato). Dall'altro lato, una giurisprudenza "tentacolare" – che non è vincolata a una nozione legale di subordinazione – amplia il campo di applicazione del lavoro subordinato sino a comprendere, con l'elaborazione del criterio del *service organisé*, figure che in altri paesi sarebbero definiti come lavoratori autonomi<sup>(8)</sup>. Non è un caso che la Francia non abbia in cantiere una legge sul laec e promuova unicamente interventi di promozione del lavoro autonomo fondati su sgravi fiscali per i lavoratori che intraprendono un percorso di auto-impiego (in tal senso, la legge sulla modernizzazione economica del 2008). Anche in Italia circolano da tempo ipotesi di assimilazione legale attraverso una riscrittura della norma definitoria sul lavoro subordinato che inglobi i lavoratori autonomi economicamente dipendenti (da ultimo in tal senso il disegno

---

<sup>(8)</sup> Cfr. J.E. RAY, *L'évolution du lien de subordination*, in *Liaisons sociales*, 1995, n. 47.

di legge n. 1873, *Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile*, primo firmatario Pietro Ichino). Questa opzione, che riproduce l'antica tendenza espansiva del diritto del lavoro, non coglie appieno le novità profonde sottese all'emersione del lavoro autonomo economicamente dipendente, ed esprime una sorta di difficoltà teorico-concettuale a immaginare una porta di accesso all'area del lavoro normativamente protetto che non sia rappresentata dalla subordinazione (in una sua più ampia versione) <sup>(9)</sup>.

2) Tecniche di estensione selettiva delle tutele. È il caso di paesi come Germania e Italia, ma anche il Regno Unito, che hanno esteso alcune tutele giuslavoristiche di base al lavoratore autonomo. Anche il diritto comunitario ha praticato forme di estensione selettiva: basti pensare alla raccomandazione n. 134/2003 sulla protezione della salute e della sicurezza sul lavoro dei lavoratori autonomi, alla direttiva 92/57/CEE che prevede l'estensione di alcune disposizioni sui dispositivi di protezione ai lavoratori autonomi nei cantieri temporanei o mobili, alla direttiva 2002/15/CEE sull'orario di lavoro delle persone che effettuano operazioni mobili di autotrasporto, nonché alle direttive sulla tutela antidiscriminatoria.

3) Tecniche di costruzione di una figura sistematica con tutele *ad hoc*, ritagliate comunque avendo come parametro tendenziale di riferimento il lavoro subordinato: è il caso della Spagna. Questa opzione ha il pregio, tra gli altri, di contribuire a definire l'identità sociale del lavoratore autonomo economicamente dipendente, stimolandone la autorganizzazione collettiva.

Vi è poi una quarta possibile opzione, riscontrabile nei sistemi giuridici che non registrano il problema della dipendenza economica e di conseguenza non apprestano tutele dedicate ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, i quali mantengono le stesse misure degli autonomi (vale a dire una situazione di tutela aspecifica).

Se volessimo individuare una buona prassi da seguire, a quale di questi modelli dovremmo guardare? E inoltre, quali contenuti dovremmo immaginare con riferimento alle possibili tutele?

A mio avviso la tecnica dell'assimilazione è da scartare. Un contratto di lavoro allargato porta a una eccessiva dilatazione il concetto di subordinazione: una pan-subordinazione che non coglie le specificità del

---

<sup>(9)</sup> Mi pare che questo sia, ad esempio, il limite principale dell'ipotesi ricostruttiva di M. FREEDLAND, *From the contract of employment to the personal work nexus*, cit., e ID., *Sur l'application du droit du travail et de l'emploi au delà du contrat de travail*, cit.



nuovo lavoro autonomo, proliferato in forme che lo avvicinano alla subordinazione<sup>(10)</sup>, ma che tuttavia rimane lavoro autonomo e non va assimilato *tout court* al lavoro dipendente.

Tra l'estensione selettiva delle tutele e la costruzione di una figura di lavoratore autonomo con tutele *ad hoc* è senz'altro preferibile la seconda opzione, che a mio modo di vedere dovrebbe consistere in un *mix* tra il modello statutario spagnolo e le tecniche promozionali dello *Small Business Act*<sup>(11)</sup>, che connotano in modo più chiaramente autonomo lo Statuto del lavoratore autonomo dipendente.

Lo Statuto spagnolo ha infatti dei pregi indubbi, ma pone anche qualche problema. Il pregio principale è che guarda al lavoro autonomo in modo ampio e sistematico e offre al TRADE alcune tutele specifiche, senza confonderlo con il lavoratore subordinato. Il difetto principale è che lo Statuto prevede che il TRADE è tale perché "sceglie" di esserlo grazie a una manifestazione di volontà che deve risultare dal contratto e dalla successiva registrazione presso l'Amministrazione (articolo 12 dello Statuto). In realtà, la qualifica di lavoratore autonomo economicamente dipendente, una volta definita nei suoi tratti caratterizzanti dalla legge, dovrebbe essere "oggettiva", onde il giudice dovrebbe poter qualificare come TRADE anche colui che non ha dichiarato di esserlo (ed infatti su questo punto delicatissimo ferve un dibattito che interessa al contempo la dottrina e la giurisprudenza spagnola).

Ma è soprattutto dal punto di vista dei contenuti che il modello spagnolo dovrebbe essere rivisitato, perché somministra tutele molto simili a quelle tipiche del lavoro subordinato (basti pensare al diritto alle ferie annuali, alla limitazione dell'orario di lavoro, alla tutela contro il recesso ingiustificato, ai diritti collettivi). Si tratta di una prospettiva solo in parte corretta, giacché, al di là del *nomen* (lavoratore autonomo economicamente dipendente) e della struttura normativa (lo Statuto), la legge spagnola tende di fatto a riprodurre *in parte qua* una logica di estensione selettiva di tutele, ovvero la tradizionale tendenza espansiva del diritto del lavoro (cioè la tendenza del diritto del lavoro a conquistare territori oltre i propri confini tradizionali).

Nella logica che ispira questo scritto, il lavoro autonomo economicamente dipendente dovrebbe far parte di uno Statuto del lavoro auto-

---

<sup>(10)</sup> Elementi quali la continuità, il coordinamento della prestazione con l'organizzazione del committente, la monocommittenza e la dipendenza economica da un solo committente sono indubbiamente elementi che allontanano la figura in esame dal prototipo classico di lavoratore autonomo, con un portafoglio di clienti e un rapporto diretto con il mercato.

<sup>(11)</sup> Cfr. M. MAGNANI, *op. cit.*

mo in cui le tutele sono modulari <sup>(12)</sup>: alcune garanzie dovrebbero essere riconosciute come universali, e riguardare tutti i lavoratori subordinati e autonomi (penso alla sfera di alcuni diritti fondamentali, per esempio la libertà di esprimere liberamente le proprie opinioni, i divieti di essere discriminati, o le tutele in materia di sicurezza e salute) <sup>(13)</sup>. Altre tutele tipicamente giuslavoristiche dovrebbero essere riconosciute ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, anche se con una diversa graduazione e intensità: in materia di recesso, ad esempio, è evidente che il committente che recede senza una giusta causa dovrebbe indennizzare il prestatore. Sotto questo profilo, una norma come quella italiana che consente la risoluzione del contratto a progetto anche senza giusta causa e solo con la precauzione del preavviso è iniqua, oltretutto asistemica, perché non tiene conto della disparità di forza contrattuale tra le parti, derogando a quanto previsto dall'articolo 2227 del codice civile. Un altro settore in cui si dovrebbe praticare una sorta di universalismo modulare di tutele è il *welfare*, apprestando strumenti di assistenza pubblica (o pubblico/privata) in caso di difficoltà, come forme di tutela del reddito in caso di malattia, ma anche in caso di perdita di commesse.

---

<sup>(12)</sup> La prospettiva della modulazione delle tutele a partire da un nucleo universale di diritti garantiti a tutti i lavoratori (subordinati e autonomi) è ampiamente dibattuta dalla dottrina giuridica europea e si basa sulla sostituzione della rigida contrapposizione della coppia lavoro subordinato-lavoro autonomo a favore di un *continuum* di attività cui attribuire una serie di garanzie modulate e variabili a partire da un minimo comune, per poi procedere gradualmente verso protezioni più forti. Una prospettiva metodologica di questo tipo era già contenuta nel Rapporto Supiot, ove si immaginava una tutela del lavoro per cerchi concentrici: un primo cerchio relativo ai diritti sociali universali; un secondo relativo ai diritti fondati sul lavoro non professionale; un terzo cerchio comprendente il diritto comune dell'attività professionale di cui certi fondamenti sono già presenti nel diritto comunitario; un quarto cerchio di diritti applicabili al lavoro subordinato in senso stretto. Il legislatore spagnolo, con lo Statuto del lavoro autonomo, si è mosso in una direzione parzialmente diversa, ricomprendendo in un unico testo legislativo tutte le forme del lavoro indipendente e dedicando un capitolo della legge al TRADE, cui attribuisce una serie di prerogative sinora non accordate a questa categoria di lavoratori.

<sup>(13)</sup> Anche l'idea dello Statuto dei lavori (o quello parzialmente diverso adottato dagli estensori della c.d. Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori) prevede l'individuazione di un *minimum* di principi generali universalmente applicabili a ogni contratto di lavoro: tra questi i diritti alla libertà, alla dignità, alla riservatezza, alla parità di trattamento e alla non discriminazione, alla sicurezza e alla salute nei luoghi di lavoro, alla tutela contro le molestie sessuali in ambito lavorativo, a un equo compenso e alla tutela indennitaria in caso di recesso ingiustificato.

Il sistema giuridico italiano pare muoversi in una direzione non coerente con le esperienze straniere e con le stesse indicazioni fornite dalla Commissione europea. Da un lato, sono stati apprestati strumenti interpretativi per un più corretto utilizzo del lavoro a progetto e tracciati, in una logica promozionale dell'autonomia collettiva, percorsi di stabilizzazione per le false collaborazioni coordinate e continuative, anche nella modalità a progetto. Dall'altro lato, l'introduzione di nuove tutele per le collaborazioni a progetto (in particolare in materia retributiva, previdenziale, nonché in caso di sospensioni del rapporto per malattia e maternità) ha di poco elevato il livello dei diritti fruibili da questi prestatori.

Queste distonie verrebbero superate ove si optasse senza riserve per la creazione di uno Statuto del lavoro autonomo che raccolga gli stimoli provenienti dal mondo del lavoro indipendente, partendo dalla constatazione che il lavoro autonomo può essere valorizzato e aiutato in base alle esigenze espresse dalle varie categorie di prestatori, con una serie di interventi che realizzano il giusto *mix* tra "mercato" e "regolazione" <sup>(14)</sup>. Per predisporre uno Statuto del lavoro autonomo è necessario partire da una ricostruzione di ciò che il lavoro autonomo rappresenta: una galassia eterogenea di attività lavorative, professionali e imprenditoriali rese a favore altrui (clienti, imprese, istituzioni, mercato) senza vincolo di subordinazione, *id est* con prestazioni gestite autonomamente e a proprio rischio.

Detto questo, tuttavia, quando si ragiona sulle norme di tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente dovrebbero contemplarsi anche dispositivi volti ad affrontare problemi specifici di questo segmento del lavoro autonomo, per esempio la questione dei tempi di pagamento, o la formazione dei prestatori, o la previsione di tutele contrattuali *ad hoc*, ecc. Provo a fornire alcune indicazioni in tal senso, pensando a tre nuclei normativi di base: norme riguardanti il rapporto di lavoro con il committente, norme di tutela sul mercato, norme a carattere collettivo-sindacale.

*Norme di tutela del rapporto di lavoro.*

1) Una prima garanzia fondamentale dovrebbe riguardare le condizioni contrattuali del rapporto, al fine di fornire al prestatore di lavoro un

---

<sup>(14)</sup> Una prospettiva di questo tipo è stata coltivata dalla Regione Veneto, che ha proposto l'adozione di uno Statuto regionale del lavoro autonomo. La Regione del Veneto ha deliberato la costituzione di un fondo per il sostegno al lavoro autonomo. Sul piano della legislazione statale, una proposta di Statuto dei lavori autonomi è stata predisposta dal sen. Tiziano Treu (21 aprile 2010).

programma negoziale definito *ex ante*: una garanzia di tipo formale che tuttavia realizza un migliore equilibrio contrattuale.

In tale prospettiva il committente, pubblico o privato, dovrebbe essere tenuto a fornire per iscritto al lavoratore autonomo una serie di informazioni che integrano il contratto di lavoro, da consegnarsi al prestatore all'inizio del rapporto (per esempio, entro cinque giorni dalla data di inizio del rapporto). Queste informazioni dovrebbero riguardare:

- a) una descrizione dettagliata e specifica dell'opera o servizio richiesto dal committente;
- b) la data di inizio del rapporto, la durata del contratto e/o i tempi di consegna dell'opera o del servizio;
- c) il corrispettivo pattuito, indicando se sono compresi o esclusi l'IVA, gli oneri previdenziali, gli eventuali rimborsi spese e la loro quantificazione;
- d) i tempi e le modalità di pagamento;
- e) i termini di preavviso e le causali di recesso.

In caso di mancato o ritardato, incompleto o inesatto assolvimento di tale obbligo, il lavoratore autonomo dovrebbe potersi rivolgere alla direzione provinciale del lavoro affinché intimi al committente di fornire le informazioni previste dal presente articolo, pena l'applicazione di una sanzione amministrativa (prevista dall'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 152/1997).

2) **Compenso.** Il compenso del lavoratore autonomo dovrebbe essere non solo proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto, ma anche sufficiente a garantire al prestatore e alla sua famiglia un livello di vita soddisfacente, secondo un principio stabilito dalla Carta sociale europea (e da alcune costituzioni nazionali, come ad esempio quella italiana *ex* articolo 36 della Costituzione).

3) **Garanzia dei tempi di pagamento.** I lavoratori autonomi economicamente dipendenti spesso vivono situazioni di grave disagio dovute al ritardo con cui i committenti effettuano la corresponsione dei compensi. Lo Stato dovrebbe impegnarsi a recepire nei tempi più brevi le modifiche che l'UE intende apportare alla direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento, estendendo a tutti i lavoratori autonomi il decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, laddove prevede il pagamento del committente a trenta giorni dalla fattura.

Il prestatore che vanti nei confronti della pubblica amministrazione o di altro ente pubblico un credito liquido, certo ed esigibile, provato nelle forme di cui all'articolo 635 del codice di procedura civile, dovrebbe poter procedere al suo recupero mediante compensazione di importi dovuti, a qualunque titolo, alla pubblica amministrazione nonché ad al-

tri enti pubblici. In caso di violazione dei tempi di pagamento, il committente dovrebbe corrispondere interessi moratori in corrispondenza del superamento della scadenza, crescenti all'aumento del ritardo. Il rispetto dei tempi di pagamento da parte delle imprese che utilizzano prestazioni di lavoro economicamente dipendente potrebbe essere implementato anche attraverso l'istituzione di una competenza arbitrale per la soluzione rapida delle controversie relative ai mancati o ritardati pagamenti, reso obbligatorio per tutte le imprese committenti che fruiscono, in qualunque forma, di agevolazioni normative e fiscali concesse sulla base delle leggi statali o regionali.

4) Recesso. Il recesso dal contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente deve avvenire per giusta causa, senza preavviso, o per giustificato motivo, con preavviso nei termini previsti contrattualmente. Questo discende dai principi generali desumibili dalle norme codicistiche sulle *locationes operis* (contratto d'opera, mandato, agenzia). In questo modo si fornisce al prestatore una garanzia di base che lo sottrae all'arbitrio del committente, coerentemente con quanto prescritto dall'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ferma restando la nullità di ogni recesso intimato per motivi discriminatori, in caso di recesso ingiustificato il committente dovrebbe corrispondere al lavoratore autonomo un'indennità che, coerentemente con quanto disposto dall'articolo 2227 del codice civile in tema di recesso dal contratto d'opera, dovrebbe coprire il corrispettivo per l'attività svolta, le spese e il mancato guadagno.

*Tutela del reddito, garanzie per le fasi di non lavoro, formazione*

È necessario pensare a una serie di norme di tutela sul mercato: una strategia di *flexicurity* per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti. In tale prospettiva, lo Stato e le Regioni dovrebbero adottare misure idonee a promuovere la fruizione di una indennità in caso di inoccupazione, come ha fatto il governo italiano nel corso della recente crisi economica (l'indennità *una tantum* prevista a favore dei collaboratori coordinati e continuativi di cui all'articolo 61, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, introdotta in via sperimentale nel quadro degli strumenti di tutela del reddito di cui all'articolo 19 del decreto legge n. 185/2008, *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*, convertito dalla legge n. 2/2009, articolo

19, comma 1, lettera c); tale misura dovrebbe essere estesa a tutti i lavoratori autonomi economicamente dipendenti <sup>(15)</sup>.

Lo Stato e le Regioni dovrebbero istituire, per le fasi di non lavoro derivanti da mancanza di commesse, alcune garanzie volte a promuovere l'investimento del lavoratore in termini di aggiornamento, formazione, ricerca, al fine di preservare e migliorare il capitale umano dei prestatori autonomi temporaneamente inattivi. In quest'ambito potrebbero prevedersi strumenti di protezione sia in termini di accesso a servizi informatici, culturali, abitativi, di trasporto, sia in termini di sostegno finanziario, al fine di garantire il potenziale di cooperazione sociale che i lavoratori autonomi apportano nei territori in cui si articola la loro presenza.

1) Sostegno alla stabilizzazione del lavoro. Al fine di sostenere l'acquisizione di condizioni lavorative stabili anche nell'alveo del lavoro autonomo dipendente, lo Stato, le Regioni e le Province, nell'ambito delle rispettive competenze, dovrebbero intervenire mediante:

- a) incentivi all'inserimento, nei contratti di lavoro autonomo economicamente dipendente, di clausole di durata minima triennale <sup>(16)</sup>;
- b) concessione di assegni formativi individuali e predisposizione di percorsi formativi qualificati a favore di lavoratori occupati sulla base di rapporti di lavoro non subordinati, al fine di favorirne l'occupabilità attraverso il rafforzamento delle competenze;
- c) offerta alle persone di servizi e strumenti, fra i quali anche i bilanci di competenza, per valorizzare e rendere riconoscibili le competenze acquisite con le esperienze lavorative, ivi comprese quelle maturate nell'ambito di rapporti di lavoro non subordinato, e i percorsi di istruzione e formazione professionale;

---

<sup>(15)</sup> In Italia i destinatari della misura di sostegno al reddito ne possono fruire oltre i limiti delle risorse assegnate e ripartite, nei limiti di spesa previsti, con il decreto interministeriale, di cui al comma 3 dell'art. 19, adottato di concerto dal Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali e dal Ministero dell'economia e delle finanze a gravare sul Fondo per l'occupazione di cui al d.l. n. 148/1993, convertito nella l. n. 236/1993.

<sup>(16)</sup> Al fine di modulare questi interventi in relazione alla diffusione delle tipologie contrattuali e all'andamento del mercato del lavoro, le istituzioni statali e territoriali stabiliscono i criteri per l'assegnazione, previo procedimento a evidenza pubblica, degli incentivi. Ai fini dell'erogazione di tali incentivi vengono stabilite altresì, secondo lo stesso procedimento, le condizioni che, in relazione alla natura dei rapporti di lavoro e alle situazioni personali, comportano elevato rischio di precarizzazione, nonché le caratteristiche, quali quelle dimensionali, settoriali e territoriali, delle imprese, che devono, comunque, operare nel rispetto delle condizioni normative e contrattuali vigenti.

d) istituzione di una Borsa informatica delle domande di lavoro delle imprese committenti, volta a favorire la mobilità del lavoratore autonomo da un rapporto di lavoro all'altro;

e) sostegno ai processi aziendali di trasformazione organizzativa e di innovazione tecnologica, finalizzati alla stabilizzazione del lavoro in forma non subordinata.

2) *Voucher* per l'autoformazione dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

È istituito un fondo per le attività di ricerca, innovazione e autoformazione dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti. Il fondo è volto a finanziare *voucher* individuali per la copertura, anche parziale, di spese sostenute per valorizzare il capitale sociale degli operatori che svolgono attività di lavoro autonomo in regime di dipendenza economica, consentendo agli stessi di investire sulle proprie capacità personali e professionali.

I percorsi di valorizzazione del capitale sociale per i quali si può chiedere l'assegnazione del *voucher* sono previsti dalle Regioni con un catalogo approvato con decreto della giunta regionale.

3) Prestazioni previdenziali in caso di sospensione dell'attività.

In caso di sospensione dell'attività per malattia, gravidanza, maternità e paternità, infortunio, cura e assistenza di familiari, e attività formative, ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti dovrebbero riconoscersi congrue indennità previdenziali, anche sotto forma di assegni di servizio o mediante erogazione delle forme mutualistiche.

Dovrebbero essere comunque garantiti:

a) i rimborsi per la malattia non ospedalizzata per tutte le malattie documentate da certificato medico con durata superiore a cinque giorni lavorativi o di durata inferiore se collegate a interventi ospedalieri, anche di *day hospital*;

b) tre mesi di congedi parentali nel primo anno di vita del bambino, con corresponsione del 30% del reddito del secondo anno precedente alla nascita del figlio;

c) l'indennità di maternità, indipendentemente dall'effettiva astensione dell'attività, calcolata sul reddito del secondo anno precedente a quello della nascita del figlio.

*Diritti collettivi.*

Vi è infine la tutela sindacale. Questo è un punto delicato. Da un lato, al prestatore autonomo deve essere attribuito il diritto a organizzarsi collettivamente ed esercitare i diritti sindacali. Esempio, ancora una volta, lo Statuto spagnolo, nonché la legge tedesca sui contratti collettivi, quantunque essa non abbia rappresentato un modello di successo, di-

mostrando anzi la difficoltà di organizzare sindacalmente i lavoratori parasubordinati.

Dall'altro lato, tuttavia, il lavoratore autonomo economicamente dipendente tende a rifiutare logiche di rappresentanza degli interessi costruite sulla falsariga del lavoro subordinato. Segni di associazionismo di lavoratori parasubordinati con finalità sindacali sono presenti in alcuni paesi europei, ma sono tuttora molto frammentate (penso, per esempio, ad associazioni tedesche nel settore del *franchising*, o in Italia nel settore degli agenti di commercio). Come dire che queste figure sociali sono ancora in cerca di nuove modalità di rappresentanza degli interessi: una rappresentanza innovativa nei contenuti e nelle dimensioni, che i sindacati tradizionali (dei subordinati) non sono stati generalmente in grado di organizzare. Il legislatore deve operare in un'ottica promozionale, mentre i sindacati dovrebbero superare una cultura che identifica il lavoro (e la sua rappresentanza collettiva) con il lavoro salariato.

## 5. Quale ruolo per il diritto comunitario?

È opportuna una modalità di promozione regolativa del lavoro autonomo economicamente dipendente da parte dell'Europa? Già in un rapporto redatto per la Commissione di alcuni anni fa prospettavo l'opportunità di un intervento *soft* della CE, senza tuttavia che le parti sociali, all'epoca consultate, recepissero questa indicazione. Il tema di una tutela dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti è stato in seguito significativamente ripreso dal Libro Verde della Commissione su *Modernizzare il diritto del lavoro*, seppure senza indicazioni operative da parte degli estensori di quel documento. Continuo a pensare che un'azione comunitaria potrebbe essere rispondente alle esigenze di milioni di lavoratori autonomi economicamente dipendenti europei, e indico di seguito le possibili soluzioni.

Anzitutto, ritengo che la tutela e la promozione del lavoratore autonomo economicamente dipendente non possa non rientrare nell'ambito di una rinnovata politica europea dell'occupazione, nell'ambito dei più generali obiettivi di piena occupazione di progresso sociale, e far parte quindi a pieno titolo degli orientamenti elaborati annualmente dal Consiglio di cui devono tener conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione (ai sensi dell'articolo 147 Trattato sul Funzionamento UE).

La tutela del lavoro autonomo economicamente dipendente diventerebbe quindi oggetto di promozione attraverso gli strumenti regolativi del



metodo aperto di coordinamento, nell'ambito di una strategia coordinata degli Stati e dell'Unione, finalizzata al raggiungimento degli obiettivi di coesione economica e sociale di cui all'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea.

Una diversa opzione regolativa potrebbe consistere nell'agire sulla base delle competenze concorrenti attribuite dal Trattato in materia di politica sociale, che conferisce al Parlamento e al Consiglio la facoltà di adottare misure volte a sviluppare lo scambio di migliori prassi e le esperienze fatte dagli Stati membri, a esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri (articolo 153 Trattato sul Funzionamento UE).

Una terza opzione, più ambiziosa, sarebbe quella di collocare l'azione nell'ambito di una proposta della Commissione nell'ambito delle politiche sociali, consultando le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione e sul suo contenuto (articolo 154 Trattato sul Funzionamento UE).

**Per uno Statuto del lavoro autonomo – Riassunto.** *L'A. muove dalla considerazione che a causa delle trasformazioni economiche ed organizzative del post-fordismo, nonché dei mutamenti del contesto economico, nazionale ed internazionale, il lavoro autonomo presenti ora una geografia molto più complessa rispetto al passato. L'A. sottolinea, quindi, la necessità della promozione dello Statuto del lavoro autonomo, da declinare su base nazionale e regionale, indicando gli ambiti entro cui si dovrebbe sviluppare la normativa in materia (formazione, finanziamento delle iniziative di auto imprenditorialità e auto impiego, consulenza in fase di avvio, forme di sostegno al reddito ed, infine, semplificazione amministrativa, della fiscalità e delle pensioni). All'interno dello Statuto, poi, una particolare e qualificante prospettiva di regolazione dovrebbe riguardare quelle forme di lavoro autonomo caratterizzate da una particolare situazione di debolezza/dipendenza economica del prestatore. L'A. analizza gli elementi distintivi del lavoro autonomo economicamente dipendente e le tecniche di regolazione, effettuando, altresì, una comparazione con altri paesi che disciplinano tale tipologia. Il lavoro economicamente dipendente costituisce una categoria interna al lavoro autonomo e non una "zona grigia" indistinta fra autonomia e subordinazione. Pertanto, non sembrano condivisibili ipotesi di assimilazione legale del lavoratore economicamente dipendente al lavoratore subordinato. La soluzione prospettata dall'A. è, piuttosto, una estensione selettiva delle tutele e la costruzione di un lavoratore autonomo con tutele ad hoc, attraverso un ragionato mix fra modello statutario spagnolo e le tecniche promozionali dello Small Business Act. L'A. propone una disciplina del lavoro autonomo economicamente dipendente in cui le tutele siano modulari: alcune garanzie dovrebbero essere riconosciute come universali (e riguardare tutti i lavoratori subordinati e autonomi) ed altre tutele tipicamente giuslavoristiche dovrebbero essere riconosciute ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, con una diversa graduazione ed intensità. Infine l'A. auspica un maggiore intervento*

*delle istituzioni europee nella tutela e la promozione del lavoratore autonomo economicamente dipendente.*

**Towards a Statute for self-employed workers (Article in Italian) – Summary.** *The paper takes as its starting point the assumption that nowadays legislation regulating self-employment is much more fragmented than in the past, due to economic and organizational changes in a post-Fordist world. In this connection, the paper highlights the need to promote an ad-hoc Statute for this type of employment, to be implemented at a national and local level, also pointing out the areas where such provisions apply (training, the funding of initiatives fostering self-entrepreneurship, start-up consultancy, income support funds, and streamlining of the tax and retirement system). In addition, within self-employment, special provisions should be adopted to deal with cases in which the employee is in a relatively weak economic position. The paper also describes the main features of the legislation regulating quasi-subordinate employment, providing a comparative analysis of other countries resorting to this kind of employment, and considering it as a subcategory of self-employment, not falling in the grey area between salaried employment and autonomous work. On the basis of these considerations, regulation on quasi-subordinate employment should not apply also to salaried employment. A possible response to the issue might be the extension of a number of special provisions, together with the setting-up of ad-hoc measures safeguarding this category, also considering those laid down by Spanish legislation and the Small Business Act. The paper puts forward a set of initiatives involving quasi-subordinate employment, some of which are universal as they apply to both self-employed and salaried workers, with a number of them only making provisions for quasi-subordinate employment. In conclusion, the paper points toward a major commitment on the part of community bodies in promoting legal protection for this kind of employment*

## **La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del *lavoro coordinato* nel diritto vivente**

*Federico Martelloni*

*Sommario:* **1.** La *zona grigia* come *non-luogo* del diritto del lavoro. – **2.** La *vis* espansiva del lavoro coordinato. – **3.** L'accentuazione della dicotomia autonomo/subordinato nella regolazione del lavoro a progetto. – **4.** Il meccanismo di conversione automatica del lavoro coordinato privo del progetto. – **5.** Il contratto a progetto come “contratto relazionale” a ruoli invertiti. – **6.** L'estensione dell'area della subordinazione come effetto della nuova fisionomia del lavoro coordinato: il possibile rimedio a un'anomalia italiana.

### **1. La zona grigia come *non-luogo* del diritto del lavoro.**

C'è sempre una *zona grigia*, sospesa tra il bianco e il nero. Il tema della terra di mezzo, interstizio tra due ordini, spazio compreso tra un “non più” e un “non ancora”, è *topos* che accede, dalla notte dei tempi, a ogni letteratura. Sovente, l'idea si lega al tema della *frontiera*, giacché le cartografie accusano sempre una dose di approssimazione, mentre è ancor più raro per le geografie immateriali conoscere confini certi, divisioni nette tra un “al di qua” e un “al di là”, chiare a tal punto da non lasciare margini al dubbio. Il *topos* della “zona grigia” ha conseguito particolare fortuna anche nelle rappresentazioni dell'universo giuridico, per indicare, in metafora, gli “ibridi” <sup>(1)</sup> che si collocano, almeno apparentemente, in posizione intermedia tra due categorie fondamentali, mettendo in forse le grandi dicotomie che hanno coadiuvato, oltre all'indagine sociologica, la riflessione giuridica e l'organizzazione sistematica del diritto positivo.

Nel diritto del lavoro la formula è stata utilizzata, in modo sempre più ricorrente, con riferimento alla zona d'incertezza qualificatoria tra su-

---

\* *Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Verona.*

(<sup>1</sup>) G. TEUBNER, *Nouvelles formes d'organisation et droit*, in *Revue française de gestion*, novembre/dicembre 1993, n. 96, 50.

bordinazione e autonomia, così apostrofandosi lo spazio nel quale possono rintracciarsi quei rapporti di lavoro, in cui sia dedotto un *facere* (prevalentemente) personale, che mostrando elementi e caratteristiche comuni all'uno e all'altro corno della *summa divisio* <sup>(2)</sup> non sono di agevole collocazione in alcuno dei due versanti, dando così luogo a dubbi e dilemmi che tanto inquietano, invero non da oggi, sia la dottrina e la giurisprudenza, sia gli operatori economici che vorrebbero compiere le proprie scelte organizzative in un quadro di regole certe. Ciononostante, se nel discorso proprio delle scienze sociali è perfettamente plausibile l'esistenza di un'area grigia cui afferiscono figure *ibride* o miste, nel quadro del diritto positivo la formula è più immaginifica che analitico-descrittiva, riuscendo a svolgere, semmai, la funzione di alludere a un problema. Difatti, se la coppia autonomia/subordinazione può a pieno titolo rubricarsi come *grande dicotomia*, «congiuntamente esaustiva e reciprocamente esclusiva» – secondo l'utile griglia interpretativa a suo tempo fornita da Norberto Bobbio <sup>(3)</sup> –, la “zona grigia” cui sovente si allude non riveste alcuna portata oggettiva, ritraendo, al contrario, un disagio del soggetto, sia esso giudice o studioso: l'immagine si limita, in fin dei conti, a rappresentare l'incertezza dell'interprete cui è affidata la soluzione del dilemma e la definitiva e necessaria scelta di attribuzione. Parlare di zona grigia rappresenta dunque, per il giurista, un paradosso: quel che può essere raffigurato, in altri paradigmi disciplinari, come un'area o uno spazio dai contorni più o meno estesi costituisce, per il tecnico del diritto, null'altro che una *linea di confine*. Parlare di zona grigia tra subordinazione e autonomia, insomma, quantomeno sul piano strettamente dogmatico, equivale a parlare di un *non-luogo*.

---

<sup>(2)</sup> A. SUPLOT, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato*, in *q. Rivista*, 2000, n. 2, 217 ss., qui 218.

<sup>(3)</sup> N. BOBBIO, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto* (1970) e *La grande dicotomia* (1974), in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980, rispettivamente 123-144 e 145-163. «Nel processo di ordinamento e organizzazione del proprio campo d'indagine – scrive l'A. – ogni disciplina tende a dividere il proprio universo di enti in due sottoclassi che sono reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. Per designare il prodotto di quest'operazione di classificazione, uso l'espressione “grande dicotomia”: grande sia nel senso di totale, perché, in quanto tutti gli enti nessuno escluso, cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, si differenzia dalle dicotomie parziali che ne includono solo una parte; sia nel senso di principale, perché, in quanto tende a far convergere verso di sé, a risolvere, a fondare altre dicotomie, si differenzia da altre distinzioni, che pur essendo esaustive, possono considerarsi rispetto ad essa, secondarie» (145).

Tale assunto, autorizzato dal perdurante assetto dicotomico della materia, lascia però aperta un'infinita selva di problemi. Le strade che il diritto del lavoro ha battuto nel secolo passato ne sono lastricate sin dai tempi in cui Ludovico Barassi avviò la nota e laboriosa opera di fondazione della disciplina<sup>(4)</sup>. Il diritto del lavoro "bambino" le percorre con evidente incertezza<sup>(5)</sup>; ma anche nel periodo della maturità la disinvoltura del cammino si rivela apparente e transitoria. Non per caso, appena i lavoratori iniziano a dismettere la divisa monocromo dell'operaio della grande fabbrica fordista, i problemi esplodono con forza così dirimente da far dubitare di un futuro per il diritto del lavoro<sup>(6)</sup>. Ebbene, ripercorrere idealmente gli itinerari del Novecento porta il disagio delle convalescenze: si torna alle vecchie abitudini con l'illusione di riscoprirle. Così, nei problemi di qualificazione del lavoro autonomo di nuova generazione riverberano le tonalità incerte lavoro a domicilio<sup>(7)</sup>, mentre le figure tinte di grigio (il *lavoratore parasubordinato*, l'*arbeitnehmerliche Person*, il *quasi-salariés*, il *semi-dependent worker* o il *trabajador autónomo dependiente*) rievocano il cottimista o

---

<sup>(4)</sup> L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1901.

<sup>(5)</sup> Sarà lo stesso Barassi a riconoscere, nell'edizione de *Il diritto del lavoro* del 1935, come la pratica offra una molteplicità di «situazioni ambigue. Alludiamo – prosegue l'A. – all'ipotesi di un amministratore di persona giuridica e in particolare di una società commerciale: un problema aspro e ancora tormentato» (148). Problemi non minori suscitano, altresì, figure quali l'operaio cottimista, il libero professionista, l'artista e il rappresentante commerciale, cui Barassi dedica un paragrafo significativamente rubricato *Casi dubbi di subordinazione* (160-163), per non parlare del lavoratore a domicilio (164 ss.), collocato «in una zona marginale del lavoro autonomo, ma parzialmente compresa in quella del lavoro subordinato».

<sup>(6)</sup> Sul punto si veda M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, ora in *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. III, tomo III, 1223 ss.; cfr. anche B. VENEZIANI, *Intervento sul tema Il lavoro e i lavori*, in *LD*, 1989, n. 2, 197 ss., nonché l'intera discussione ospitata sulla Rivista, con interventi di O. MAZZOTTA, M.V. BALLESTRERO, L. GAETA e L. MARIUCCI. Tale dibattito, a tutt'oggi vivo e fecondo, troverà ampio spazio nel corso degli anni Novanta non solo su *LD* (si vedano in particolare n. 1 del 1995 e n. 1 e n. 3 del 1997), ma in tutte le pubblicazioni scientifiche, non solo italiane, del ventennio a seguire.

<sup>(7)</sup> Sul punto è ancora d'obbligo il rinvio all'indagine storico-critica compiuta da L. MARIUCCI, *Il lavoro a domicilio*, Franco Angeli, Milano, 1979, nel corso della quale l'A. si vede costretto a misurarsi con le "nozioni cardinali" del diritto del lavoro (46), giacché «la vicenda del lavoro a domicilio è percorsa dall'assillo di sciogliere il "nodo" della subordinazione» (96, nota 176).

l'artigiano che svolge in proprio le lavorazioni "date fuori" dalla manifattura del primo industrialismo<sup>(8)</sup>.

Pony-express, animatori, consulenti, grafici, tecnici informatici, ricercatori di mercato, telefonisti, *promoters*, *franchisee*, sub-fornitori e molte altre figure che popolano il composito universo del lavoro autonomo di nuova generazione<sup>(9)</sup> accusano un certo grado d'imbarazzo al cospetto della partizione seccamente binaria: spie di una progressiva distonia tra regolazione giuridica e dimensione socio-economica, contribuiscono ad amplificare quella sfasatura tra fattispecie ed effetti che fu a suo tempo imputata al diritto del lavoro delle origini<sup>(10)</sup>. Quand'anche operino per un solo committente, nell'ambito di un'organizzazione altrui, senza disporre di alcun assetto imprenditoriale o effettivo contatto con il mercato, restano esclusi dalle tutele accordate al prestatore subordinato. Inoltre – complice, almeno in Italia, la miopia del legislatore nazionale – non sono ancora ritenuti sufficientemente maturi da poter fruire di tutele diverse, ritagliate su bisogni peculiari ed esigenze differenziate calibrate sulle rispettive e specifiche inclinazioni<sup>(11)</sup>. Crescenti per numero e per importanza, nell'ambito della nuova economia, sono quasi invisibili alle lenti della regolazione giuslavoristica: il diritto del lavoro li sfiora appena. Nell'affresco sono figure di sfondo. Più che i dintorni della subordinazione, sembrano occuparne, ancora e colpevolmente, soltanto le *banlieues*.

---

<sup>(8)</sup> Cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *LD*, 1997, n. 2, 173 ss.: «seguendo una logica che, *mutatis mutandis*, ricorda quella dei mercanti produttori del primo capitalismo industriale – i quali "davano fuori" le materie prime a lavoratori a domicilio distribuiti in una certa area – l'impresa post-fordista concentra la propria produzione su di un *set* di *core competencies*, ed esternalizza (spesso mediante "delocalizzazioni" oltre i confini nazionali) molte attività tradizionalmente integrate (dalle funzioni propriamente produttive ai vari *corporate staff services*: assistenza legale, pubbliche relazioni, gestione del personale, *accounting*, ricerca di base, manutenzione, finanza, *data center*, *call center*, ecc.), di tal guisa riducendo i rischi, ottimizzando i costi e guadagnando in termini di flessibilità» (177).

<sup>(9)</sup> S. BOLOGNA, A. FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1997.

<sup>(10)</sup> L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967.

<sup>(11)</sup> Sul punto si vedano, *infra*, le osservazioni di M. MAGNANI, A. PERULLI e T. TREU, impeginate in opportune iniziative anche *de iure condendo*.

## 2. La *vis* espansiva del lavoro coordinato.

Va riconosciuto che la subordinazione ha sempre costituito – non solo nell’ordinamento italiano – un concetto elastico, suscettibile d’interpretazioni diverse anche in chiave evolutiva. Ed è altresì vero che l’elasticità di tale nozione, autentica porta d’ingresso all’intero universo delle protezioni di marca lavoristica, ha più volte consentito quella “giovane vitalità”<sup>(12)</sup> che pure si è dovuta riconoscere alla materia. C’è però anche, nella nozione che dimora all’articolo 2094 del codice civile del 1942, una vocazione identitaria in certa misura ostile alla declinazione delle differenze: «nel nostro ordinamento – si è osservato – diversamente da altri, il modello unitario e onnicomprensivo di subordinazione (di origine barassiana) è fissato perentoriamente già nel codice civile e altrettanto inderogabile si configura allo stato il monolitico e drastico meccanismo di imputazione delle tutele»<sup>(13)</sup>.

Su altro versante, va parimenti registrato, anche a motivo della “rigidità” appena richiamata, come la *vis* attrattiva del tipo fondamentale si sia progressivamente affievolita, complici, in combinato disposto, *d’un cotè* la sedimentazione del requisito della *eterodirezione* come indice qualificatorio principale e assorbente<sup>(14)</sup>, d’altro lato, lo spiazzamento determinato dai mutamenti delle forme di erogazione della prestazione lavorativa, sempre più soggetta a vincoli impliciti di produzione o risultato, in luogo dei tradizionali vincoli espliciti d’obbedienza<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> M.V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *LD*, 2000, n. 4, 547.

<sup>(13)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del “lavoro coordinato”*, in *ADL*, 1997, n. 1, 41 ss., qui 48.

<sup>(14)</sup> Sul punto si veda criticamente P.G. ALLEVA, *Per una vera riforma del lavoro a progetto*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 333; nonché, più di recente, M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, oggi WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2008, n. 65, il quale peraltro segnala, in alcune recenti pronunce della Suprema Corte (Cass. 9 ottobre 2006, n. 21646; Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, in *RGL*, 2007, rispettivamente 144 ss. e 654 ss.) – per vero, ancora largamente minoritarie – la tanto tardiva quanto opportuna valorizzazione di un orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale (C. Cost. n. 30/1996) quando, per mano d’un estensore d’eccezione come Luigi Mengoni, ebbe a individuare il “nucleo duro” della subordinazione non già nell’elemento (accidentale) dell’eterodirezione, bensì nella condizione di doppia alienità (dell’organizzazione produttiva e del risultato del lavoro) in cui versa il prestatore di lavoro subordinato (spec. 33 ss.).

<sup>(15)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *RIDL*, 1998, I, 49 ss. qui 56.

Così, *bon gré mal gré*, è toccato a una fattispecie aperta e a-negoziale<sup>(16)</sup>, generosamente ospitata all'articolo 409, n. 3, codice di procedura civile – come novellato dalla legge n. 533/1973 –, divenire nel tempo, per eterogenesi dei fini, attrattiva essa stessa<sup>(17)</sup>, capovolgendo il verso della *vis* espansiva del diritto del lavoro di cui pure, inizialmente, poteva dirsi testimone. Dal 1973 in avanti – quale magnifica cabala vede convergere, in quell'anno, anche la fine del più intenso e fecondo ciclo di lotte operaie del trentennio d'oro del fordismo e lo shock petrolifero che di quel paradigma contribuì a segnare l'inesorabile tramonto – il lavoro subordinato diviene forma tipica *ma non esclusiva* dello stabile inserimento della prestazione lavorativa nell'impresa/organizzazione altrui, giacché detta integrazione può legittimamente realizzarsi anche per mezzo di una collaborazione coordinata e continuativa a carattere *non* subordinato.

Se si domandasse al “lavoro coordinato” che cosa ha fatto in tutti questi anni, esso, per certo, non potrebbe rispondere d'essere *andato a letto presto*. Saldo e perdurante il notevole risparmio di “costi”, tanto economici che normativi, garantito dal ricorso alla prestazione d'opera, nella *variante contermine alla subordinazione*, di essa si è registrato un impiego crescente, anche come mero sostituto commerciale del lavoro dipendente<sup>(18)</sup>. Sicché, ridurre l'area del falso lavoro autonomo, far fronte allo stato di sottoprotezione delle collaborazioni genuine, apprestare strumenti utili a risolvere in modo meno aleatorio il dilemma qualificatorio e, più in generale, superare le contraddizioni originate da un sistema seccamente binario – aggravato dalla forte polarizzazione tra un “pieno” e un “semi-vuoto” di tutele e garanzie – è stata l'occupazione prevalente dei giuslavoristi italiani negli anni a cavallo tra il secolo scorso e quello presente<sup>(19)</sup>.

L'ultimo scorcio di Novecento ha, così, salutato una molteplicità di proposte di riassetto sistematico, altamente differenziate quanto alle soluzioni tecniche da prediligere, ma comunemente orientate a superare

<sup>(16)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, I, 506 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr., in tempi non sospetti, le lucide osservazioni di M.V. BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *LD*, 1987, n. 1, 41 ss.

<sup>(18)</sup> In tal senso, e prima di altri, G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990 e U. ROMAGNOLI, *Arriva un bastimento carico di “A”*, in M. D'ANTONA (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, ESI, Napoli, 1990, 36 ss.

<sup>(19)</sup> Si veda, tra i volumi più significativi, G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, Roma, 1996; AA.VV., *Autonomia e Subordinazione. Vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, n. 21.



(o, almeno, sdrammatizzare) l'assetto dicotomico della materia: se l'introduzione di un *tertium genus* tra subordinazione e autonomia avrebbe implementato la partizione grazie a un nuovo tipo interstiziale cui ricondurre un *corpus* mediano di tutele <sup>(20)</sup>, la più radicale ipotesi del lavoro come *istituto giuridico* <sup>(21)</sup> o lavoro *sans phrase* <sup>(22)</sup> avrebbe portato a guardare l'intero universo dei lavori secondo una prospettiva unitaria, con modulazione del regime protettivo lungo il *continuum* che corre dal lavoro autonomo "puro" fino al lavoro subordinato contraddistinto da eterodirezione, intendendosi l'uno e l'altro come *species* diverse di un *genus* comune.

### 3. L'accentuazione della dicotomia autonomo/subordinato nella regolazione del lavoro a progetto.

Attraverso le lenti del dibattito appena evocato, l'approdo normativo cui il legislatore è pervenuto con l'introduzione del lavoro a progetto, (articoli 61-69 del decreto legislativo n. 276/2003) rischia di somigliare molto a una deriva: nel tracciare la fisionomia della nuova figura pare si sia, infatti, non soltanto riproposto ma persino accentuato l'andamento binario di cui, da più parti, si auspicava il superamento. Al tempo stesso, in spregio al tormentato dibattito sulla crisi della subordinazione, sembra sia stata rinnovata ed enfatizzata la centralità della fattispecie tipica di cui all'articolo 2094 del codice civile, contemplandola come "sanzione" prevista per i casi di mancanza del requisito fondamentale delle collaborazioni rivisitate <sup>(23)</sup>. Tale impressione, da qual-

---

<sup>(20)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *LI*, 1996, 75 ss.

<sup>(21)</sup> Si vedano i progetti di riforma di M. D'ANTONA, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, 195 ss., e P.G. ALLEVA, *Ridefinizione delle fattispecie di contratto di lavoro*, 187 ss., raccolti in G. GHEZZI, *La disciplina del mercato del lavoro*, cit.

<sup>(22)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori*, cit.; A. PERULLI, *Locatio operis e "lavoro sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavoratori*, in *QDLRI*, 1998, n. 21, 73 ss.; A. SUPIOT (a cura di), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999 (ed. it. a cura di P. BARBIERI, E. MINGIONE, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003).

<sup>(23)</sup> Parlò di «scelta binaria, con sovraesposizione della fattispecie lavoro subordinato» M.T. SAFFIOTI in occasione dell'incontro di studio *La riforma del mercato del lavoro nella legge N. 30 del 2003 e nel D.lgs. 31 luglio 2003*, Modena, 31 ottobre 2003,

cuno avvertita già all'indomani del varo della riforma del mercato del lavoro <sup>(24)</sup>, trova oggi puntuale conferma nel diritto vivente, ai cui protagonisti è toccato, in un primo quinquennio di applicazioni giurisprudenziali, avviare con pazienza la laboriosa opera di razionalizzazione che – di necessità – andava tributata a uno degli istituti più insidiosi e controversi dell'intera legislazione del lavoro <sup>(25)</sup>. Pur divergendo le soluzioni adottate in ordine a una molteplicità di profili, i giudici si sono presto trovati concordi nell'escludere che il lavoro a progetto potesse profilarsi, nella sistematica della materia, come *tertium genus* tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, sottolineando, per contro, il perdurante e rafforzato assetto bipolare.

In una sentenza del Tribunale di Pavia del 13 febbraio 2007, ad esempio, è proprio da tale constatazione che l'itinerario argomentativo prende le mosse, affermandosi in premessa che «il contratto di lavoro a progetto ex art. 61 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 non costituisce un “*tertium genus*” tra lavoro subordinato e lavoro autonomo», rientrando «a pieno titolo nell'ambito del lavoro autonomo, ove il progetto o programma non costituiscono l'oggetto dell'obbligazione, ma dati estrinseci alla stessa o mera modalità organizzativa della prestazione lavorativa» <sup>(26)</sup>. Nel medesimo solco si muove il Tribunale di Milano, laddo-

---

oggi in M.T. SAFFIOTI, *Lavoro a progetto e lavoro autonomo*, in *DL*, 2003, n. 6, 713 ss., qui 719. Di opinione radicalmente diversa M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *ADL*, 2005, n. 1, 1 ss., il quale ritiene che «la nuova disciplina introduce elementi nuovi nella sistematica del diritto del lavoro in quanto esprime il superamento della centralità del lavoro subordinato»: a giudizio dell'Autore «i tipi legali [...] non sono più due, ma tre» (17).

<sup>(24)</sup> In questo senso M. MAGNANI, S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2004, n. 27, per i quali il legislatore «sembra ancora muoversi nella direzione della dicotomizzazione autonomia/subordinazione» (15); analogamente A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, 2004, n. 1, 87, spec. 90.

<sup>(25)</sup> In Trib. Torino 5 aprile 2005 (in *RIDL*, 2005, II, 849 ss., nonché in *LG*, 2005, 651 ss., con nota di V. FILI, 665 ss.) l'estensore, chiamato a pronunciarsi per la prima volta in ordine ad un istituto di «assoluta novità», previamente assume la complessità del «dibattito suscitato in dottrina» da una normativa che impiega nozioni e concetti «di difficile inquadramento giuridico» (658). Di «previsioni incoerenti ed equivoche e delle incertezze legate all'omessa definizione delle nozioni di progetto, programma di lavoro o fase di esso» deve dare atto anche Trib. Modena 21 febbraio 2006, in *LG*, 2006, 477, con nota di M. MISCIONE.

<sup>(26)</sup> Trib. Pavia 13 febbraio 2007, in *RCDL*, 2007, n. 2, 433; così in dottrina, da ultimo, S. LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, AIDLASS, Giornate di studio, Parma, 4-5 giugno 2010, 17-18.

ve, con sentenza del novembre dello stesso anno, dopo aver “preliminarmente” escluso l’ipotesi del *tertium genus*, viene affermata la compiuta afferenza del contratto di nuovo conio all’*ambito concettuale del lavoro autonomo* <sup>(27)</sup>.

La portata di tali acquisizioni, le quali non trovano smentita, a quanto consta, in alcuna delle circa cento pronunce in materia di cui è agevole la consultazione, non può essere trascurata. Difatti, pacifica la manutenzione normativa, operata dal legislatore, attorno al *cotè* del lavoro autonomo prossimo alla frontiera, pare inevitabile qualche rilevante inferenza nell’area contermine della subordinazione. In termini più espliciti, se con la riforma del 2003 il bacino delle collaborazioni coordinate e continuative si è ristretto, a seguito di un intervento normativo finalizzato a circoscriverne l’ambito in funzione di contrasto ai fenomeni elusivi e abusivi, deve dedursi, in misura esattamente corrispondente, una simmetrica espansione del bacino del lavoro subordinato, nel quale sono destinate a ricadere – *ex lege* – tutte le collaborazioni per le quali non sia operata la riconduzione a «progetti specifici, programmi di lavoro o fasi di esso», prescritta dall’articolo 61.

Se altrove si è tentato di argomentare sul punto, misurandosi con le diverse interpretazioni proposte della dottrina <sup>(28)</sup>, in questa sede interessa riflettere sulla consapevolezza che la giurisprudenza dimostra in ordine alla portata della novella del 2003 sulla sistematica generale della materia. «Il diritto del lavoro degli ultimi anni – si legge in un’articolata decisione del Tribunale di Roma <sup>(29)</sup> – è stato veramente tormentato dal problema, sostanzialmente irrisolto, della distinzione tra il modello legale tipico del lavoro subordinato (artt. 2094 e segg. c.c.), intorno al quale si è interamente modellato, a partire dagli inizi degli anni ’60, un sistema di tutele legali del lavoro particolarmente avanzato; ed il modello del lavoro autonomo nella *sua forma più contigua a quella del modello della subordinazione, data, appunto, dalla collaborazione coordinata e continuativa (art. 409 n. 3 c.p.c.)*, che invece è

<sup>(27)</sup> Trib. Milano 17 novembre 2007, in *RCDL*, 2008, n. 1, 194, con nota di S. HUGE.

<sup>(28)</sup> Per un esame più analitico dell’ipotesi ricostruttiva accennata nel testo, nonché per una rassegna delle differenti posizioni dottrinarie, corredata dei relativi riferimenti bibliografici, sia permesso rinviare a F. MARTELLONI, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *LD*, 2006, n. 2/3, 339 ss.

<sup>(29)</sup> Trib. Roma 26 aprile 2007, n. 11027, in *Raccolta della giurisprudenza di merito dei tribunali di Roma, Milano, Torino, Venezia, Bergamo, Voghera e Genova in tema di qualificazione del rapporto di lavoro*, presentata all’incontro di studi dal titolo *Le controversie romane sulla qualificazione del rapporto di lavoro dopo l’introduzione del lavoro a progetto*, Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano”, Roma, 17 dicembre 2007.

rimasto sostanzialmente affidato alla paritaria autonomia negoziale». Tale problema – qualificato dal giudice romano come «problema di carattere teorico»<sup>(30)</sup> – è stato, ad avviso del giudicante, meritoriamente risolto dalla disciplina del lavoro a progetto, avendo il legislatore, «con scelta molto opinabile nei presupposti, ma senza dubbio drastica ed efficace», per un verso «individuato un'area di esclusione della novella, e nella quale la distinzione tra subordinazione ed autonomia nei rapporti sinallagmatici resta affidata alle regole generali»<sup>(31)</sup>; per l'altro, «individuato (artt. 61 e segg.) il lavoro a progetto quale unico tipo legale lecito di collaborazione coordinata e continuativa di carattere atipico», disponendo la conversione automatica in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di tutte le collaborazioni, non escluse dall'ambito di applicazione della normativa, che difettino del requisito essenziale del progetto/programma (articolo 69, comma 1).

Ebbene, richiamando la pronuncia del Tribunale di Roma dell'aprile 2007, si è involontariamente (quanto inevitabilmente) varcato il confine delle acquisizioni (relativamente) consolidate. Difatti, la natura della presunzione di cui all'articolo 69, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003 (si veda § 4), rappresenta, assieme al controverso profilo del "coordinamento" (si veda § 5), uno dei nodi che il diritto vivente è ancora ben lontano da sciogliere.

---

<sup>(30)</sup> Ma forse, più propriamente, metodologico, risiedendo, ad opinione del giudice, «nel fatto che se si applica col massimo rigore il criterio sussuntivo, quasi tutti i rapporti di lavoro sono o possono qualificarsi autonomi; mentre se si applica con larghezza quello tipologico, pressoché qualunque collaborazione coordinata e continuativa può essere ricondotta alla subordinazione. E nella giurisprudenza anche di legittimità – prosegue il decisore – si contrastano da decenni sentenze nelle quali si nega la subordinazione sol perché il datore non impartisce ordini specifici; e sentenze nelle quali la subordinazione si afferma sol perché vi sono i c.d. indicatori secondari, che, come tali, sono del tutto compatibili con la Co.co.co.».

<sup>(31)</sup> Il riferimento, esplicitato in sentenza, è alle ipotesi contemplate ai commi 2 e 3 dell'art. 61, laddove il legislatore individua, oltre alle prestazioni occasionali (comma 2), gli altri casi nei quali non è previsto alcun obbligo di riconduzione a progetto delle collaborazioni (professionisti iscritti agli albi, esercenti attività sportive dilettantistiche, organi di amministrazione e controllo delle società, titolari di pensione di vecchiaia), cui sono da aggiungere le prestazioni rese in favore della PA (art. 1, comma 2).

#### 4. Il meccanismo di conversione automatica del lavoro coordinato privo del progetto.

La sentenza del Tribunale di Roma appena menzionata, allineandosi all'orientamento dominante presso i fori romano e milanese <sup>(32)</sup>, s'inscrive a pieno titolo nel novero delle decisioni che interpretano la disposizione di cui al comma 1 dell'articolo di chiusura del Titolo VII, Capo I, alla stregua di «sanzione» o «presunzione *iuris et de iure* di subordinazione», espressamente divergendo dall'opposto orientamento – minoritario in dottrina <sup>(33)</sup> ma sino a oggi maggioritario in giurispru-

<sup>(32)</sup> Si veda Trib. Roma 23 novembre 2006, in *Raccolta della giurisprudenza di merito*, cit.; Trib. Roma 10 maggio 2007; nonché Trib. Milano 23 marzo 2006, in *RCRL*, 2006, 3, 796, con nota di A. RIBOLDI; Trib. Milano 20 ottobre 2006; Trib. Milano 8 gennaio 2007, in *RGL*, 2007, n. 3, 449, con nota di F. ANTONILLI; Trib. Milano 5 febbraio 2007, in *RIDL*, 2007, 4, 809, con nota di F. CHIANTERA; Trib. Milano 8 febbraio 2007, in *OGL*, 2007, 242 ss.

<sup>(33)</sup> Si esprimono in favore della tesi della presunzione relativa, pur con accenti differenziati, F. LUNARDON, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276/2003*, Ipsoa, Milano, 2004, 4 ss.; A. MARESCA, *Lavoro a progetto: opinioni a confronto*, in *LG*, 2004, 658 ss., spec. 661-662; M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, II, 1454 ss.; L. CASTELVETRI, *La definizione di lavoro a progetto*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, cit., 1296 ss., spec. 1309 ss.; S.P. EMILIANI, *La presunzione legale di conversione del contratto di lavoro a progetto*, in *ADL*, 2006, 157 ss. Ma vedi *contra*: R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2003, n. 9, 19; G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, 2003, 665 ss.; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 812 ss.; M. MAGNANI, S. SPATARO, *op. cit.*, 7; C. ZOLI *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2004, 359 ss.; M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, *ivi*, 581 ss.; *Id.*, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, cit., spec. 1350 ss.; A. BELLAVISTA, *Art. 69. Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 786; A. VALLEBONA, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, 293; E. GHERA, *Sul lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2005, I, 193 ss.; A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, 1379; G. SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro a progetto passando per le collaborazioni coordinate e continuative*, *ivi*, 1600; M. PALLINI, *Il lavoro a progetto: ritorno*

denza <sup>(34)</sup> – che vi rintraccia una *presunzione relativa*, superabile dal committente che riesca a fornire prova della natura autonoma della prestazione del collaboratore. A opinione – invero solo prevalente <sup>(35)</sup> – dei tribunali di Roma e Milano, l'assenza del progetto, da parificarsi – secondo indirizzo oramai consolidato <sup>(36)</sup> – alla sua insufficiente specificità, determina la conversione, *ope legis*, del contratto in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Scorrendo le pronunce giurisprudenziali che percorrono questa strada, viene per vero in rilievo un'ampia gamma di argomentazioni non sempre perfettamente coincidenti. Se in alcune decisioni, l'opzione per il carattere invincibile della presunzione si fonda sull'inequivocabile tenore letterale dell'articolo 69, comma 1, e sulla stessa rubrica dell'articolo <sup>(37)</sup>, sovente sottolineandosi – con argomento teleologico – che in caso contrario si finirebbe per frustrare la «dichiarata intenzione del legislatore di reprimere, con la riforma, l'abuso dei cd. co.co.co.» <sup>(38)</sup>, in altre sentenze la soluzione ermeneutica della presunzione relativa viene respinta «per il chiaro tenore letterale del secondo comma (corsivo dell'A.) dell'art. 69», il quale ammetterebbe – a parere di un

---

*al... futuro?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2005, n. 32, 42 ss.; P. CAPURSO, *Patologia del lavoro a progetto*, in *LG*, 2007, 24 ss., spec. 29.

<sup>(34)</sup> Si veda Trib. Torino 5 aprile 2005, cit.; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *LD*, 2006, n. 3, 273; Trib. Genova 7 aprile 2006, in *ADL*, 2007, 740; Trib. Roma 9 maggio 2006, in *Raccolta della giurisprudenza di merito*, cit.; Trib. Torino 17 maggio 2006, in *RGL*, 2007, n. 1, 52, con nota di G. FONTANA; Trib. Bologna 6 febbraio 2007 e Trib. Torino 23 marzo 2007, in *q. Rivista*, 2007, n. 3, 822 ss., con nota di A. CORVINO; Trib. Pavia 13 febbraio 2007, cit.; Trib. Roma 11 aprile 2007. Per una recente rassegna giurisprudenziale in materia si veda G. MIMMO, *Lavoro a progetto: conversione in lavoro subordinato e sue conseguenze*, in *MGL*, 2008, 3, 142 ss.

<sup>(35)</sup> Per la diversa ipotesi della presunzione relativa propendono, ad esempio: Trib. Roma 3 aprile 2007, in *Raccolta della giurisprudenza di merito*, cit.; Trib. Milano 10 novembre 2005, richiamata in Trib. Torino 23 marzo 2007, cit.

<sup>(36)</sup> Tra le tante: Trib. Milano 23 febbraio 2006, in *LG*, 2007, 68; Trib. Pistoia 17 marzo 2006, in *RCDL*, 2006, 1075, con nota di M. CONTE; Trib. Milano 2 agosto 2006, in *LG*, 2007, 67; Trib. Milano 24 ottobre 2006, in *RCDL*, 2007, 115, con nota di A. BERETTA; Trib. Milano 17 novembre 2007, cit.

<sup>(37)</sup> Si veda, tra le altre, Trib. Milano 23 marzo 2006; Trib. Milano 20 ottobre 2006; Trib. Roma 23 novembre 2006; Trib. Milano 5 febbraio 2007, cit. in nota 32, laddove la formula «divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto» e l'espressione «sono considerati» venivano letti come elementi inconfindibili della necessaria conversione del rapporto, senza possibilità di alternative.

<sup>(38)</sup> Trib. Roma 24 aprile 2007, cit.

giudice molto esperto in materia di lavoro a progetto <sup>(39)</sup> – una «fase probatoria sulla sostanza del vincolo» e, dunque, sulla natura autonoma o subordinata del rapporto, «unicamente nelle due ipotesi contemplate dall'art. 61, cioè solamente nel caso in cui vi sia un legittimo programma/progetto (comma 1) o in quello in cui si rientri nelle residuali ipotesi escluse (di cui ai commi 2 e 3)». L'estensore della decisione da ultimo richiamata ritiene, infatti, che alla disciplina del lavoro a progetto sia da riconoscere una duplice finalità antielusiva, l'una di tipo sostanziale, l'altra di carattere eminentemente processuale, sicché «le prove sulla natura del rapporto possono essere ammesse solo allorché si sia in presenza di una delle possibilità incluse nei primi tre commi dell'art. 61», immediatamente operando, in caso contrario, la «conversione del contratto» disposta dal comma 1 dell'articolo 69.

Ciascuno dei percorsi argomentativi sommariamente richiamati sembra provvisto di una propria resistenza, tanto che, considerati all'unisono, paiono rendere davvero poco plausibile l'ipotesi, ancora quantitativamente prevalente, della presunzione relativa: 1) l'espressione «sono considerati» indica chiaramente non una presunzione relativa, ma un effetto legale automatico; 2) l'articolo 61, comma 1, stabilisce che i rapporti di lavoro parasubordinato «devono», e non semplicemente *possono*, essere riconducibili a un progetto; 3) le eccezioni al divieto di lavoro parasubordinato a tempo indeterminato sono espressamente indicate dalla legge (articolo 61, commi 1 e 3) proprio sul presupposto di tale divieto; 4) non può considerarsi priva di significato la circostanza che l'articolo 69 sia rubricato *Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*, stabilendosi al comma 1 dell'articolo 69 che la conseguenza di tale atipicità è la conversione del contratto; 5) il comma 2 dell'articolo 69 sembra effettivamente orientato a circoscrivere la possibilità di un'indagine probatoria sulle concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa alle sole ipotesi contemplate dall'articolo 61, comma 1 (esistenza di un legittimo progetto/programma) e commi 2 e 3 (ipotesi escluse); 6) il legislatore, per consentire la prosecuzione dei contratti di collaborazione in corso al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003, ha dovuto espressamente prevedere tale possibilità, appositamente regolandola all'articolo 86, comma 2.

---

<sup>(39)</sup> Trib. Milano 21 giugno 2008, in *OGL*, 2008, n. 4, 871, il cui estensore procede, in motivazione, ad un'articolata ricostruzione di un istituto altrove diffusamente indagato: N. DI LEO, *Lavoro a progetto. Interpretazione teleologica delle norme e rassegna commentata di giurisprudenza e pressis amministrativa*, Ipsoa, Milano, 2008.

Né vi è motivo di ritenere – come ha fatto una prima circolare ministeriale, seguita da alcune importanti pronunzie giudiziarie <sup>(40)</sup> – che tale interpretazione precluda al committente di dimostrare l’eventuale sussistenza di un contratto d’opera *ex* articolo 2222 codice civile. Ciò resta, ben inteso, sempre possibile; ma non in ragione della natura (soltanto) relativa della presunzione, bensì in virtù del fatto che *solo* le collaborazioni di cui all’articolo 409, n. 3, codice di procedura civile – ossia quelle contraddistinte da *tutte* le caratteristiche previste dalla norma processuale (non occasionalità, coordinamento e prevalente personalità della prestazione), su cui la nuova fattispecie si innesta – devono essere riconducibili a un progetto (articolo 61, comma 1): non anche il lavoro autonomo, per così dire, al suo stato “puro” o “elementare”. Sicché, se le parti, in sede di stipulazione, hanno erroneamente qualificato un contratto in cui sia dedotta una prestazione d’opera come contratto di lavoro a progetto, ben potrà il giudice pervenire in giudizio alla corretta qualificazione del negozio; e ciò, senza bisogno di fornire letture correttive del dispositivo legale, smentendo il carattere invincibile della presunzione. Si tratta, insomma – com’è stato autorevolmente osservato – di un esito «non rimovibile (come pure ha tentato di fare un’interpretazione ministeriale e una prima pronunzia giurisprudenziale) con il ricorso alla tesi della presunzione semplice vincibile dalla prova contraria – incombente sul datore – della natura realmente autonoma del rapporto, dal momento che tale impostazione creerebbe un’ulteriore destrutturazione dell’impianto legislativo, facendo rivivere proprio quel contratto che il legislatore aveva inteso seppellire: il contratto di lavoro continuativo e coordinato privo di progetto o programma» <sup>(41)</sup>.

Tali conclusioni, ancora mobili in seno alla giurisprudenza di merito – nonostante il conforto di una prima decisione di secondo grado <sup>(42)</sup> – sembrano trovare conferma negli orientamenti delle corti superiori, le quali, pur non avendo, sino a oggi, avuto modo di affrontare la questione “di petto”, hanno fornito indicazioni preziose, ancorché per vie traverse. Giova richiamare, in primo luogo, l’indirizzo assunto dalla Cassazione in materia di qualificazione del rapporto dei lettori di lingua straniera presso le università, definiti come lavoratori subordinati a

<sup>(40)</sup> Circ. 8 gennaio 2004, n. 1. In giurisprudenza si veda Trib. Torino 5 aprile 2005, cit., e Trib. Pavia 13 febbraio 2007, cit.

<sup>(41)</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *L’impatto del lavoro a progetto sulla sistematica del diritto del lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, 111 ss., qui 116-117.

<sup>(42)</sup> App. Firenze, 29 gennaio 2008, n. 100, in *DPL*, n. 25, 2008.



tempo indeterminato dalla legge n. 63/2004, attuativa della sentenza della Corte di giustizia n. 212/99 del 26 giugno 2001. Ebbene, la Suprema Corte, con sentenza del settembre 2005<sup>(43)</sup>, ha avuto occasione di replicare, in tal sede, al medesimo argomento sulle cui basi si respinge l'idea della presunzione assoluta di subordinazione per presunto contrasto con disposizioni di rango costituzionale (in particolare l'articolo 3, comma 1, Costituzione), precisando da un lato che l'indisponibilità del tipo sancita dalla Corte costituzionale riguarda – come a suo tempo fu autorevolmente chiarito<sup>(44)</sup> – il solo lavoro subordinato, e dall'altro, esplicitamente, che detta indisponibilità in ogni modo non deve ritenersi operante nel caso inverso, restando libero il legislatore ordinario di estendere le garanzie proprie di quella fattispecie oltre il suo “naturale” – ma sarebbe meglio dire *tradizionale* – ambito d'applicazione (punto 6 della motivazione).

In secondo luogo e soprattutto, non può tacersi l'orientamento assunto dal giudice delle leggi con sentenza n. 399/2008: chiamata a sindacare la legittimità costituzionale della disposizione transitoria contenuta nel primo periodo del comma 1 dell'articolo 86, decreto legislativo n. 276/2003, la Corte ha avuto modo di affermare, in tale circostanza, che può farsi legittimamente ricorso al «particolare tipo di lavoro autonomo costituito dalle collaborazioni coordinate e continuative», soltanto ove «sia riconducibile ad uno o più progetti specifici, programmi di lavoro o fasi di esso». Di tal che, la vera «novità così introdotta a regime dal d.lgs. n. 276 del 2003 è quella di vietare rapporti di collaborazione coordinata e continuativa che, pur avendo ad oggetto genuine prestazioni di lavoro autonomo, non siano però riconducibili ad un progetto» (punto 3 della motivazione).

Se gli indirizzi da ultimo segnalati prefigurano una felice soluzione del travaglio sin qui patito – quale azzardo riposta in questa previsione! –, ciò non dimostra nulla in ordine all'opportunità o ragionevolezza della soluzione escogitata dal legislatore. Per esprimere un simile giudizio, per vero assai poco condiviso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, occorre svolgere un passaggio ulteriore: tornare a monte del discorso per chiarire a che latitudini giunga, oggi, l'autonomia del nuovo e genuino lavoratore *coordinato*.

---

<sup>(43)</sup> Cass. 5 settembre 2005, n. 17759, in *RIDL*, 2006, II, 552 ss., e spec. 560.

<sup>(44)</sup> M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, n. 1, 63 ss.

## 5. Il contratto a progetto come “contratto relazionale” a ruoli invertiti.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maturato all'ombra dell'articolo 409, n. 3, codice di procedura civile, in epoca precedente alla riforma del 2003, la sussistenza di direttive generiche o programmatiche fornite dal committente al collaboratore, in costanza del vincolo contrattuale, non era considerata incompatibile con la fattispecie aperta delineata dalla norma processuale<sup>(45)</sup>. Tale assunto, condiviso dalla prevalente dottrina<sup>(46)</sup>, portava a ritenere che tra il potere direttivo riconosciuto al datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato e il più tenue *potere di coordinamento* spettante al committente nei rapporti di parasubordinazione vi fosse, essenzialmente, una differenza di tipo *quantitativo*<sup>(47)</sup>, e non – come altri riteneva<sup>(48)</sup> – *qualitativo*.

Siffatta impostazione è stata riproposta da una parte della giurisprudenza anche dopo l'introduzione del contratto di lavoro a progetto, persino ritenendosi, da parte di un tribunale, che «mentre nella previsione dell'art. 409 n. 3, c.p.c. il coordinamento era riferito genericamente alla prestazione d'opera ed *era perciò possibile affidarlo all'iniziativa del collaboratore*, nell'art. 62 l'espressa previsione dell'onere di indicare testualmente le forme di coordinamento della prestazione lascia comprendere come *il coordinamento dell'attività del collaboratore a progetto dipenda dall'iniziativa del committente*». Tale giurisprudenza ritiene, dunque, di potere concludere «nel senso che il decreto delegato *ha riconosciuto al committente un potere creditorio di coordinamento*

<sup>(45)</sup> Si veda, *ex plurimis*, Cass. 19 aprile 2002, in *LG*, 2002, 1164, laddove «la coordinazione, intesa come connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o più in generale nelle finalità perseguite dal committente» si ritiene «caratterizzata dall'ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore». Tra le pronunce di merito cfr., da ultimo, Trib. Roma 6 marzo 2009, in *Bollettino Adapt*, 24 marzo 2009, n. 10.

<sup>(46)</sup> Cfr., in temi relativamente recenti, M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL*, 1998, I, 203 ss., spec. 208, dove si riconosce un potere del committente di fissare, ma anche variare, le modalità di adempimento della prestazione.

<sup>(47)</sup> Così, esplicitamente, G. SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in G. MAZZONI (diretta da), *Enciclopedia giuridica del lavoro*, vol. IV, Cedam, Padova, 1982, 49 ss.

<sup>(48)</sup> Per una differenza di tipo qualitativo, considerata come sola possibilità di discernere efficacemente le collaborazioni genuine da quelle spurie si veda M. PEDRAZZOLI, *Opera (prestazioni coordinate e continuative)*, in *AppNDI*, 1986, V, 476.

*nei confronti del collaboratore e ne ha altresì regolato le modalità di esercizio»* le quali sarebbero «inevitabilmente somiglianti al potere di specificazione e conformazione della prestazione di lavoro subordinato che compete all'imprenditore nell'esercizio del potere direttivo (cfr. art. 2104 c.c.)»<sup>(49)</sup>.

La prospettiva appena richiamata non può, tuttavia, essere condivisa. Essa per un verso vanifica, fino a operarne un indebito rovesciamento, la *ratio* della nuova normativa, pacificamente indirizzata – come si è visto – a evitare il ricorso alla prestazione d'opera continuativa come mero sostituto commerciale del lavoro dipendente, con relativo riposizionamento, per così dire, del lavoro autonomo coordinato, in luogo di maggiore prossimità al “nocciolo duro” dell'articolo 2222 del codice civile; in secondo luogo, tradisce un'ermeneutica che non trova riscontro nel dato testuale, laddove da un lato si prescrive al collaboratore, che gestisce autonomamente il progetto in funzione del risultato, di operare *nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente* (articolo 61), e dall'altro si obbligano le parti a ben focalizzare *ex ante* e per iscritto, in sede di stipulazione del contratto, anche le forme di coordinamento *del collaboratore al committente* (articolo 62, lettera *b*), sicché l'auto-coordinamento del primo emerge come cifra riassuntiva della sua autonomia, anche nel perdurare della prestazione nel tempo<sup>(50)</sup>.

Tale impianto non è, per vero, estraneo alle applicazioni giurisprudenziali. Se nella pioniera sentenza del giudice torinese se ne rintracciano soltanto timide allusioni<sup>(51)</sup>, in una successiva pronuncia del Tribunale

---

<sup>(49)</sup> Trib. Benevento 19 maggio 2008, a quanto consta inedita. «In pratica – prosegue il decisore – quelle che l'art. 62 lett. d) indica come le forme del coordinamento del lavoratore a progetto (in concreto: istruzioni o direttive attinenti alla durata e ai contenuti tecnici e organizzativi della prestazione) sono simili alle modalità o forme di esercizio del potere direttivo; ed altresì simili, dal punto di vista dell'organizzazione del lavoro, al vincolo di subordinazione (anche questa, infatti, è finalizzata al coordinamento della prestazione lavorativa nell'interesse e secondo la volontà del datore di lavoro)». In dottrina, si veda M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, cit.

<sup>(50)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. n. 276/2003*, Zanichelli, Bologna, 2004, 657 ss., qui 705.

<sup>(51)</sup> «Pur potendosi e dovendosi qualunque collaboratore coordinare con il destinatario della collaborazione, tale coordinamento non potrà mai essere inteso come organizzazione su turni con costante monitoraggio dell'attività più volte al giorno», così Trib. Torino 5 aprile 2005, cit.

di Roma della primavera 2006 <sup>(52)</sup>, la dimensione del coordinamento come elemento pertinente alla sfera del collaboratore (nel senso di coordinamento esercitato e non subito da quest'ultimo) trova enunciazione piuttosto trasparente: «nell'ambito del progetto o del programma – scrive il giudice romano – la definizione delle modalità e dei tempi di lavoro deve essere rimessa al collaboratore *il quale, operando all'interno del ciclo produttivo del committente, dovrà necessariamente coordinare la propria prestazione con le esigenze dell'organizzazione del committente*».

Si tratta di un segnale non irrilevante, che trova più compiuto e motivato svolgimento nell'ambito della già citata decisione del Tribunale di Milano stilata dal dott. Di Leo, laddove si riconosce al requisito del progetto la funzione di «obbligare le parti a ben focalizzare *ex ante* il preciso contenuto del contratto, in modo da permettere al collaboratore di conoscere sin dall'inizio in modo dettagliato quale sia l'incarico affidatogli e operare con un'autonomia reale, non potendo, invece, gli stipulanti lasciare l'oggetto della prestazione generico e indeterminato, con il rischio che, poi, nell'esecuzione, per la mancata definizione dei compiti del lavoratore, gli sia domandato semplicemente di “mettere a disposizione” le proprie energie e gli siano impartiti ordini». A opinione del Tribunale milanese, solo tale lettura consente al nuovo requisito del progetto di esplicitare sino in fondo le funzioni per le quali è stato previsto: a questo modo – osserva il decisore – si può infatti escludere che in costanza di rapporto il committente eserciti quei poteri (di direzione) al medesimo preclusi dal regime di autonomia riservato al collaboratore, con i relativi rischi di sconfinamento nella contermine fattispecie del lavoro subordinato. In definitiva, secondo la convincente ricostruzione operata in sentenza, le prerogative del committente – sul quale incombe, secondo parere univoco, un «onere descrittivo rigoroso» <sup>(53)</sup> – devono esplicitarsi in sedi di attribuzione, per contratto, di un incarico compiutamente definito, per poi consentire al collaboratore di farne “gestione autonoma” nel corso di svolgimento del rapporto.

La preventiva e dettagliata enunciazione, tanto dell'incarico affidato al collaboratore (articolo 61, comma 1) quanto delle modalità del coordinamento (articolo 62, lettera *b*), non esclude, peraltro, una lettura dell'istituto alla luce della teorica dei contratti relazionali, benché in versione rovesciata rispetto alla configurazione tradizionale.

---

<sup>(52)</sup> Trib. Roma 9 maggio 2006, in *Raccolta della giurisprudenza di merito*, cit.

<sup>(53)</sup> Così, tra i tanti, Trib. Bologna 6 febbraio 2007, cit.

La prospettiva dei *relational contracts* <sup>(54)</sup>, opportunamente evocata dalla dottrina più accorta, ora con riferimento a tutto il lavoro economicamente dipendente <sup>(55)</sup>, ora in specifico rapporto al contratto di lavoro a progetto <sup>(56)</sup>, mette in luce, in estrema sintesi, che a una relazione contrattuale duratura è connaturato il fatto che le parti definiscano inizialmente un programma contrattuale lacunoso e incompleto, non potendo le stesse prevedere e regolare *ex ante* tutta la complessità e articolazione delle successive evenienze che sopravverranno in pendenza del vincolo <sup>(57)</sup>. In tale contesto, lasciata alla dinamica del rapporto la regolazione delle questioni non negoziate, è logico attendersi che il contenuto del contratto verrà unilateralmente *completato*, in fase di attuazione, ad opera della parte dotata di maggior potere economico e contrattuale, così riempiendosi, al bisogno, i vuoti fisiologicamente propri del regolamento negoziale originariamente concordato.

Ebbene, nel caso del contratto di lavoro a progetto, il legislatore, certo consapevole del carattere relazionale del sottotipo regolato, v'interviene con la tecnica consueta della norma inderogabile, alterandone – in funzione antielusiva – il corso che sarebbe inevitabile attendersi qualora l'operatività dei meccanismi interni di adeguamento fosse lasciata all'informalità. In termini più prosaici, per un verso la disciplina è orientata alla *massima riduzione possibile* dell'incompletezza *ex ante*, come attesta il requisito di "specificità" del progetto, tale da permettere l'adempimento dell'obbligazione senza necessità «di ricevere delle istruzioni tanto puntuali da poter essere confuse con gli ordini che tipicamente sono rivolti a chi [opera] in regime di subordinazione» <sup>(58)</sup>; per l'altro si prescrive al collaboratore di farsi carico della residua e ineliminabile incompletezza connaturata al carattere duraturo del rapporto, obbligandolo a operare *nel rispetto del coordinamento* con l'organizzazione altrui e *in funzione del risultato* che questi persegue. Tale interpretazione sembra trovare implicito conforto in diversi elementi di disciplina, la cui riconduzione a ragionevolezza risulta altri-

---

<sup>(54)</sup> Si veda, I. MACNEIL, *Economic Analysis of Contractual Relations: its shortfalls and the need for a "rich classificatory apparatus"*, in *Northwestern University Law Review*, 1980-1981, vol. 75, n. 6, 1018 ss., spec. 1059; più di recente O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York, 1985; ID., *The Mechanism of Governance*, Oxford University Press, 1996.

<sup>(55)</sup> A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, cit., 226-227.

<sup>(56)</sup> O. RAZZOLINI, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 69, comma 1 del D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *OGL*, 2008, n. 2.

<sup>(57)</sup> S. LIEBMAN, *op. cit.*, spec. 8, 11 e 17-18.

<sup>(58)</sup> Così Trib. Milano 21 giugno 2008, cit.

menti assai impervia: il legislatore ha per un verso sempre imposto l'apposizione di un termine al contratto (articolo 62, lettera *a*), al contempo consentendo, essenzialmente a tutela (rafforzata) dell'interesse creditorio e in deroga alla stessa disciplina generale <sup>(59)</sup>, la risoluzione anticipata del vincolo anche con semplice preavviso (articolo 67, comma 2) <sup>(60)</sup>; per l'altro ha previsto, nei casi di mancanza della precondizione di un coordinamento attivo (il progetto/programma, previamente e dettagliatamente descritto), l'unica conseguenza sistematicamente credibile, ovvero la riconduzione al (solo) rapporto di lavoro che oggi consente un (relativamente) stabile inserimento nell'organizzazione altrui, con coordinamento realizzato attraverso il potere di specificazione della sfera debitoria rientrando nelle prerogative del datore di lavoro.

Sotto quest'ultimo profilo, la lettura del progetto come enunciazione dell'incarico affidato al collaboratore tanto puntuale e dettagliata da consentire a questi di operare in regime di effettiva autonomia, svolgendo una prestazione scevra da ingerenze altrimenti inevitabili, trova lineare complemento nell'esegesi qui condivisa della disposizione contemplata dall'articolo 69, comma 1, la quale dispone, a questo punto, un automatismo che ragionevolmente consegue alla mancanza dei presupposti per l'autonomia richiesta dal modello delineato all'articolo 61, comma 1 <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Come noto, ai sensi dell'art. 1725, la revoca del mandato oneroso, conferito per un tempo determinato o per un determinato affare, obbliga il mandante a risarcire i danni, se è fatta prima della scadenza del termine o del compimento dell'affare, salvo che ricorra una giusta causa.

<sup>(60)</sup> Il recesso con preavviso è dunque da intendersi come soluzione rimediale particolarmente agevole in tutti i casi in cui le forme e i modi del coordinamento posto in essere dal collaboratore siano giudicati non soddisfacenti, esonerandosi in tal modo il committente dal dovere di provare un inadempimento di entità tale da giustificare la risoluzione *ante tempus*.

<sup>(61)</sup> Di assenza del progetto come «indice sintomatico della scelta di un tipo legale alternativo» parlò, per primo, M. NAPOLI nella relazione svolta nell'ambito del Congresso AIDLASS *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Giornate di studio, Padova, 21-22 maggio 2004, 23-24.

## 6. L'estensione dell'area della subordinazione come effetto della nuova fisionomia del lavoro coordinato: il possibile rimedio a un'anomalia italiana.

Se si condividono le osservazioni sin qui formulate e si ritiene collaboratore genuino solo e soltanto colui che organizza da sé medesimo la propria attività lavorativa, utilmente inscrivendola nell'altrui organizzazione, deve parimenti concludersi che resti precluso al committente, titolare di detta organizzazione, ogni potere specificativo della sfera debitoria in costanza di rapporto, ricadendo nella fattispecie limitrofa della subordinazione non più solo quei rapporti contraddistinti da direttive assidue e specifiche sulle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, bensì anche quelli caratterizzati da direttive meramente generiche o programmatiche<sup>(62)</sup>, prima ritenute compatibili con la prestazione d'opera qualificata dagli elementi della continuità e del coordinamento (*ex* articolo 409, n. 3, codice di procedura civile).

Si tratta, a ben vedere, di esito inevitabile nel perdurante assetto dicotomico della materia, giacché se l'odierno lavoratore coordinato è più autonomo di quanto non risultasse prima della novella, non essendo sottoposto ad alcun *potere di coordinamento* da parte del creditore/committente, parimenti deve scoprirsi dilatato l'opposto versante della *summa divisio*<sup>(63)</sup>: «si può pertanto affermare – registra all'uopo il Tribunale di Roma, con sentenza dell'aprile 2007 – che, nell'ottica del legislatore del 2003, *il mondo della subordinazione si sia in qualche modo ampliato*, in quanto l'inserimento del lavoratore in azienda (in quanto espleti attività continuativa coordinata e personale) – e fatta eccezione per le ipotesi di cui al III comma dell'art. 61 – sia ormai sempre riconducibile nell'alveo del lavoro subordinato se non possa collegarsi funzionalmente ad un progetto»<sup>(64)</sup>.

Osservato in prospettiva comparata, l'esito ricostruttivo proposto e gli effetti che ne conseguono sono assai meno dirompenti di quanto non

---

<sup>(62)</sup> Orientamento, peraltro, sin qui minoritario, ma non sconosciuto alla giurisprudenza di legittimità: si veda, a titolo di esempio, la nota Cass. 6 luglio 2001, n. 9176 in *RIDL*, 2002, II, con nota di M. AGOSTINI.

<sup>(63)</sup> In tal senso, per primo, C. ZOLI, ad opinione del quale «il legislatore sembra aver chiaramente escluso la possibilità di non ricondurre nell'alveo del lavoro subordinato i rapporti caratterizzati da un potere direttivo attenuato esercitabile nella forma del mero potere di coordinamento (come si può evincere a contrario anche dall'art. 62, lett. d)», in *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, relazione svolta nell'ambito del Congresso AIDLASS *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., 10.

<sup>(64)</sup> Trib. Roma 3 aprile 2007, cit.

appaia *prima facie*. Si può, infatti, affermare, con relativa serenità, non solo e non tanto che il grado di diffusione del lavoro parasubordinato in Italia non trova riscontro ad altre latitudini – il che è peraltro vero, stando ai più accreditati studi di sociologia del lavoro <sup>(65)</sup> –, ma anche, e soprattutto, che in altri contesti normativi – primi fra tutti quello francese e spagnolo – le fattispecie concrete, qui rispondenti ai canoni dell'articolo 409, n. 3, codice di procedura civile, risultano lì in massima parte assorbite nell'alveo del lavoro subordinato *tout court*, con conseguente applicazione dell'intero universo delle tutele di marca lavoristica.

In Spagna, la più estesa latitudine del concetto di subordinazione, già riscontrabile nel modello legale di riferimento <sup>(66)</sup> e nelle relative applicazioni giurisprudenziali <sup>(67)</sup>, è stata di recente confermata in sede di elaborazione della *Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*: in questo contesto si è, infatti, opportunamente provveduto a corredare l'ossimorica nozione di *trabajador autónomo económicamente dependiente* di propri elementi distintivi (articolo 11, comma 2, lettera *a, b, c, d, e*), precipuamente orientati a impedire che la fattispecie di nuovo conio corresse, a propria volta, il rischio di svuotare il bacino della subordinazione <sup>(68)</sup>.

Quanto al caso francese, la maggior estensione dell'area protetta si deve al crescente impiego giurisprudenziale della nozione di *service or-*

<sup>(65)</sup> Cfr. da ultimo, E. REYNERI, *Nuovi e vecchi problemi per le politiche del lavoro*, in P. TULLINI (a cura di) *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, 127-144, spec. 135 ss.

<sup>(66)</sup> M.R. ALARCÓN CARACUEL, *Dipendenza e alienità nella discussione spagnola sul contratto di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI, *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, 295-312.

<sup>(67)</sup> «La apertura del tipo contractual laboral se manifiesta, como no podía ser menos, en el carácter relativamente abierto de cada uno de los elementos del tipo (ajenidad y dependencia), por lo que no es de extraña que esa aprehensión de la realidad se realice a través de la intermediación del método de los indicios de laboralidad. Con todo, como ha señalado la jurisprudencia, el art. 1.1 LET define “un contrato de trabajo de contornos muy amplios” (STS 13 junio 1988, Ar.5272)» e ancora «la dependencia ha da ser entendida dentro una amplia fórmula y no como una subordinación rigurosa y absoluta del trabajador (STSJ. Cantabria, 29 octubre 1997, Ar.3676)», J. RIVIERO LAMAS, J.L. MONEREO PÉREZ, A. OJEDA AVILÉS, *Trabajo asalariado y trabajo autónomo: las nuevas fronteras del derecho del trabajo*, in B. VENEZIANI, U. CARABELLI (a cura di), *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Carocci, Bari, 2003, rispettivamente 118 e 131.

<sup>(68)</sup> Sul punto si rinvia al contributo di F. VALDES DAL-RE, A. VALDÉS ALONSO, *Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dependente*, che segue in *q. Sezione*.



*ganisé*, che ha notevolmente contribuito ad ampliare la *vis* attrattiva del tipo fondamentale. In Francia come in Italia, ben inteso, secondo approdo della più risalente giurisprudenza di legittimità «la qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie», nel senso che il contratto deve avere per effetto quello di porre il lavoratore «*sous la direction, la surveillance et l'autorité*» del datore di lavoro<sup>(69)</sup>. Tuttavia, complice la mancanza di una definizione legale di lavoratore subordinato, l'eterodirezione ha nel tempo dismesso i caratteri di criterio privilegiato che ancora conserva in ambito italiano, progressivamente affermandosi altri elementi indicativi di un *état de subordination*, prima fra tutte la circostanza che l'attività di lavoro sia integrata in un servizio organizzato da altri (*service organisé par autrui*)<sup>(70)</sup>. Se in un primo tempo la Cassazione stabilisce che «il lavoro prestato nell'ambito di un servizio organizzato può costituire un indice di subordinazione allorché il datore di lavoro determini unilateralmente le condizioni di lavoro»<sup>(71)</sup>, in altre pronunce successive la Suprema Corte si è spinta oltre,

---

<sup>(69)</sup> Le citazioni sono tratte dalla celebre arrêt Bardou, in *Bull. civ.*, 6 luglio 1931, e in *DP*, 1931, I, 131, con nota di P. PIC, in J. PÉLISSIER, A. SUPLOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2002, 190.

<sup>(70)</sup> Anche il concetto di *service organisé*, al pari della nozione di subordinazione tecnico giuridica, ha precedenti molto risalenti nel tempo: in una pronuncia del 1938, relativa alla prestazione di un medico il quale conserva «una piena indipendenza professionale nell'esercizio della sua arte» e in altre decisioni successive relative alle prestazioni di sportivi, artisti (Soc. 16 marzo 1961, in *Gazette du Palais*, 1961, I, 360) o altri professionisti la cui attività sia contraddistinta da notevoli margini di autonomia, la Cassazione arriva ad ammettere che la subordinazione sussiste quando la prestazione di lavoro è fornita «nel quadro di un servizio organizzato» dal contraente che trae beneficio da tale prestazione, cfr. A. JEAMMAUD, *L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. À propos de l'arrêt Labanne*, in *DS*, 2001, n. 3, 227, spec. 232-233.

<sup>(71)</sup> Il riferimento è alla nota arrêt Société Générale: «le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions de travail», Soc. 13 novembre 1996, in *Bull. civ.*, V, n. 386, in *Semaine juridique édition Entreprises*, 1997, II, 911, con nota di J. BARTHÉLEMY. Tale modo di procedere non è peculiare dei soli giudici francesi: secondo la giurisprudenza del *Bundesarbeitsgericht* tedesco (BAG 20 luglio 1994, AP n. 73, sotto il § 611 BGB, voce *Abhängigkeit*), «il fatto che i programmi di lavoro siano oggetto di determinazione unilaterale del datore rappresenta un indice importante ai fini della qualificazione del lavoratore come subordinato», P. FRANTZIOCH, «*Neue Selbständigkeit*» und *Arbeitnehmerbegriff. Zur Abgrenzung abhängiger und selbständiger Arbeit im Deutschen Arbeitsrecht*, trad. it. di G. BOLEGO, «Nuova autonomia» e concetto di lavoratore subordinato. Sulla distinzione tra lavoro subordinato e autonomo nel diritto del lavoro tedesco, in *QDLRI*, n. 21, 235, qui 237.

giungendo a riconoscere come tale condizione sia di per sé sufficiente a determinare l'integrale applicazione del diritto del lavoro <sup>(72)</sup>. In una decisione del 22 maggio 1997 <sup>(73)</sup>, ad esempio, la Corte di Cassazione ha qualificato come lavoratori subordinati alcuni attacchini (*poseurs d'affiche*) i quali sceglievano liberamente i luoghi dell'affissione senza alcun dovere di rendere contro del proprio lavoro, ma lavoravano «selon directives générales imposées à la société en ce qui concerne tant le nombre d'affiches que la périodicité et l'objet même des distributions»; mentre in Italia, lavoratori di tal fatta sarebbero serenamente rientrati nell'orbita del lavoro coordinato <sup>(74)</sup>.

I tenui elementi di comparazione da ultimo, sommariamente, evocati, possono forse condurre a rubricare il lavoro "parasubordinato", almeno nelle sue vesti tradizionali, come un'anomalia tutta italiana. Assai meno lo sarebbe, per converso, il lavoro coordinato nel suo rinnovato profilo, ove si accogliesse una ricostruzione capace di proiettarlo nell'alveo di una ritrovata e più compiuta autonomia, con correlativa estensione della nozione di subordinazione tale da renderla più somigliante a quelle che ospitano ordinamenti giuridici affini al nostro.

È, in fin dei conti, ciò che si è tentato di fare in queste note, con l'avvertenza che gli effetti della ricostruzione sin qui prospettata vanno ponderati con attenzione. C'è, infatti, quantomeno da dubitare che il proposto allargamento, in via interpretativa, della nozione di lavoratore subordinato, risponda alle effettive esigenze di *tutti* i collaboratori coordinati e continuativi, ben potendo generarsi – almeno in caso di controversie avviate dagli istituti previdenziali – anche paradossi e insanabili contraddizioni.

Inoltre – e su opposto versante – nemmeno è vero che il lavoratore coordinato risulti libero da ogni forma di potere: a ben vedere, l'assetto dei rapporti di potere si modifica, si ridimensiona sul piano soggettivo, ma non si annulla. Al committente residua, pur sempre, l'ineliminabile

---

<sup>(72)</sup> Cfr., a titolo di esempio, Soc. 23 gennaio 1997, n. 94-04099, in *Revue de jurisprudence sociale*, 9/97, o ancora Soc. 21 ottobre 1999, in *Bull. Civ.*, V, n. 393, 289, decisione nella quale la Chambre sociale adotta un'interpretazione molto estensiva del concetto di *intégration dans un service organisé*, qualificando come contratto di lavoro un contratto che legava una società ad un lavoratore che *était rémunéré par des «commission»*.

<sup>(73)</sup> *Bull. civ.*, V, n. 188.

<sup>(74)</sup> A conferma dell'ipotesi accennata nel testo si veda, diffusamente, lo studio comparatistico condotto da T. PASQUIER, *L'Économie du contrat de travail*, Thèse de doctorat présentée et soutenue publiquement le 29 novembre 2008, Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

potere di disporre in ordine all'assetto organizzativo "oggettivo" <sup>(75)</sup>, che si riflette indirettamente sul piano soggettivo del collaboratore <sup>(76)</sup>. Nel dovere di autonomo adattamento – quale infinita selva di problemi apre quest'ossimoro! – del collaboratore, la disciplina sembra farsi controllo, o meglio "auto-controllo", interiorizzazione degli obiettivi e delle finalità proprie dell'impresa committente. E tale interiorizzazione non rileva soltanto sotto il profilo dell'immaginario, dei messaggi culturali, dei valori trasmessi – come è stato più volte sottolineato nei molti studi sociologici sul c.d. toyotismo <sup>(77)</sup> – bensì rileva come vincolo giuridico tipizzato alla cui stregua valutare l'esatto adempimento. Prendendo a prestito categorie foucaultiane, potremmo insomma scorgere nella regolazione del lavoro a progetto il passaggio da *Sorvegliare e punire* <sup>(78)</sup> a *Microfisica del potere* <sup>(79)</sup>, ossia, in termini più adeguati al contesto, la compiuta transizione da un paradigma disciplinare fondato

---

<sup>(75)</sup> «Il coordinamento – osserva Pallini – è la sintesi di due distinti poteri: da un lato il potere del datore di lavoro di decidere l'organizzazione complessiva della propria attività produttiva, senza giungere però a dettare le modalità di adeguamento a questa da parte del lavoratore autonomo; dall'altro lato il potere del collaboratore di decidere e organizzare le modalità di adeguamento a tale organizzazione per rispondere alla sua obbligazione di fornire in ogni caso una prestazione utile al committente/creditore», M. PALLINI, *op. cit.*, 28-29.

<sup>(76)</sup> «Il potere non declina, ma si esercita sotto forme più complesse, più diffuse, che il diritto in effetti ha sempre più difficoltà ad individuare e classificare», A. SUPIOT, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., 223.

<sup>(77)</sup> Si veda, tra i tanti, T. OHNO, *Lo spirito Toyota*, Einaudi, Torino, 1993. Da ultimo A. VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, Congresso AIDLASS *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, Giornate di studio, Parma, 4-5-giugno 2010, 5-6.

<sup>(78)</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Einaudi, Torino, 1975, laddove l'A. compie un'analisi sulle tecniche di disciplina del corpo proprie dei sistemi punitivi, legando l'architettura del sistema carcerario all'esigenza di produrre corpi docili e, perciò, disponibili ad essere impiegati nelle manifatture del primo capitalismo industriale (*passim*).

<sup>(79)</sup> M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977, laddove l'A. esprime l'idea – che sarà approfondita in particolare negli studi compiuti da Gilles Deleuze negli anni a seguire – che il potere si regge non soltanto su «un'istanza negativa che avrebbe per funzione quella di reprimere»: il *potere*, secondo Foucault, quale che sia l'ambito nel quale viene esercitato, «non pesa solo come una potenza che dice no, ma [...] induce del sapere, forma del sapere, produce discorsi [...]» (13). E ancora «il potere funzione si esercita attraverso un'organizzazione reticolare. [...] In altri termini il potere transita attraverso, non si applica agli individui» (184).

su *obblighi espliciti d'obbedienza*, tipico del fordismo, a un modello di *governance* caratterizzato da *obblighi impliciti di produzione* <sup>(80)</sup>.

Abusando dei classici della materia, si direbbe che il processo di *responsabilizzazione del lavoratore*, cui giungeva, a suo tempo, autorevole dottrina, nella ricostruzione del contratto di lavoro subordinato come *contratto di organizzazione* <sup>(81)</sup> – con quella eccessiva «dilatazione della posizione debitoria», vagliata criticamente, a valle della disciplina statutaria <sup>(82)</sup> – torna oggi, sul fronte del lavoro autonomo nella sua variante del lavoro coordinato. Qui, il dovere di fare “tutto il possibile” affinché il titolare dell'organizzazione persegua il proprio risultato produttivo, non scaturisce – come accadeva in Persiani – da una lettura i-pertrofica dell'obbligo di fedeltà <sup>(83)</sup>, bensì è affidato dal legislatore alla prescrizione di operare «in funzione del risultato» e «nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente» (articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003).

Dunque, in un certo senso, il fatto di intendere il requisito del coordinamento non già come soggezione a un potere, ma come dovere di assumere un comportamento attivo, se per un verso impone una riduzione – o meglio, un'esclusione – del vincolo di subordinazione all'altrui autorità, per l'altro estende lo stato di subordinazione all'altrui interesse. Il che non può che confermare, su altro piano, insieme alla naturale attrazione del lavoro coordinato nell'area d'interesse del diritto del lavoro, la crescente esigenza di un più robusto, benché specifico e differenziato, suo proprio statuto protettivo.

---

<sup>(80)</sup> M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori*, cit., 56, il quale – va precisato, onde evitare usi impropri del pensiero altrui – imputa questo passaggio alle forme di lavoro che in epoca fordista erano sottoposte a disciplina, ossia i lavoratori subordinati.

<sup>(81)</sup> M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966. «Il lavoratore, certo, non può essere individualmente responsabile della produzione nel suo complesso considerata, ma la realizzazione di questa non è nemmeno irrilevante nei suoi confronti, in quanto egli sarà inadempiente se non avrà fatto tutto quanto doveva affinché il datore conseguiva tale risultato», qui 143; si veda anche 169 e 248.

<sup>(82)</sup> F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, spec. 51 ss.

<sup>(83)</sup> Per una critica all'uso della nozione di fedeltà compiuta da Persiani si veda tra gli altri, prima di Liso, C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1967, 296 ss.

**La zona grigia tra subordinazione e autonomia e il dilemma del lavoro coordinato nel diritto vivente – Riassunto.** *La “zona grigia” tra subordinazione ed autonomia rappresenta un “non luogo” del diritto del lavoro a fronte del perdurante assetto dicotomico della materia lavoristica. L’istituto del lavoro a progetto ha, peraltro, accentuato tale dualismo, come attesta il meccanismo della conversione ex lege del contratto in rapporto di lavoro subordinato ove difetti il requisito essenziale del “progetto” (art. 69, comma 1). Quanto alla natura del coordinamento all’altrui organizzazione, è oggi plausibile una ricostruzione del nuovo lavoro coordinato come “contratto relazionale a ruoli invertiti”, nel senso che il completamento del regolamento negoziale originariamente incompleto a fronte della durezza del vincolo nel tempo sembra essere inibito al committente e riservato al solo collaboratore (art. 61, comma 1, e art. 62, comma 1, lett. d). Tale impostazione non è estranea al diritto vivente, laddove inizia a farsi strada l’idea che l’intervento legislativo operato, in funzione antielusiva, sul cotè del lavoro autonomo prossimo al confine (art. 409, n. 3, c.p.c.) abbia prodotto l’effetto di espandere l’area contermina della subordinazione, avvicinando l’ordinamento italiano ad altri ordinamenti europei a questo affini (Francia e Spagna).*

**The grey area between salaried employment and self-employment and the dilemma of employer-coordinated freelance work in current case law (Article in Italian) – Summary.** *The blurring of boundaries between salaried and self-employment has accentuated the already-existing grey area in labor law caused by such dichotomy. In addition, contract work has made the problem of classification even more pronounced, especially if such employment relationship is regarded as salaried employment due to a difficulty in identifying the “project” (Art. No. 69, Par. 1). With reference to coordination, the implementation of a “relational contract” in which the role of parties is reversed is deemed a viable solution to satisfy requirements in terms of duration, that now seem to apply only to the employee (Art. No. 61, Par. 1, and Art. No. 62, Par. 1, title d). However, such perspective does not represent an innovation in current case law. In line with legislation enforced in other European countries (France and Spain), the issuing of a number of provisions within self-employment preventing fraudulent practices has also caused the scope of legislation on salaried employment to extend.*

## **Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione**

*Marta Mondelli*

*Sommario:* **1.** La “crisi” del diritto del lavoro e la crisi del sindacato: due facce della stessa medaglia. – **2.** La laconicità dell’articolo 40 della Costituzione e il ruolo riempitivo della giurisprudenza. – **3.** L’impianto originario della legge n. 146/1990 e la questione dello “sciopero” degli avvocati. – **4.** La prospettiva della tutela degli utenti nella legge n. 146/1990 come novellata dalla legge n. 83/2000. – **5.** La questione della titolarità della libertà sindacale, *ex* articolo 39 della Costituzione, comma 1, in capo ai lavoratori autonomi. – **6.** Sciopero e astensioni collettive: conseguenze e responsabilità. – **7.** La disparità contrattuale: un elemento presupposto al diritto di sciopero *ex* articolo 40 della Costituzione. – **8.** L’articolo 40 della Costituzione e il nesso sistematico con l’articolo 3 della Costituzione, comma 2: il fondamento normativo del diritto di sciopero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti. – **9.** I limiti co-essenziali al diritto di sciopero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti: 1) il carattere della prestazione esclusivamente personale; 2) la monocommittenza o committenza ristretta.

### **1. La “crisi” del diritto del lavoro e la crisi del sindacato: due facce della stessa medaglia.**

In un diritto del lavoro fondato sul prototipo del lavoro dipendente veniva piuttosto naturale individuare nel lavoratore subordinato, come definito dall’articolo 2094 del codice civile, l’esclusivo destinatario della tutela costituzionale dell’articolo 40 della Costituzione; in un diritto del lavoro non più monolitico anche le certezze del passato vengono meno: senza spingerci oltre, e per rimanere entro il perimetro dell’analisi che ci proponiamo di compiere, deve subito dirsi che la dicotomia scioepe-

---

\* *Dottoranda in Diritto del lavoro e relazioni industriali, Università degli Studi di Pavia.*

ro/lavoro subordinato e serrata/datore di lavoro non è più appagante ed esaustiva come poteva essere fino a qualche decennio fa <sup>(1)</sup>.

Lo stemperamento dello schema contrattuale standard del lavoro subordinato a tempo indeterminato in una miriade di tipologie flessibili – che ha trovato nel decreto legislativo n. 276/2003 un punto di approdo – e la “tipizzazione” del lavoro a progetto – che, come è noto, nasce da un dichiarato intento “contenitivo” del dilagante fenomeno delle collaborazioni coordinate e continuative <sup>(2)</sup> – se, da una parte, hanno rappresentato il primo tentativo di risposta alle ineludibili istanze di una riforma incentrata sulla rimodulazione delle tutele dispensate dal legislatore, dall’altra, hanno suggellato l’avvio verso una “destrutturazione” del sindacalismo classico. Ne è conseguita quella che, da più parti, viene descritta come crisi di rappresentatività del sindacato ovvero come frantumazione della dimensione collettiva.

L’esasperata articolazione dei modelli contrattuali e la conseguente diversificazione della disciplina e delle tutele applicabili sono divenute fonti di diseguaglianze che accentuano la frammentazione degli interessi e delle istanze dei lavoratori interessati, incidendo così sulla capacità del sindacato di interpretarli e di rappresentarli efficacemente. Infatti, se esistono ancora ampi strati di forza lavoro tradizionale, che sono stati e sono la base storica dell’azione di tutela del sindacato, è anche vero che è proprio la perdita dell’egemonia del lavoro subordinato a tempo indeterminato ad aver provocato instabilità nel sindacato che oggi è chiamato a vincere la sfida di saper dare rappresentanza e tutela contrattuale al variegato arcipelago dei *contingent-workers* e di aggregare interessi sempre più eterogenei, pur continuando a svolgere efficacemente il proprio ruolo di regolazione e gestione del mercato del lavoro <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sul progressivo appannamento delle grandi dicotomie del diritto del lavoro cfr. R. VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004, 141.

<sup>(2)</sup> Fenomeno che, se è senza dubbio riconducibile al superamento dell’organizzazione del lavoro di tipo fordista, è pure, indubitabilmente, attribuibile a quell’esigenza di “fuga dal lavoro subordinato” generata dal regime estremamente vincolistico di quest’ultimo. Cfr. P. ICHINO, *L’anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e “dipendenza” nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *GC*, 2005, II, 131.

<sup>(3)</sup> L. BELLARDI, *Nuovi lavori e rappresentanza. Limiti e potenzialità di innovazione della realtà sindacale attuale*, in *q. Rivista*, 2005, 70; P. PASSALACQUA, *Lavoro, “ciclo della vita” e inclusione sociale: dinamiche e prospettive dell’azione sindacale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2007, n. 50.

Parallelamente, la diffusione di forme di lavoro non riconducibili al tipo del lavoro subordinato, ma non per questo meno bisognevoli di tutela, da una parte, provoca «il declino dello sciopero come fenomeno sociale di protagonisti tipici in luoghi confinati (collettività dei lavoratori subordinati nell'impresa di produzione di manufatti operante nei confini nazionali)» e della sua funzione socialmente tipica <sup>(4)</sup>, dall'altra, legittima la domanda di quale sia il regime di tutela applicabile alle astensioni dei soggetti diversi dai lavoratori subordinati.

L'interrogativo sulla "redistribuzione" dei diritti sindacali e, segnatamente, sulla titolarità del diritto di sciopero, oltre il modello social-tipico del lavoro subordinato, pur costituendo all'apparenza un'indagine circoscritta, trascina con sé i medesimi dubbi che si sono appuntati sui progetti con i quali si è tentato di "ristrutturare" e ammodernare il diritto del lavoro.

Invero, se la dottrina tradizionale non ha faticato ad affermare <sup>(5)</sup> che il diritto di sciopero – nella misura in cui è strumento per realizzare il principio di uguaglianza sostanziale ex articolo 3 della Costituzione, comma 2 – deve essere riconosciuto a tutti i soggetti che versino in una condizione di debolezza contrattuale ed economica, nondimeno, l'affermazione di tale principio – benché difficilmente contestabile – merita di essere ulteriormente approfondita. Essa, infatti, lascia irrisolta la questione di cosa sia, o meglio di come vada misurata la debolezza contrattuale ovvero la soggezione economica.

Per questo, si diceva poc'anzi, tale indagine ripropone le medesime incertezze sottese a quelle ipotesi ricostruttive, anche di matrice politica, che nella dipendenza economica hanno individuato ora il criterio selettivo per l'attribuzione, a favore di coloro che navigano nel *mare magnum* della pseudo-autonomia, di una soglia di tutela intermedia rispetto a quella spettante, da una parte, al lavoro subordinato e, dall'altra, al lavoro autonomo *tout court* <sup>(6)</sup>, ora il paradigma sul quale fondare una

<sup>(4)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2006, n. 43, 3.

<sup>(5)</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, I, Utet, Torino, 2006, 246; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1997, 201; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007, 229; M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 1994, IV ed., 184; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, Franco Angeli, Milano, 1979, 119.

<sup>(6)</sup> Si fa riferimento, in particolare, al progetto della Carta dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici, contenuto nel ddl n. 1872, presentato in Senato il 4 dicembre 2002, che costituisce un affinamento del progetto dello Statuto dei lavori che, a sua volta, si fondava sull'individuazione di un nocciolo duro di tutele da riservare al lavoro in sé, a prescindere dalla qualificazione come autonomo o subordinato, per poi estendere le



più appagante nozione di subordinazione <sup>(7)</sup>.

Per vedere la questione da un'angolazione diversa, potremmo dire che i problemi relativi all'estensione soggettiva delle prerogative sindacali, i cui destinatari, nella prospettiva tradizionale, vengono individuati nei soli lavoratori subordinati, sono un riflesso di quella consapevolezza – ormai immanente al dibattito degli ultimi decenni sulla riforma del diritto del lavoro – dell'insufficienza del criterio giuridico della subordinazione a svolgere un'efficace funzione selettiva dei rapporti di lavoro meritevoli di tutela e, dunque, della «necessità di ripensare l'oggetto del diritto del lavoro» <sup>(8)</sup>.

Per capire quale sia il perimetro massimo entro cui possa estendersi l'esercizio del diritto di sciopero garantito dall'articolo 40 della Costituzione anche oltre la subordinazione e per fissare le coordinate che valgano a selezionare le astensioni collettive che costituiscono esercizio di una mera libertà e quelle che, invece, costituiscono esercizio di un diritto, riteniamo si debba partire dal dato positivo e, prima di tutto, da una lettura delle norme costituzionali scevra da interpretazioni preconette e vischiose che vedono tali valori riferibili solo al lavoro subordinato <sup>(9)</sup>.

---

tutele a seconda delle esigenze. Nel progetto della Carta dei diritti affiora, invece, come categoria meritevole di un maggior grado di tutela rispetto al lavoro autonomo *tout court*, quella del lavoro economicamente dipendente, nella quale si ricomprendono quei «rapporti di collaborazione aventi ad oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza orario di lavoro, indipendentemente dall'ambito aziendale o extra-aziendale in cui si svolge la prestazione stessa». Come è stato notato (M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro tra universalità e flessibilità di tutele*, in *q. Rivista*, 2004, 209), il punto debole del progetto è che se si va a vedere in che cosa consista il lavoratore economicamente dipendente ci si avvede che in realtà esso non è particolarmente “qualificato”, essendo sostanzialmente coincidente con la figura del lavoratore parasubordinato.

<sup>(7)</sup> Si fa riferimento al ddl n. 1821 presentato in Senato in data 25 marzo 2009 (primo firmatario Pietro Ichino) «Disposizioni per il superamento del dualismo del mercato del lavoro, la promozione del lavoro stabile in strutture produttive flessibili e la garanzia di pari opportunità per le nuove generazioni» nel quale la dipendenza economica – misurata attraverso il criterio dell'esclusività o quasi esclusività del rapporto con un unico committente – assurgerebbe a paradigma fondante per l'attribuzione delle medesime tutele riservate fino a oggi alla sola subordinazione. Cfr. in dottrina, M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2008, n. 65.

<sup>(8)</sup> A. PERULLI, *Crisi della subordinazione e lavoro autonomo*, in *LD*, 1997, 173, e A. TOPO, *Gli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, *ivi*, 213.

<sup>(9)</sup> M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 4.

## 2. La laconicità dell'articolo 40 della Costituzione e il ruolo riempitivo della giurisprudenza.

Nella sua sinteticità la norma contenuta nell'articolo 40 della Costituzione («Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano») se, da una parte, assume una valenza dirompente, riconducendo lo sciopero nella sfera protetta di un diritto, e non di una semplice libertà, dall'altra, lascia al legislatore il compito di individuarne i confini oggettivi e soggettivi.

In mancanza di norme attuative, fatta eccezione per la legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, arrivata dopo oltre quarant'anni dalla Costituzione, è stato compito dell'interprete individuare il contenuto del diritto di sciopero, definendo, tra l'altro, «cerchia e titolarità del diritto»<sup>(10)</sup>.

Molte sono ancora le questioni aperte sull'articolo 40 della Costituzione. Da un canto, è sempre vivace il dibattito dottrinale e giurisprudenziale – che l'imporsi, nelle dinamiche dei conflitti collettivi, di nuove modalità e forme di protesta non riconducibili allo sciopero “classico” arricchisce di spunti ed elementi di riflessione – su ciò che, sul piano *oggettivo*, costituisce sciopero costituzionalmente tutelato. D'altro canto, sul piano, per così dire, *soggettivo*, almeno due sono i nodi interpretativi non ancora definitivamente sciolti. Primo, quello dell'annosa questione della natura, individuale o collettiva, della titolarità del diritto di sciopero<sup>(11)</sup> rispetto alla quale, come è noto, è prevalsa nel tempo la ricostruzione dello sciopero come diritto individuale a esercizio collettivo<sup>(12)</sup>. Secondo, la questione – che proprio in questa sede tenteremo di dipanare – se anche le astensioni dei lavoratori non subordinati siano contenute entro il perimetro dell'articolo 40 della Costituzione; e, in caso positivo, entro quali limiti.

<sup>(10)</sup> L'espressione è di G. PERA, *Il diritto di sciopero*, in *RIDL*, 1986, I, 445.

<sup>(11)</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 244; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit., 200; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 229; M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, cit., 179. Per una disamina delle ricostruzioni proposte in dottrina si rimanda a R. ROMEI, *Esiste davvero la titolarità collettiva del diritto di sciopero?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2008, n. 75.

<sup>(12)</sup> Come è stato notato (M. MAGNANI, *I nodi attuali del sistema di relazioni industriali e l'accordo quadro del 22 gennaio 2009*, in *ADL*, 2009, 1289), «la conclusione per la quale il diritto di sciopero è a titolarità individuale ma ad esercizio collettivo non è affatto imposta dall'art. 40 Cost., ma si è trattato piuttosto della conclusione inevitabile a fronte della mancanza di una legge sindacale e quindi della individuazione dei soggetti competenti a proclamare lo sciopero». Si veda *amplius* M. MAGNANI, *Contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in *DLRI*, 1990, 687 ss.

In assenza di leggi regolative dello sciopero, è stato compito della giurisprudenza riempire di contenuto e disegnare i confini del diritto di sciopero contemplato nell'articolo 40 della Costituzione.

La storia del diritto sindacale post-costituzionale ci ha mostrato come sia stata la Corte costituzionale a svolgere quel fondamentale ruolo di adattamento della legislazione vigente al nuovo assetto di valori definiti nella carta fondamentale, attraverso una preziosa attività di purificazione dell'ordinamento dalle scorie del regime corporativo, il quale aveva relegato lo sciopero e la serrata a fenomeni passibili di sanzione penale. Non è senz'altro questa la sede per ripercorrere il laborioso lavoro di chirurgia ermeneutica compiuto dalla Consulta sulle fattispecie di reato contenute negli articoli 502-507 del codice penale. Tuttavia, ai fini della nostra indagine, tra le tante pronunce attraverso cui la Corte costituzionale ha edificato il sistema dei principi che governano l'autotutela sindacale alla luce del nuovo quadro costituzionale, può essere utile ricordare la sentenza n. 222/1975 <sup>(13)</sup>. Si tratta della tanto importante, quanto discussa, pronuncia attraverso cui la Corte ha dichiarato incostituzionale, in relazione all'articolo 40 della Costituzione, l'articolo 506 del codice penale, rubricato «serrata di piccole industrie o commerci», ritenendo che «impropriamente [...] la norma in esame definisce serrata la sospensione del lavoro dei piccoli esercenti che personalmente gestiscono un'azienda industriale o commerciale nel campo di una professione, di un'arte o un mestiere. La realtà dimostra che ci si trova pur sempre di fronte a una categoria di lavoratori, definibili autonomi in quanto svincolati da ogni rapporto di dipendenza, la cui forma di autotutela, strutturata dallo stesso codice sul modello di quella dei lavoratori dipendenti, non può non essere compresa in quel più ampio concetto di sciopero che ha trovato modo di esprimersi nell'attuale mondo del lavoro».

La rilevanza della pronuncia, ma se vogliamo anche la sua debolezza <sup>(14)</sup>, si coglie nel fatto che la Corte costituzionale non si limita ad affermare la liceità della serrata, ma si spinge ad accostare l'autotutela esercitata dai lavoratori autonomi senza dipendenti alla, ben più rafforzata, garanzia costituzionale di cui all'articolo 40 della Costituzione.

Non è un caso che tale sentenza assieme alla pronuncia della Corte di cassazione relativa alla protesta dei medici convenzionati INAM <sup>(15)</sup>

<sup>(13)</sup> C. Cost. 17 luglio 1975, n. 222, in *FI*, 1975, I, 1569.

<sup>(14)</sup> Vedi *infra* nota 20.

<sup>(15)</sup> Cass. 29 giugno 1978, n. 3278, in *FI*, I, 1630, secondo cui «il diritto di sciopero può essere esercitato non solo nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato in senso tecnico-giuridico, ma anche tutte le volte che si verifichi una posizione di parasubor-

costituiscano i due precedenti giurisprudenziali ripetutamente, e il più delle volte inscindibilmente, citati quando si cerca il substrato giurisprudenziale della tesi che estende la configurabilità del diritto di sciopero oltre la subordinazione.

Quando si vuole, invece, avvalorare l'opposta opzione interpretativa l'attenzione si sposta sulla sentenza della Corte costituzionale n. 53/1986 e su quella della Corte di cassazione del 1989<sup>(16)</sup>, che hanno negato, rispettivamente, il diritto di sciopero in capo al piccolo imprenditore con dipendenti e al farmacista. Non può, peraltro, sostenersi, come pure è stato fatto<sup>(17)</sup>, che esse costituiscano un *revirement* rispetto alle precedenti pronunce<sup>(18)</sup>. Infatti, la sentenza (C. Cost. n. 53/1986) con la quale la Consulta ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 505 del codice penale (per asserito contrasto con gli articoli 3 e 41 della Costituzione), in relazione all'ipotesi della serrata attuata da imprenditori con uno o più dipendenti, costituisce semplicemente la riprova che la lettura estensiva dell'articolo 40 della Costituzione non va portata oltre il segno, in quanto lo sciopero è tradizionalmente strumento di lotta di gruppi sociali subalterni, che mirano a riequilibrare il loro deficit di forza sociale<sup>(19)</sup>. Ne è riprova il fatto che, nella sentenza n. 222/1975, è proprio (e solo) l'elemento dell'*assenza di dipendenti* che ha consentito alla Corte costituzionale di far pendere l'ago della bilancia – nella dicotomia sciopero/serrata – a favore dello sciopero, ritenendosi assimilabile l'astensione del piccolo imprenditore privo di dipendenti a «quell'ampio concetto di sciopero che si va affermando nella realtà sociale»<sup>(20)</sup>.

---

dinazione, e cioè una posizione di debolezza del prestatore d'opera nei confronti della controparte, dalla quale deriva la "predisposizione del conflitto" che dà luogo a quel "diritto al conflitto" costituente il fondamento stesso dell'organizzazione sindacale e, quindi, del diritto di sciopero».

<sup>(16)</sup> C. Cost. 24 marzo 1986, n. 53, in *FI*, 1986, I, 2716; Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 1989, in *FI*, 1990, II, 112.

<sup>(17)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post industriale*, cit., 29; G. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero ed astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, in *RIDL*, 2004, I, 121 ss., i quali riconducono le sentenze C. Cost. n. 222/1975 e Cass. n. 3278/1978, da una parte, e C. Cost. n. 53/1986, dall'altra, a due filoni contrapposti, definiti, rispettivamente "garantista" ed "esclusionista".

<sup>(18)</sup> Si fa riferimento a C. Cost. n. 222/1975, cit., e Cass. n. 3278/1978, cit.

<sup>(19)</sup> G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 231.

<sup>(20)</sup> L'orientamento espresso nella sentenza C. Cost. n. 222/1975, cit. – come si accennava – non può andare esente da censure, riscontrandosi in essa una forzatura (L. MENGHINI, *L'astensione delle udienze da parte degli avvocati e il problema dell'estensibilità del diritto di sciopero oltre il limite della subordinazione*, in *RGL*, 1997, II, 108 e riferimenti ivi contenuti), dovuta al fatto che la Corte costituzionale –

Neppure la pronuncia della Cassazione penale del 1989 <sup>(21)</sup> – che nella protesta dei farmacisti, attuata mediante il rifiuto di fornire medicinali se non dietro il loro integrale pagamento, non ha ravvisato gli estremi dello sciopero – si pone in contrasto con il principio precedentemente espresso con la sentenza n. 3278/1978 <sup>(22)</sup>: nel caso dei farmacisti, infatti, in quanto imprenditori, non era ravvisabile, in alcun modo, quello stato di sottoprotezione e non indipendenza che si era riscontrato, invece, nella protesta dei medici convenzionati.

A ben guardare, basta una lettura più disincantata delle sentenze in cui si è fatta questione della titolarità, in capo a soggetti diversi dai lavoratori subordinati, del diritto di sciopero per rendersi conto che, pur quando la giurisprudenza ha avuto occasione di affermare in astratto la configurabilità del diritto di sciopero oltre la subordinazione, la verifica, in concreto, dei requisiti costitutivi dello sciopero – secondo il significato comunemente inteso – non sempre ha dato esito positivo <sup>(23)</sup>.

Al di fuori delle risalenti pronunce finora citate, non si rinvengono significativi precedenti giurisprudenziali che si pongano lungo la direttrice, per così dire, “espansiva”, fatta eccezione per quelle sentenze ove il riconoscimento del diritto di sciopero a favore di lavoratori parasubor-

---

quasi non riuscendo a liberarsi dalla soffocante alternativa tra sciopero e serrata – si è spinta a qualificare come sciopero l’astensione dei piccoli imprenditori senza dipendenti, pur volendo semplicemente assicurare la liceità (penale) della serrata.

<sup>(21)</sup> Cass. pen., sez. VI, 10 aprile 1989, cit.

<sup>(22)</sup> Cass. n. 3278/1978, cit.

<sup>(23)</sup> Anche nella sentenza Cass. n. 3278/1978, cit., la Corte di cassazione ha sì affermato, sotto il profilo soggettivo, il principio dell’estensione del diritto di sciopero ai medici parasubordinati, lasciando, però, al giudice di merito la verifica della sussistenza dei requisiti “oggettivi” del diritto di sciopero: «sotto il profilo soggettivo, il diritto di sciopero ben può essere riconosciuto ai medici convenzionati con l’I.N.A.M. che, coalizzati per la rimozione di situazioni riconducibili alla loro posizione di parte contraente più debole nei confronti dell’istituto, ricorrono all’azione diretta per la modificazione delle condizioni economiche e normative inerenti alla prestazione della loro opera professionale per conto dell’I.N.A.M., salvo accertare se nella fattispecie ricorrono anche i *profili oggettivi* del diritto di sciopero, quali il danno per il datore di lavoro (in senso lato), che non può giovare delle prestazioni lavorative, e il pregiudizio per il lavoratore, che rimane privo della controprestazione pecuniaria». Cfr. anche Pret. pen. Rivarolo Canavese 16 giugno 1982, in *FI*, 1982, II, 503, che, nella protesta dei medici convenzionati con il SSN, i quali si facevano pagare integralmente le visite dai loro assistiti, non ha ravvisato quel comportamento materiale di astensione dal lavoro cui il concetto empirico di sciopero ancora rimanda. Ciò spiega lo scetticismo di quella dottrina cui appare innegabile che anche quando si vuole riconoscere la titolarità del diritto di sciopero ai lavoratori non subordinati «lo si fa con difficoltà e incertezze ma anche con limiti e requisiti che finiscono per vanificare sul piano concreto le affermazioni di principio» (così, L. MENGHINI, *op. cit.*, 106).

dinati o è avvenuto con meri *obiter dicta* <sup>(24)</sup> o, piuttosto, costituisce l'“antefatto” delle questioni dibattute nello specifico <sup>(25)</sup>.

Se, dunque, nella scarna casistica giurisprudenziale disponibile si rinven- gono fievoli segnali dell'applicabilità del diritto di sciopero al lavo- ro autonomo “parasubordinato”, è ugualmente riconoscibile che il rag- gio d'azione dell'articolo 40 della Costituzione non può estendersi oltre il confine massimo del lavoro autonomo prevalentemente personale, coordinato e continuativo. Anzi, come si avrà modo di dire meglio, po- trebbero rendersi necessarie ulteriori delimitazioni e restrizioni di quel perimetro.

### 3. L'impianto originario della legge n. 146/1990 e la questione del- lo “sciopero” degli avvocati.

Scendendo dal piano della normativa costituzionale a quello della nor- mativa ordinaria, importanti elementi di riflessione vengono offerti dal- la legge 12 giugno 1990, n. 146, sull'esercizio del diritto di sciopero nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. Invero, la ritenuta esclusione dall'ambito di applicazione delle regole della legge n. 146 delle asten- sioni dei lavoratori autonomi, che la dottrina maggioritaria argomenta- va dal fatto che nella versione originaria della legge il lavoro autonomo veniva citato solo nell'ambito di due norme relative all'ordinanza di precettazione <sup>(26)</sup>, è stata per anni uno dei punti più discussi dell'intera disciplina, tanto da essersi reso necessario l'intervento della Corte co-

<sup>(24)</sup> Cass. 12 marzo 1985, n. 2433, in *GC*, 1986, I, 570; Cass. 8 febbraio 1986, n. 815, *ivi*, 973.

<sup>(25)</sup> Si fa riferimento a Cass. 7 febbraio 1989, n. 751, in *MGC*, 1989, 204, ove lo scio- pero dei medici convenzionati costituiva un *prius* rispetto alla questione di diritto po- stasi nello specifico, venendo così implicitamente riconosciuto. Segnatamente, la Cor- te di cassazione, nel confermare la sentenza di merito, ha ritenuto che i medici con- venzionati, sebbene non obbligati a comunicare la non adesione allo sciopero, avesse- ro l'onere, ai fini del riconoscimento del diritto al compenso per le giornate di sciope- ro proclamate dalle organizzazioni di categoria, di provare la prestazione della loro opera in dette giornate, in applicazione del principio secondo cui «colui il quale chie- de il corrispettivo di prestazioni eseguite nell'ambito di un rapporto di parasubordina- zione, qual è quello dei medici convenzionati del Servizio sanitario nazionale, non si può limitare a provare l'esistenza del rapporto stesso, ma deve provare le singole pre- stazioni che del diritto al corrispettivo rappresentano i fatti costitutivi».

<sup>(26)</sup> Si trattava degli artt. 8 e 9. Sul punto cfr. M.T. CARINCI, *L'improbabile rilievo co- stituzionale dell'autotutela collettiva di lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori. A proposito dell'art. 2 bis, legge n. 146 del 1990*, in *ADL*, 2001, 931 ss.

stituzionale. Ed essa, con la nota sentenza n. 171 del 27 maggio 1996<sup>(27)</sup>, relativa all'astensione dalle udienze degli avvocati (c.d. sciopero degli avvocati), ha gettato le basi per una riforma della disciplina, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2, commi 1 e 5 della legge n. 146.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 114 del 31 marzo 1994, aveva già avuto occasione di precisare che «se il legislatore ha avvertito la necessità di dettare, proprio in funzione della salvaguardia di beni costituzionalmente tutelati, norme sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, ricomprendendo fra questi anche l'amministrazione della giustizia (si veda articolo 1 della legge 12 giugno 1990, n. 146), non v'è ragione per cui debbano restare esenti da specifiche previsioni forme di protesta collettiva che, al pari dello sciopero, sono in grado di impedire il pieno esercizio di funzioni che assumono, come quella giurisdizionale, un risalto primario nell'ordinamento dello Stato». Com'è noto, in quella sede la Corte costituzionale nulla ha potuto, in quanto la pronuncia di incostituzionalità dell'articolo 159, comma 1, del codice di procedura penale, sollecitata dal giudice *a quo*, avrebbe comportato una pronuncia additiva in *malam partem*, volta a introdurre una nuova ipotesi di sospensione del corso della prescrizione del reato, in spregio al principio di legalità sancito dall'articolo 25 della Costituzione.

È solo con la successiva sentenza n. 171/1996 che la Corte costituzionale, riprendendo il percorso argomentativo già avviato con la precedente sentenza n. 114/1994, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2 della legge n. 146, nella misura in cui non estendeva allo "sciopero" degli avvocati l'obbligo di un congruo preavviso, di un ragionevole limite temporale dell'astensione, nonché la previsione di strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali.

Meno scontata appare, invero, nella sentenza in parola, l'esatta individuazione del fondamento costituzionale e, quindi, della natura giuridica (diritto o libertà?) dell'astensione degli avvocati. Ne è conferma il fatto che la dottrina sia riuscita a sostenere le più svariate tesi, tant'è che un autore «alla ricerca di un fondamento costituzionale dello sciopero degli avvocati»<sup>(28)</sup> ha dedicato una monografia. Sul punto, non sono mancate ricostruzioni – sia pure isolate – che hanno ricondotto la protesta degli avvocati sotto l'egida dell'articolo 40 della Costituzione, ovvero sotto quella dell'articolo 39 della Costituzione o, ancora, degli ar-

<sup>(27)</sup> C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171, in *FI*, 1997, I, 2716.

<sup>(28)</sup> È il titolo del cap. III della monografia di E. GIANFRANCESCO, *Lo sciopero degli avvocati e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2002.

articoli 21, 24, 41 della Costituzione <sup>(29)</sup>. Più frequentemente, la dottrina ha individuato l'usbergo costituzionale dell'astensione dalle udienze degli avvocati nella libertà di associazione garantita dall'articolo 18 della Costituzione. Ritenendo di non poter sopravvalutare né l'utilizzo, da parte della Consulta, dell'espressione "libertà sindacale", non a caso usato tra virgolette <sup>(30)</sup> – al fine di avvalorare la tesi che vede nell'astensione degli avvocati una manifestazione della libertà sindacale di cui all'articolo 39 della Costituzione – né l'espressione "diritto d'azione" – che ha costituito l'ancoraggio di quella tesi che ha riconosciuto l'attribuzione in capo all'avvocato di un vero e proprio diritto, nei termini di una pretesa a ottenere il rinvio dell'udienza, e non solo di una libertà <sup>(31)</sup> – alcuni passaggi della sentenza n. 171/1996 fanno pensare che la Corte costituzionale, sia pure con un percorso argomentativo non proprio cristallino, abbia riconosciuto nell'astensione degli avvocati una manifestazione della libertà di associazione di cui all'articolo 18 della Costituzione <sup>(32)</sup>.

Deve ritenersi, infatti, che le forme di coalizione e di azione, quand'anche riferite al lavoro autonomo, possono definirsi genuinamente sindacali soltanto quando siano dirette a neutralizzare reali squilibri contrattuali tra le parti e non anche a conseguire interessi corporativi <sup>(33)</sup>, ovvero finalità di natura meramente politica o di politica del diritto <sup>(34)</sup>. E in questa prospettiva è pacificamente ammesso che agli Ordini e ai Collegi professionali, il cui scopo naturale è quello di dare un assetto organizzativo e una disciplina agli esercenti le libere professioni – al fine di tutelare la fede pubblica nonché gli interessi professionali, intesi come interessi alla dignità e alla capacità professionale – non possa essere riconosciuta natura sindacale <sup>(35)</sup>.

La certezza in merito alla natura non sindacale degli Ordini professionali non esclude tuttavia che sia proprio la (co)esistenza, nell'ambito delle categorie di lavoratori autonomi, di situazioni di forza e di debo-

<sup>(29)</sup> Così *ibidem*, 43 ss., a cui si rimanda per una disamina delle varie tesi.

<sup>(30)</sup> C. Cost. n. 171/1996, cit., § 3.3.

<sup>(31)</sup> M.T. CARINCI, *L'improbabile rilievo costituzionale dell'autotutela collettiva*, cit., 945.

<sup>(32)</sup> C. Cost. n. 171/1996, cit., § 3.1.

<sup>(33)</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, cit., 119.

<sup>(34)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post industriale*, cit., 9; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una protesta con due anime?*, in *QDLRI*, 2001, 112; D. PULITANÒ, *Lo sciopero degli avvocati: se come e quando*, in *Diritto penale e processo*, 1999, 6.

<sup>(35)</sup> C. BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, in C. BALDUCCI, U. CARABELLI, *Il Sindacato*, Utet, Torino, 1979, I, 150 ss.



lezza economica, a dare impulso a forme di coesione e di organizzazione alle quali – se esponenziali e rappresentative di una condizione di disparità contrattuale – sarebbe difficile negare l'aggettivazione di *sindacale* in senso stretto <sup>(36)</sup>.

#### 4. La prospettiva della tutela degli utenti nella legge n. 146/1990 come novellata dalla legge n. 83/2000.

L'aver ricordato le questioni affrontate dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 171/1996 relativa al c.d. sciopero degli avvocati, ha consentito di evidenziare come la *ratio* della legge n. 146/1990 si appoggi sul principio della primaria rilevanza della tutela dei servizi pubblici essenziali (cioè di quei servizi che, secondo un criterio teleologico, sono finalizzati al godimento dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti). Per questo motivo, con la novella legislativa contenuta nella legge n. 83/2000, si è voluto assicurare l'estensione dei limiti posti al diritto di sciopero anche all'astensione collettiva delle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria <sup>(37)</sup>, da parte dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, che incida sulla funzionalità dei servizi pubblici essenziali: infatti, se obiettivo della legge è la tutela dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti, l'applicabilità della legge n. 146/1990 deve essere estesa a tutte le forme di astensione dal lavoro, a prescindere dalla natura subordinata o autonoma del rapporto e dalla loro qualificazione come sciopero o meno <sup>(38)</sup>.

Partendo da tale assunto si capisce, allora, come fino a un certo punto la legge n. 146/1990 possa aiutarci nella comprensione della questione che ci interessa, perché il legislatore, come si diceva, muove prevalentemente dall'intento di garantire l'effettivo godimento dei diritti della persona, a prescindere dalla qualificazione giuridica, in termini di diritto o di libertà, dell'astensione dal lavoro. E ciò a dispetto del titolo del-

<sup>(36)</sup> Vedi *infra* § 7.

<sup>(37)</sup> L'espressione usata dal legislatore fa propendere per un'interpretazione estensiva del raggio teleologico delle astensioni collettive; l'uso della disgiuntiva consente di fare riferimento tanto ad astensioni con finalità meramente politiche («fini di protesta»), quanto a quelle con finalità politiche/economiche evocate dal concetto di «rivendicazione di categoria». Così B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post industriale*, cit., 32.

<sup>(38)</sup> G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., 253.

la legge che parrebbe limitare l'ambito di applicazione della legge medesima allo sciopero in senso stretto<sup>(39)</sup>.

In tale ottica, non appare risolutiva la differente terminologia che la legge n. 146/1990 utilizza, rispettivamente, nell'articolo 2-*bis*, ove si qualifica come «astensione collettiva dalle prestazioni, a fini di protesta o di rivendicazione di categoria» quella dei lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, e nell'articolo 2, ove è contenuta l'espressa indicazione del «diritto di sciopero». Non appare convincente, infatti, l'affermazione secondo cui «l'opzione normativa relativa alla definizione di “astensione collettiva”, come fattispecie distinta dallo sciopero costituzionalmente inteso, non può che portare l'interprete a considerare la questione nel senso della riqualificazione giuridica, operata *ex lege*, della protesta di tali soggetti nei termini della libertà di astenersi piuttosto che del diritto; ciò con tutte le conseguenze del caso con riguardo alla disciplina e alle sanzioni applicabili»<sup>(40)</sup>.

Sempre secondo tale opzione interpretativa, il tenore letterale della legge n. 146/1990 consentirebbe di risolvere pure le incertezze legate all'assenza di un'esplicita menzione dei lavoratori parasubordinati i quali «possono senza dubbio rientrare nella categoria dei lavoratori autonomi prevista e disciplinata dall'articolo 2-*bis* e da ogni altra norma indirizzata dal legislatore di cui allo stesso articolo»<sup>(41)</sup>. In altri termini, sarebbe la legge stessa a risolvere, negativamente, la questione del riconoscimento in capo ai lavoratori parasubordinati di un vero e proprio diritto di sciopero<sup>(42)</sup>.

Invero, che il dato letterale della legge n. 146/1990 non possa di per sé risolvere la questione della qualificazione, in termini di diritto ovvero di libertà, dell'astensione dei lavoratori autonomi “sottoprotetti” è dimostrato, in primo luogo – come si è detto – dalla *ratio* della legge, che, per l'obiettivo che si pone, è più interessata alla salvaguardia dei

---

<sup>(39)</sup> Anche per L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali*, cit., 102 «il mancato richiamo da parte dell'art. 2 *bis* della legge n. 146/1990 risulta sostanzialmente irrilevante ai fini della controversa questione della prospettabilità della titolarità del diritto di sciopero al di fuori dei confini della subordinazione. Infatti, la l. 146 non prende ora assolutamente in considerazione il profilo dei riflessi dell'astensione collettiva sull'eventuale rapporto di lavoro con il committente».

<sup>(40)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post industriale*, cit., 37.

<sup>(41)</sup> *Ibidem*.

<sup>(42)</sup> Peraltro, tale lettura sarebbe smentita dall'orientamento espresso dalla Commissione di Garanzia che, conformandosi all'indirizzo espresso dalla Consulta con la citata sentenza n. 222/1975, ha definito sciopero l'astensione attuata dai lavoratori autonomi senza dipendenti. Cfr. delibera Commissione di Garanzia del 14 settembre 1995, n. 15.3, in [www.commissionegaranziasciopero.it](http://www.commissionegaranziasciopero.it).

diritti della persona costituzionalmente protetti che alla natura giuridica delle astensioni, le quali restano, comunque, catturate dalle proprie regole; in secondo luogo, dal fatto che pur non potendo dubitare, *de iure condito*, della riconducibilità delle collaborazioni coordinate e continuative all'ampio *genus* del lavoro autonomo, non può ignorarsi, parimenti, che «il lavoro autonomo è una nozione logica indifferenziata, cui non corrisponde alcuna realtà positiva omogenea»<sup>(43)</sup>. Con la conseguenza che la disciplina contenuta nell'articolo 2-*bis*, legge n. 146/1990, lascia impregiudicata la necessità di esplorare il variegato ed eterogeneo mondo del lavoro autonomo, onde individuare i confini dello “statuto protettivo” applicabile alla categoria della c.d. parasubordinazione. E, per tracciare la mappatura di detti confini, occorrerà non solo ricomporre gli spezzoni di disciplina con cui il legislatore ha esteso alcune delle tutele proprie del lavoro subordinato al lavoro personale coordinato continuativo, ma pure – una volta accettata l'idea che l'articolo 35 della Costituzione esprima neutralità per le forme di lavoro meritevoli di tutela – «penetrare nella *ratio* delle norme costituzionali per individuarne i destinatari»<sup>(44)</sup>.

Ciò sarà tanto più vero in relazione alle garanzie sindacali contenute negli articoli 39 e 40 della Costituzione, rispetto alle quali, in (parziale) assenza di mediazione legislativa, è sempre spettato all'interprete individuare limiti e confini<sup>(45)</sup>.

##### **5. La questione della titolarità della libertà sindacale, ex articolo 39 della Costituzione, comma 1, in capo ai lavoratori autonomi.**

L'interrogativo sull'applicabilità dell'articolo 40 della Costituzione oltre i confini del lavoro subordinato riporta alla mente la questione, altrettanto controversa, di chi siano i titolari della libertà sindacale di cui all'articolo 39 della Costituzione, comma 1.

<sup>(43)</sup> Così A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *RGL*, 2003, I, 221 secondo cui «il lavoro autonomo quindi si declina al plurale».

<sup>(44)</sup> M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, cit., 7.

<sup>(45)</sup> Cfr. Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *NGL*, 2006, 278, secondo cui le norme imperative poste a tutela delle libertà sindacali dei lavoratori, in ragione del valore e della tutela che lo stesso dettato costituzionale assegna al “lavoro”, nella sua accezione più ampia, appaiono estensibili, al di fuori dei rapporti di lavoro subordinato, a tutti coloro che svolgono attività lavorativa, anche se in forma parasubordinata o autonoma.

Non è qui il caso di riprendere il noto dibattito che ha visto la dottrina schierarsi su due granitici e contrapposti fronti: la concezione c.d. unilaterale della libertà sindacale, che vede la riferibilità dell'articolo 39 della Costituzione, comma 1, solo a favore dei lavoratori <sup>(46)</sup>, e quella c.d. simmetrica, che individua, invece, nell'articolo 39 della Costituzione, comma 1, il fondamento costituzionale pure dell'associazionismo datoriale <sup>(47)</sup>.

Nondimeno, può essere utile ricordare che la dottrina tradizionale, pur incline a risolvere la questione dell'applicabilità (o meno) dell'articolo 39 della Costituzione alle organizzazioni dei lavoratori autonomi attraverso la riproposizione delle medesime e contrapposte conclusioni cui è pervenuta rispetto al sindacalismo datoriale, non ha mancato di osservare sia la non perfetta sovrapponibilità del fenomeno sindacale imprenditoriale (c.d. "di risposta") con quello del lavoro autonomo, sia le peculiarità che può assumere il fenomeno sindacale nelle diverse declinazioni del lavoro autonomo <sup>(48)</sup>.

Tanto che, se le posizioni della dottrina appaiono, nella loro netta contrapposizione, assai distanti, rispetto alla questione della titolarità della libertà sindacale in capo ai datori di lavoro, dette distanze si accorciano quando l'interrogativo dell'applicabilità dell'articolo 39 della Costituzione, comma 1, si pone, più specificamente, in relazione al lavoro autonomo.

Infatti, da una parte, anche coloro che aderiscono alla concezione c.d. unilaterale della libertà sindacale – e che perciò tendono a ricomprendere sotto la protezione dell'articolo 18 della Costituzione tanto le manifestazioni collettivo-sindacali dei datori di lavoro, quanto quelle dei lavoratori autonomi – ritengono, comunque, sussumibili entro l'articolo 39 della Costituzione le manifestazioni collettive di ampie categorie di lavoratori autonomi che operano in regime di parasubordinazione, enfatizzando ora il dato storicamente rilevabile dell'attività di contrattazio-

---

<sup>(46)</sup> G. GIUGNI, *Sub art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 270 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1978, 119.

<sup>(47)</sup> G. PERA, *Sulla libertà sindacale individuale*, in *MGL*, 1976, 387 ss.; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 60; A. BOLLANI, voce *Associazione*, *V) Associazioni sindacali*, in *EGT*, 2009.

<sup>(48)</sup> C. BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, cit., 151; F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in *DL*, I, 1999, 3.

ne collettiva<sup>(49)</sup>, ora quello della debolezza economico-contrattuale di tali soggetti<sup>(50)</sup>.

Il riconoscimento della libertà sindacale è, infatti, pacificamente ammesso anche dalla dottrina che tende a ripudiare la visione simmetrica della libertà sindacale, rispetto a vaste categorie di lavoratori autonomi titolari di rapporti associativi<sup>(51)</sup> o di agenzia commerciale, proprio in funzione della regolamentazione collettiva dei loro rapporti<sup>(52)</sup>. Non può dubitarsi, invero, che la funzione sociale tuttora svolta dagli accordi economici collettivi, ad esempio in materia di agenzia, è sostanzialmente identica a quella dei contratti collettivi; con la conseguenza che la loro stipulazione non solo è ovviamente lecita, ma produce effetti vincolanti per gli iscritti alle associazioni firmatarie<sup>(53)</sup>. D'altra parte, è la stessa funzione negoziale connaturata al sindacato (articolo 39 della Costituzione, comma 3) a far ritenere che laddove esiste una disciplina finalizzata alla tutela dell'interesse collettivo esiste un soggetto collettivo che non può non definirsi come sindacato<sup>(54)</sup>.

Specularmente, anche coloro che non escludono la titolarità di una vera e propria libertà sindacale in capo ai lavoratori autonomi<sup>(55)</sup> negano, tuttavia, la valenza sindacale in senso stretto degli Ordini professionali. Ne consegue che la dottrina è concorde non solo nel ritenere che gli Ordini e i Collegi professionali non abbiano natura sindacale – perché, quali soggetti di ordine pubblico ad appartenenza necessaria, finirebbero col trasformarsi in sindacati costituzionalmente necessari<sup>(56)</sup> – ma pure sul fatto che gli interessi puramente sindacali dei professionisti, «nel senso proprio della resistenza sindacale»<sup>(57)</sup>, non sono di solito rilevanti o, meglio, tendono ad appiattirsi sulle finalità e sugli interessi di tutela della dignità, del decoro e della capacità professionali, già perseguiti dagli Ordini professionali.

<sup>(49)</sup> G. TRIONI, *Del contratto di agenzia*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, 30 e 33.

<sup>(50)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 119; G. GIUGNI, *Sub art. 39*, cit., 270 ss.; C. BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, cit., 151.

<sup>(51)</sup> L. MENGONI, *L'esercizio dello sciopero in relazione ai mezzadri*, in *Rivista di diritto agrario*, 1968, I, 542 ss.; L. MONTUSCHI, *Osservazioni in tema di legittimità di sciopero mezzadrile*, in *RTDPC*, 1962, 1677 ss.

<sup>(52)</sup> G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 11.

<sup>(53)</sup> G. TRIONI, *Del contratto di agenzia*, cit., 33.

<sup>(54)</sup> *Ibidem*.

<sup>(55)</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 61.

<sup>(56)</sup> C. BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, cit., 152.

<sup>(57)</sup> F. SANTONI, *op. cit.*, 3.

È vero, infatti, che le categorie dei lavoratori autonomi, proprio perché già organizzate in Ordini e Collegi professionali, potrebbero avere scarso interesse ad associarsi sindacalmente, mancando la contrapposta organizzazione rappresentativa dei clienti; peraltro, la tutela delle condizioni di lavoro sarebbe per lo più volta alla fissazione di minimi di tariffa che, nel quadro di rimozione degli ostacoli alla libera concorrenza, subirebbe non poche limitazioni<sup>(58)</sup>.

Seguendo le fila del nostro discorso, e anticipando in parte le conclusioni di questa analisi, potremmo dire che la risposta all'interrogativo se siano applicabili (o meno) al lavoro autonomo le garanzie sindacali costituzionalmente necessitate non è, per usare una metafora, monocolora, ma che le gradazioni cromatiche riflettano l'eterogeneità e la polimorfa natura del lavoro autonomo. Sicché se per il lavoro coordinato e continuativo, *esclusivamente personale*, potrebbe affermarsi una totale copertura delle garanzie costituzionali di cui agli articoli 39 e 40 della Costituzione<sup>(59)</sup>, quelle garanzie vanno a ridursi e a limitarsi all'articolo 39 della Costituzione per i collaboratori coordinati e continuativi, sia pure organizzati in forma imprenditoriale, fino ad "annullarsi" completamente in relazione ai tipici interessi di categoria di cui sono esponenti gli Ordini professionali. Ne consegue che le azioni "sindacali" dei professionisti troveranno generalmente copertura costituzionale nell'ambito dell'articolo 18 della Costituzione, salvo voler considerare l'ipotesi della (co)esistenza di gruppi (distinti dal relativo Ordine), che si facciano portatori di interessi collettivi di natura squisitamente e "genuinamente" sindacale, che a quel punto nulla impedirà di accogliere sotto l'usbergo dell'articolo 39 della Costituzione<sup>(60)</sup>.

## 6. Sciopero e astensioni collettive: conseguenze e responsabilità.

Giunti a questo punto, potremmo, sia pure senza pretesa di completezza, tentare di dipanare un'ulteriore questione che corrisponde alla domanda di quali siano le conseguenze di un'azione di lotta sindacale a seconda della tutela costituzionale che le si riconosca.

È possibile dire, in via di prima approssimazione, che quelle azioni che non rispondano ai requisiti oggettivi e/o soggettivi della nozione comunemente accolta di sciopero (si fa riferimento, rispettivamente, alle pro-

---

<sup>(58)</sup> *Ibidem*.

<sup>(59)</sup> Vedi *infra* § 9.

<sup>(60)</sup> Vedi *infra* § 8.

teste che si svolgono secondo modalità attuative diverse dall'*astensione* dal lavoro – c.d. forme anomale di sciopero – e alle astensioni collettive poste in essere da soggetti a cui non spetta la titolarità di un vero e proprio diritto di sciopero, come è, di regola, per i lavoratori autonomi (*tout court*) non troveranno protezione sotto l'ombrello dell'articolo 40 della Costituzione <sup>(61)</sup>, ma godranno della tutela più limitata che – a seconda della natura sindacale o meno dell'interesse sotteso alla protesta – sarà offerta dall'articolo 39 della Costituzione, ovvero dall'articolo 18 della Costituzione (come per il caso del più volte citato «sciopero degli avvocati»).

Infatti, la libertà sindacale, oltre che come libertà di organizzazione e di azione contrattuale, va intesa come libertà di lotta; «cosicché le azioni di autotutela che non rientrano nel paradigma tipico del diritto di sciopero e nella più ampia protezione a questo accordata trovano protezione all'interno dell'art. 39, 1° comma, risentendo ovviamente dei relativi limiti» <sup>(62)</sup>.

Lo sciopero, in quanto esercizio di un diritto, opera quale scriminante, esimendo, per così dire, il lavoratore, sul piano civilistico, dalla responsabilità per inadempimento e/o disciplinare che può derivare dalla mancata prestazione di lavoro. Mentre, in «difetto di una norma specifica che autorizzi, nel caso, il venir meno della normale corrispondenza tra le due fondamentali prestazioni legate da un nesso di corrispettività» <sup>(63)</sup>, sospende entrambe le obbligazioni e, quindi, anche il diritto alla retribuzione.

Diversamente, l'esercizio di una protesta protetta più debolmente dall'articolo 39 della Costituzione (il discorso potrebbe porsi analogamente per le proteste coperte dall'articolo 18 della Costituzione) non esclude che possa configurarsi una responsabilità contrattuale nei confronti dell'altra parte del rapporto.

Infatti, sul piano delle obbligazioni civili, il sistema dell'immunità predisposto dal diritto di sciopero è più profondo di quello offerto dalla libertà di astensione dal lavoro: se l'esercizio del diritto di sciopero, in senso stretto, genera la sospensione delle rispettive principali obbligazioni del rapporto di lavoro, non costituendo, perciò, inadempimento;

<sup>(61)</sup> Cfr. Cass. 28 marzo 1986, n. 2214, in *FI*, 1986, I, 900, secondo cui «lo sciopero, anche se attuabile con diversa incidenza nel tempo e nello spazio (per settori, ad intermittenza o con durata minima, purché apprezzabile nell'economia del rapporto: Cass. 4260-84), non può dunque consistere in alcun comportamento che sia nell'ambito del rapporto diverso dall'inattività».

<sup>(62)</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 58.

<sup>(63)</sup> G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, cit., 202.

l'astensione degli autonomi, invece, anche se attuata nel rispetto delle regole che determinano il contemperamento nei confronti dei diritti di terzi, «espone i protagonisti alle responsabilità derivanti dal fascio di obbligazioni civili rimaste inadempite»<sup>(64)</sup>. Nulla toglie, ad esempio, che il professionista che si astenga dalle udienze, perché in sciopero, debba rispondere nei confronti del cliente per il danno a questi procurato dalla mancata e "volontaria" astensione, salva l'ipotesi in cui tale astensione sia preventivamente concordata con il cliente<sup>(65)</sup>. Se, infatti, deve escludersi una responsabilità per inadempimento quando il cliente abbia approvato l'astensione, alla medesima conclusione non può pervenirsi quando il consenso sia mancato, non potendo configurarsi un obbligo del prestatore d'opera, né di aderire<sup>(66)</sup> alla protesta proclamata dall'Ordine, o dagli altri organismi, né un'immunità derivante da una mera posizione di libertà che, in quanto tale, non opera nei rapporti interprivati<sup>(67)</sup>.

Così pure, per citare un altro esempio, nel caso di una protesta effettuata da un lavoratore autonomo che assuma pure la veste di datore di lavoro, questi non andrà esente da responsabilità nei confronti dei propri collaboratori, rispetto ai quali potrà versare nello stato di *mora credendi*.

Il quadro si fa più complesso e articolato quando il conflitto sindacale si innesta nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, dovendosi in tal caso fare i conti con le regole e, quindi, con le conseguenze sanzionatorie previste, per l'inosservanza di quei precetti, dalla legge n. 146/1990: in via di prima approssimazione potrebbe affermarsi che il principio generale, in virtù del quale l'esercizio del diritto di sciopero attribuisce al lavoratore un'immunità, può valere nella misura in cui siano rispettate le regole prescritte dalla legge stessa, residuando, altrimenti, per i lavoratori (e non solo per loro) spazio per sanzioni amministrative, civili, disciplinari, con esclusione in ogni caso della sanzione penale<sup>(68)</sup>.

Segnatamente, con l'avvento della legge n. 146/1990, il legislatore ha espressamente previsto, all'articolo 11, l'abrogazione degli articoli 330

---

<sup>(64)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto*, cit., 25. Così pure M.T. CARINCI, *Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*, in S. MAINARDI, A. CARINCI (a cura di), *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, in *QADL*, 2008, 138; L. MENGHINI, *op. cit.*, 101.

<sup>(65)</sup> B. CARUSO, G. NICOSIA, *Il conflitto collettivo post industriale*, cit., 26.

<sup>(66)</sup> F. SANTONI, *op. cit.*, 1999, 10.

<sup>(67)</sup> *Ibidem*.

<sup>(68)</sup> M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *EGT*, 2008, vol. XXVIII, 5.



e 333 del codice penale (intitolati, rispettivamente, *Abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavori* e *Abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro*) e ha predisposto un apparato sanzionatorio che si fonda esclusivamente su sanzioni di natura civile e amministrativa. L'impianto sanzionatorio delineato nella legge n. 146/1990 si articola in una serie di previsioni che concernono tutti i destinatari dei relativi precetti: sia i lavoratori dipendenti e le loro organizzazioni; sia i lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori e le loro associazioni od organismi rappresentativi; sia i dirigenti delle amministrazioni e i legali rappresentanti delle imprese erogatrici dei servizi essenziali. La prevalente dottrina ha interpretato l'abrogazione delle fattispecie di reato citate e la previsione contestuale di sole sanzioni civili e amministrative come la precisa volontà del legislatore di escludere la sanzione penale<sup>(69)</sup>.

Vero è che alla esplicita abrogazione degli articoli 330 e 333 del codice penale è sopravvissuto l'articolo 340 del codice penale (rubricato *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità*), il quale testualmente prevede che «fuori dai casi preveduti da particolari disposizioni di legge, chiunque cagiona un'interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità è punito con la reclusione fino a un anno».

La norma ha carattere sussidiario in quanto, come risulta espressamente dalla clausola di riserva, può applicarsi solo «fuori dai casi preveduti da particolari disposizioni di legge».

A riguardo si condivide l'opinione di chi ritiene che «particolari disposizioni» siano proprio le norme contenute nella legge n. 146/1990 che, all'esercizio illegittimo del diritto di sciopero (articolo 2), ovvero dell'astensione collettiva delle prestazioni, ai fini di protesta o di rivendicazione di categoria, da parte di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori (articolo 2-bis), riconnettono sanzioni civili e amministrative, con esclusione, appunto, della sanzione penale<sup>(70)</sup>.

<sup>(69)</sup> *Ibidem*; A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, vol. I, in A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, 294; P. PASCUCI, *Le violazioni della legge n. 146/1990 e il delitto di interruzione di servizio pubblico ex art. 340 cod. pen.*, in *RGL*, 2007, II, 81 ss.; M.R. IORIO, *Interruzione di servizio pubblico essenziale e libertà costituzionalmente garantite di riunione e manifestazione del pensiero*, in *q. Rivista*, 2008, 157.

<sup>(70)</sup> P. PASCUCI, *Le violazioni della legge n. 146/1990*, cit., 85. *Contra* M.T. CARINCI, *Attività professionali, rappresentanza collettiva, strumenti di autotutela*, cit., 139 ss.

Ne discende che la fattispecie di cui all'articolo 340 del codice penale non sarà applicabile ogniqualvolta l'interruzione del pubblico servizio si inserisca in un conflitto collettivo regolato dalla legge n. 146/1990, perché diversamente opinando si reintrodurrebbe surrettiziamente la sanzione penale volutamente esclusa dal legislatore <sup>(71)</sup>.

Sostenere, tuttavia, l'inapplicabilità dell'articolo 340 del codice penale – in forza della clausola di riserva in esso contenuta – in tutte le ipotesi di astensione dal lavoro disciplinate dalla legge n. 146/1990 non significa escludere che possano residuare ambiti di responsabilità penale laddove vengano integrate autonome fattispecie delittuose <sup>(72)</sup>. Così il comportamento degli scioperanti può essere assoggettato al diritto penale comune ogni qual volta integri gli estremi di autonome fattispecie criminose (si è sostenuto, ad esempio, che nell'ambito di uno sciopero realizzato nel servizio sanitario non è esclusa l'incriminazione dei responsabili per omicidio se ne deriva la morte di un paziente); né può escludersi la perseguibilità penale a fronte di condotte diverse o aggiuntive rispetto alla condotta omissiva dell'astensione collettiva: si pensi ad episodi di violenza o di minaccia autonomamente punibili <sup>(73)</sup>.

## **7. La disparità contrattuale: un elemento presupposto al diritto di sciopero ex articolo 40 della Costituzione.**

Che gli articoli 39 e 40 della Costituzione fossero riferibili al lavoro sottoprotetto, in generale, era già stato affermato diversi decenni fa <sup>(74)</sup>, quando, in piena epoca fordista, funzionavano ancora le grandi dicotomie del diritto del lavoro e, quando, la tendenziale esclusività della fat-

---

<sup>(71)</sup> Cfr. Cass. pen. 20 febbraio 2003, n. 17906, in *MGL*, 2004, 196, che esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 340 c.p. ogniqualvolta l'interruzione si inserisca nell'ambito della conflittualità sindacale, ritenendo, invece, che «anche dopo l'abrogazione della fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 333 c.p. (abbandono individuale di pubblico ufficio, servizio o lavoro) attuata con l. 12 giugno 1990 n. 146, il delitto di interruzione di pubblico ufficio o servizio, previsto dall'art. 340 c.p., può essere commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio che realizzi condotte che individualmente interrompano o comunque turbino il pubblico servizio dallo stesso espletato, in quanto la suddetta depenalizzazione è stata disposta nell'intento di dare un nuovo regolamento alle sole forme di sciopero collettivo nel pubblico servizio».

<sup>(72)</sup> A. VALLEBONA, *Il diritto sindacale*, cit., 294.

<sup>(73)</sup> *Ibidem*.

<sup>(74)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 61; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, cit., 119.

tispecie del lavoro subordinato era in grado di assorbire buona parte dell'area del lavoro sottoprotetto.

*A fortiori* tale affermazione può dirsi confermata nell'attuale scenario socio-economico che, in connessione a un mutato sistema di organizzazione del lavoro, fa emergere il dato inconfutabile della diffusione di forme di lavoro formalmente autonomo, ma connotate da dipendenza economica.

L'argomentazione più ricorrente che viene utilizzata dai giuslavoristi, per confutare e dimostrare la debolezza della tesi che riconosce la titolarità del diritto di sciopero, non solo in capo ai lavoratori subordinati, ma anche ai lavoratori parasubordinati, è quella di sottolineare come molte volte, in una medesima categoria, situazioni di debolezza convivano con situazioni di "forza" contrattuale, il che renderebbe difficilmente distinguibile, la posizione di sottoprotezione – da cui potrebbe scaturire l'attribuzione del diritto di sciopero – da quella che tale non sia <sup>(75)</sup>. E, a riguardo, si è soliti riportare l'esempio degli agenti di commercio, categoria tanto ampia da vedere convivere al proprio interno posizioni diversificate: dall'agente-imprenditore all'agente monomandatario la cui posizione economica, contrattuale e sociale non è *independente* dal committente.

La verità è che l'esame della titolarità del diritto di sciopero in capo ai lavoratori non subordinati deve considerarsi in qualche misura sganciato dall'accertamento dell'appartenenza a questa o a quella categoria professionale, ovvero dalla qualificazione formale del rapporto di lavoro.

In altre parole, il diritto di sciopero potrà configurarsi, tanto in relazione a un'attività autonoma personale resa nell'ambito di rapporti – come quelli di agenzia e rappresentanza – che costituiscono l'archetipo delle collaborazioni coordinate e continuative, quanto nell'ambito di attività "tipicamente" autonome – come le professioni intellettuali, per le quali sia richiesta l'iscrizione in appositi albi (non a caso escluse dal campo di applicazione degli articoli 61-69, decreto legislativo n. 276/2003) – quando esse vengano rese in regime di dipendenza economica.

Sicché, non potendosi pretendere di risolvere la questione della titolarità del diritto di sciopero ragionando per categorie generali o precostituite, occorre, piuttosto, stabilire quali siano i criteri obiettivi di inclusione

---

<sup>(75)</sup> L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali*, cit., 2001, 101. *Contra* G. TRIONI, *Del contratto di agenzia*, cit., 34, secondo cui – giustamente – «il fatto che l'agente possa essere imprenditore non basta a privare chi imprenditore non sia di un diritto costituzionalmente garantito».

nella cerchia dei beneficiari della garanzia di cui all'articolo 40 della Costituzione <sup>(76)</sup>.

Per rappresentare con un esempio quanto stiamo cercando di affermare, potremmo ricollegarci a quanto si è detto prima a proposito (dello "sciopero") degli avvocati, categoria che comunemente rappresenta l'archetipo del lavoro autonomo *tout court*. Ebbene, non può sottacersi che anche nell'ambito di questa categoria si stia assistendo a una mutazione profonda delle modalità organizzative con cui la professione viene esercitata: si fa riferimento alla sempre più ricorrente realtà di grandi studi professionali – talvolta sedi locali di *law firms* internazionali – nei quali operano, secondo un modello organizzativo "verticistico", numerosi professionisti, che, pur nella tendenziale autonomia nella gestione del singolo "affare" o "caso", non instaurano una relazione contrattuale con il cliente che sarà pur sempre il cliente dello studio. È facilmente osservabile che l'inserimento del professionista in macro-strutture può far vacillare quei tratti di indipendenza e di libera professionalità, che tradizionalmente connotano l'attività dell'avvocato. Ne consegue che l'attività del professionista potrebbe caratterizzarsi da una sostanziale alienità, sia dei mezzi utilizzati per rendere la prestazione, sia del risultato dell'attività, che sarà riferibile non al professionista ma alla struttura complessivamente intesa. Orbene, il dilagare di tale modello organizzativo, dalle caratteristiche di una *law firm*, legittima l'interrogativo se ciò non possa produrre una naturale tendenza dei professionisti, che svolgono l'attività secondo tali modalità, a salvaguardare la propria posizione «e ciò in primo luogo, attraverso il ricorso alla più efficace forma di pressione posta a loro disposizione: l'astensione concertata dalle prestazioni che consentono il conseguimento dell'utile economico da parte del datore di lavoro» <sup>(77)</sup>.

L'esempio vale a dimostrare come anche all'interno di categorie tradizionalmente appartenenti al lavoro autonomo *strictu sensu*, che, in quanto tale, non è ritenuto bisognoso di una tutela inderogabile ed eteronoma, possano distinguersi nuclei di professionisti la cui attività sia caratterizzata da dipendenza economica e i cui interessi ben potrebbero trovare un punto di aggregazione collettiva in organizzazioni che, a quel punto, nulla impedirebbe di qualificare come sindacali: esse, infatti, sarebbero rappresentative di interessi diversi da quelli di natura "corporativa" di cui l'Ordine professionale di appartenenza è ente esponenziale per eccellenza.

---

<sup>(76)</sup> *Infra* § 9.

<sup>(77)</sup> E. GIANFRANCESCO, *Lo sciopero degli avvocati*, cit., 37.

Non è un caso che in molti progetti di riforma, di matrice sia dottrinale sia legislativa <sup>(78)</sup>, la dipendenza economica assurge a criterio selettivo “meta tipologico” <sup>(79)</sup> utilizzabile al fine di «orientare l’attribuzione di tutele alle diverse fattispecie astrattamente rientranti in un’area di continenza sovra tipica» <sup>(80)</sup>.

#### **8. L’articolo 40 della Costituzione e il nesso sistematico con l’articolo 3 della Costituzione, comma 2: il fondamento normativo del diritto di sciopero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti.**

Si è detto che la titolarità del diritto di sciopero in capo ai lavoratori autonomi presuppone lo stato di sottoprotezione e, dunque, la posizione di debolezza economico-contrattuale che è preconditione per il suo riconoscimento. Vi è chi, sul presupposto che il lavoro è tutelato dalla Costituzione in tutte le sue forme dall’articolo 35, individua direttamente nell’articolo 2113 del codice civile il fondamento normativo per l’estensione del diritto di sciopero in capo ai lavoratori parasubordinati, come se il legislatore avesse già valutato la posizione dei lavoratori parasubordinati quale tipica posizione di sottoprotezione sociale, assimilandola a quella dei lavoratori subordinati <sup>(81)</sup>. In particolare, essendosi disposta con la novella dell’articolo 2113 del codice civile, introdotta con l’articolo 6 della legge n. 533/1973, l’invalidità delle rinunce e delle transazioni dei lavoratori parasubordinati aventi a oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili della legge o da accordi economici collettivi, ne conseguirebbe che i lavoratori potrebbero esercitare il diritto di sciopero proprio per favorire la conclusione di tali accordi <sup>(82)</sup>. Lasciando da parte la questione se possa ravvisarsi direttamente nell’articolo 2113 del codice civile il fondamento normativo per l’estensione della tutela del diritto di sciopero al lavoro parasubordinato, o se, piuttosto, l’efficacia di tale norma (e di quella dell’articolo 409 del codice di procedura civile) non debba essere mantenuta entro limiti più ristretti <sup>(83)</sup>, è senz’altro vero che il legislatore nella fattispecie delle

<sup>(78)</sup> Si vedano le note 6, 7, 95.

<sup>(79)</sup> A. PERULLI, *Lavoro autonomo*, cit., 224.

<sup>(80)</sup> *Ibidem*.

<sup>(81)</sup> M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, cit., 185.

<sup>(82)</sup> *Ibidem*.

<sup>(83)</sup> Cfr. Cass. 18 febbraio 1997, n. 1459, in *GC*, 1997, I, 2491, secondo cui «come questa Corte ha in precedenza affermato in caso analogo (sentenza n. 2426 del 1995)

collaborazioni coordinate e continuative ha individuato una tipica posizione di debolezza contrattuale e ciò «a prescindere dai casi particolari che non incidono su quella tipicità»<sup>(84)</sup>. Infatti, a ben riflettere, la ragione dell'emersione (anche) normativa delle collaborazioni coordinate e continuative è ravvisabile proprio nell'esigenza di assegnare a tale fattispecie un nucleo di disciplina protettiva<sup>(85)</sup>, rispetto al lavoro autonomo *tout court*, in ragione della debolezza economica e contrattuale che può annidarsi nei tratti di una prestazione resa in forma (prevalentemente) personale, continuativa e sotto il coordinamento del committente. Né può ritenersi decisiva l'obiezione, già segnalata, per cui la collaborazione coordinata e continuativa non sempre è espressiva di una condizione di "debolezza" perché, a quel punto, lo stesso dovrebbe dirsi del lavoro subordinato il cui statuto protettivo si applica, potremmo dire in maniera pressoché indifferenziata, dall'operaio al *top manager*. Per cui «se la dipendenza sostanziale – secondo quanto apprendiamo dalla scienza economica – è la posizione in cui tipicamente viene a trovarsi chi intrattiene un unico rapporto di lavoro con un committente, traendone l'intero proprio reddito, o la sua parte preponderante, [...] ne deve conseguire allora come la posizione del collaboratore continuativo autonomo "monomandatario" non si differenzi per nulla da quella del lavoratore subordinato: se una tutela inderogabile si considera eccessiva per questa categoria, essa dovrebbe, secondo logica, essere considerata eccessiva anche per la generalità dei lavoratori subordinati; se invece la si ritiene necessaria in linea generale, non v'è alcun valido motivo per escluderne i collaboratori continuativi»<sup>(86)</sup>. Si tratta, come è evidente, di riflessioni tratte da quel più ampio dibattito sul "futuro" del diritto del lavoro (e sulla redistribuzione delle tutele finora riservate al lavoro subordinato), che qui vengono "estemporaneamente" riprese in funzione dell'analisi che si sta compiendo. E, a tale

---

la categoria della parasubordinazione è rilevante in via generale ai fini processuali, e non ai fini sostanziali». Si veda pure, Cass. 19 marzo 1986, n. 1914, in *MGL*, 1986, 364, che nell'escludere la tutela di cui all'art. 28 Stat. lav. a favore di un'associazione sindacale di lavoratori autonomi afferma il principio secondo cui «la *ratio* dello Statuto dei lavoratori – il quale direttamente si occupa solo dei prestatori d'opera subordinati – non si estende fino a ricomprendere tra i destinatari della tutela a questi e alle loro associazioni accordata dall'art. 28, oltre ai lavoratori parasubordinati ed ai relativi sindacati, anche le associazioni di lavoratori autonomi che possano solo in parte, ancorché in larga misura, assumere posizione di parasubordinazione». *Contra* Cass. n. 20197/2005, cit.

<sup>(84)</sup> M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, cit., 184.

<sup>(85)</sup> M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, cit., 31.

<sup>(86)</sup> P. ICHINO, *L'anima laburista della legge Biagi*, cit., 133 ss.

riguardo, non può sottacersi che è proprio l'assenza di una specifica regolazione legislativa dei diritti sindacali costituzionalmente necessitati a rendere, in un certo qual modo, più "facile" il compito dell'interprete. Quest'ultimo, infatti, potrà ricavare l'attribuzione dei diritti sindacali a favore dei lavoratori autonomi, o di una parte di essi, direttamente dalle norme costituzionali <sup>(87)</sup>; e non già, in ipotesi, dall'applicazione analogica di una disciplina che il legislatore riservasse alla categoria dei lavoratori subordinati: operazione, questa, che potrebbe risultare più scivolosa, esponendosi al rischio di collidere con la discrezionalità, riservata al legislatore, di modulare le tutele in relazione alle differenti forme di lavoro.

**9. I limiti co-essenziali al diritto di sciopero dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti: 1) il carattere della prestazione esclusivamente personale; 2) la monocommittenza o committenza ristretta.**

La mancata definizione dello sciopero nell'articolo 40 della Costituzione, con l'implicito rinvio all'esperienza sindacale, e il nesso sistematico con l'uguaglianza sostanziale proclamata nell'articolo 3 della Costituzione, comma 2, consentono di affermare, *prima facie*, che il diritto di sciopero spetta ai lavoratori subordinati, così come ai lavoratori autonomi la cui attività presenti forti assonanze con il lavoro subordinato e che siano «organizzati sindacalmente onde potersi riscattare dallo stato di debolezza in cui pure versano nei confronti di propri committenti» <sup>(88)</sup>.

Il riconoscimento di un vero e proprio diritto di sciopero in capo ai lavoratori parasubordinati, a cui pure spetta la garanzia costituzionale cristallizzata nell'articolo 39 della Costituzione, comma 1, è, tuttavia, puntellato di ulteriori requisiti – rispetto a quelli direttamente ricavabili dalla fattispecie base delle collaborazioni coordinate e continuative, costituita dall'articolo 409 del codice di procedura civile <sup>(89)</sup> – che sono imposti dal concetto stesso di sciopero. Infatti, se si vuole evitare che il riconoscimento del diritto, *ex* articolo 40 della Costituzione, in capo ai

<sup>(87)</sup> Si veda nota 45.

<sup>(88)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1994, 354; G. SANTORO PASSARELLI, *Il lavoro parasubordinato*, cit., 122; sul collegamento tra i diritti sociali contemplati nella carta costituzionale e l'uguaglianza sostanziale si veda L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, 8.

<sup>(89)</sup> Cfr. M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, cit., 29.

lavoratori parasubordinati, possa vanificarsi all'atto dell'applicazione concreta – per l'assenza degli elementi, per così dire, “costitutivi” dello sciopero, secondo il significato che se ne ricava dalla prassi delle relazioni sindacali <sup>(90)</sup> – è necessario individuare quali siano gli ulteriori limiti co-essenziali allo sciopero dei lavoratori autonomi coordinati e continuativi.

Una “sfrondata” dell'area del lavoro autonomo coordinato e continuativo, affinché essa sia protetta dall'ombrello dell'articolo 40 della Costituzione, si rende, dunque, necessaria. Prima tra tutte vi è la condizione che la prestazione del collaboratore sia resa in via *esclusivamente* personale e non *prevalentemente* personale: e ciò, non perché si è certi che la debolezza contrattuale o la disparità contrattuale non possa essere concepibile anche in relazione a un collaboratore che a sua volta si avvalga, sia pure in maniera suvalente, di forza lavoro <sup>(91)</sup>, ma perché si incorrerebbe in un insormontabile limite in virtù del quale non può configurarsi uno sciopero laddove è automaticamente configurabile una serrata <sup>(92)</sup>.

È pur vero che, secondo un dato di comune esperienza, la forma più diffusa delle collaborazioni coordinate e continuative – cioè quelle che, sulla base della previsione di cui agli articoli 61-69, decreto legislativo n. 276/2003, devono essere ricondotte a un progetto – sono esclusivamente personali ma, a rigore, tale elemento non è tipizzante della fattispecie la quale ripropone i medesimi requisiti indicati nell'articolo 409,

---

<sup>(90)</sup> Pur risultando largamente condivisibile l'orientamento secondo cui il significato di sciopero, fatto proprio dall'art. 40 Cost., coincide con il significato comune accreditato nel sociale, il rinvio al significato comune non può che essere inteso in senso “oggettivo” (F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, cit., 245): sicché è sciopero solo quello consolidato come tale nel sentire della prassi sindacale e non anche qualunque forma di protesta che non sia riconducibile, sia pure nel senso più ampio possibile, «ad un'astensione collettiva dal lavoro disposta da una pluralità di lavoratori per il raggiungimento di un fine comune» (Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *RGL*, 1980, II, 11).

<sup>(91)</sup> Sull'interpretazione del carattere “prevalentemente personale” della prestazione cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente attraverso il lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2004, I, 550.

<sup>(92)</sup> *Contra* L. NOGLER, *Le proteste collettive*, cit., 102, che pur restando scettico dinanzi alla configurabilità del diritto di sciopero a favore di una parte di lavoratori autonomi, ritiene che «nell'eventualità resti dominante l'orientamento che è propenso a riconoscere la titolarità del diritto di sciopero anche ad una parte di lavoratori autonomi, deve comunque restar fermo che nei confronti di eventuali dipendenti il comportamento astensionistico rimane comunque una serrata [...]. Infatti, l'ordinamento può senz'altro contemplare qualificazioni differenziate di un medesimo fatto, o comportamento empirico, in connessione alle sue sfere giuridiche di rilevanza».



n. 3, del codice di procedura civile (e, quindi, anche quello del “prevalentemente personale”) <sup>(93)</sup>.

Un altro indice della condizione di debolezza contrattuale, dalla cui verifica non si dovrebbe prescindere, ai fini della titolarità del diritto di sciopero in capo al lavoratore autonomo “parasubordinato”, è rappresentato dalla circostanza che il suo reddito dipenda, per un certo periodo di tempo, in via esclusiva o prevalente, da una singola relazione professionale.

Infatti, è proprio (ed anche) dalla relazione di monocommittenza, o committenza ristretta, che può inferirsi quello stato di sottoprotezione socio-economica del prestatore di lavoro – che è preconditione del diritto di sciopero. Segnatamente, dall’esclusività, o quasi esclusività, del rapporto contrattuale consegue «normalmente un maggior rischio derivante per il prestatore dalle sopravvenienze negative del rapporto, un adattamento del suo capitale umano alle esigenze specifiche del committente che lo rende meno utilizzabile nei rapporti con eventuali altri committenti (dove una dispersione di professionalità e perdita di reddito a ogni cambiamento di azienda), una minore frequentazione e conoscenza del mercato da parte del prestatore rispetto al committente che nel mercato stesso opera con frequenza molto maggiore, disponendo quindi di una quantità assai maggiore di alternative (dove un fattore aggiuntivo di squilibrio di potere contrattuale)» <sup>(94)</sup>.

Non è un caso che la monocommittenza, ovvero la tendenziale esclusività del vincolo contrattuale tra lavoratore autonomo e impresa committente, è assurda, come dimostrato dalle scelte operate in alcuni ordinamenti europei, a indice paradigmatico della dipendenza economica, divenendo il principale criterio selettivo per l’estensione, anche al lavoro autonomo, di determinate tutele proprie del lavoro dipendente <sup>(95)</sup>. An-

<sup>(93)</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Prestazione d’opera e parasubordinazione*, in *RIDL*, 1984, I, 525, il quale, già con riferimento alle fattispecie visualizzate nell’art. 409 c.p.c., metteva in luce come l’elemento della prevalente personalità non fosse così perspicuo («la legge deve con tutta evidenza intendersi come se dicesse “prestazione effettuata con lavoro esclusivamente o almeno prevalentemente proprio”. Su questo corollario o pre-disposto logico va insistito per evitare una sottovalutazione collaterale della evidente circostanza che l’art. 409 n. 3 ha in mente *in primis* ciò che sottace (il lavoro autonomo del singolo senza organizzazione) essendo questo per implicito contenuto in ciò che dice (il lavoro in prevalenza personale)»).

<sup>(94)</sup> P. ICHINO, *L’anima laburista della legge Biagi*, cit., 133.

<sup>(95)</sup> Nella legge spagnola dell’11 luglio 2007, n. 20, che ha approvato l’*Estatuto del trabajo autónomo*, viene disciplinato al *Capítulo III* (artt. 11-18) il lavoro economicamente dipendente. La dipendenza economica si fonda essenzialmente sul requisito della monocommittenza (è economicamente dipendente il lavoratore autonomo che

che nella nostra esperienza normativa, il requisito dell'esclusività del rapporto con un unico committente, pur non costituendo un requisito tipizzante della fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative – né di quelle individuate dall'articolo 409, n. 3, codice di procedura civile, né di quelle che, ai sensi dell'articolo 61, decreto legislativo n. 276/2003, devono essere ricondotte a uno o più progetti, programma di lavoro o fase di esso – è stato eletto a criterio selettivo ai fini dell'attribuzione di una specifica tutela: si veda la legge n. 2/2009 che ha previsto, a favore dei collaboratori a progetto (*ex* articolo 61, decreto legislativo 276/2003), la corresponsione di un'indennità *una tantum*, in caso di cessazione del rapporto, ove ricorra (tra le altre) la condizione di monocommittenza<sup>(96)</sup>.

Se, dunque, non c'è ragione di escludere, nei limiti sopra detti, la titolarità del diritto di sciopero in capo ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti<sup>(97)</sup>, sono tutti da risolvere gli interrogativi che affiorano non appena ci si chieda se vi sia già una diffusa coscienza collettiva dei lavoratori approdati – non sempre a seguito di una libera scelta – nell'ampio regno del lavoro autonomo economicamente dipendente o, più semplicemente, se le ragioni (in parte immaginabili) per le quale tale coscienza stenti a manifestarsi possano conoscere nel tempo una qualche evoluzione.

---

percepisce almeno il 75% del suo reddito da un unico committente e che, tra l'altro, non abbia lavoratori subordinati a proprio carico, né si avvalga di terzi per lo svolgimento della sua attività).

Nell'ordinamento francese, invece, l'assimilazione legale al lavoro subordinato di talune prestazioni lavorative autonome è condizionata al fatto che il soggetto, qualunque attività svolga, risulti collegato a una sola impresa fornitrice da un vincolo di esclusività. Si rimanda alle analisi comparate svolte da A. PERULLI, *Lavoro autonomo*, cit., 232 ss.

<sup>(96)</sup> Art. 19, comma 2, lett. a, l. 28 gennaio 2009, n. 2.

<sup>(97)</sup> Il diritto di sciopero è espressamente previsto in alcuni degli accordi stipulati dalle organizzazioni sindacali che si sono create in seno alle grandi Confederazioni proprio al fine di dare voce e rappresentanza ai lavoratori atipici e parasubordinati. Sul punto si rimanda all'analisi condotta da S. FERRARIO, *Rappresentanza, organizzazione e azione sindacale di tutela del lavoro autonomo caratterizzato da debolezza contrattuale ed economica*, in *RGL*, 2009, I, 55. Cfr. T. VETTOR, *Le ricerche empiriche sul lavoro autonomo coordinato e continuativo e le nuove strutture di rappresentanza sindacale Nidil, Alai, Cpo*, in *LD*, 1999, 619 ss. È pure emblematico che nel progetto della Carta dei diritti dei lavoratori e delle lavoratrici, già citato, nel nucleo di tutela predisposto per il lavoro economicamente dipendente, sia contemplato proprio il diritto di sciopero.

**Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione – Riassunto.** *L'A. si propone di indagare se, e in quale misura, le garanzie costituzionali di cui agli artt. 39 e 40 Cost. siano applicabili oltre i confini della subordinazione, muovendo dalla consapevolezza che l'interrogativo sulla redistribuzione delle prerogative sindacali – i cui destinatari, nella prospettiva tradizionale, vengono individuati, generalmente, nei soli lavoratori subordinati – è un riflesso dell'insufficienza del criterio giuridico della subordinazione a svolgere un'efficace funzione selettiva dei rapporti di lavoro meritevoli di tutela. L'A., prendendo le mosse dall'elaborazione giurisprudenziale e dal dato positivo (in particolare dalla l. n. 146/1990) giunge alla considerazione che la risposta all'interrogativo, se siano applicabili o meno le garanzie di cui agli artt. 39 e 40 Cost. al lavoro autonomo, non è, per usare una metafora, monocolora ma che le gradazioni cromatiche riflettano l'eterogenea natura del lavoro autonomo. Sicché se per il lavoro coordinato e continuativo "economicamente dipendente" ed "esclusivamente personale", potrebbe affermarsi una totale copertura delle garanzie costituzionali di cui agli artt. 39 e 40 Cost., quelle garanzie vanno a ridursi e a limitarsi all'art. 39 Cost., per i collaboratori coordinati e continuativi, sia pure organizzati in forma imprenditoriale, fino ad "annullarsi" completamente in relazione ai tipici interessi di categoria di cui sono esponenti gli Ordini professionali. Ne consegue che le azioni "sindacali" dei professionisti troveranno generalmente copertura costituzionale nell'ambito dell'art. 18 Cost., salvo voler considerare l'ipotesi della coesistenza di gruppi (distinti dal relativo Ordine), che si facciano portatori di interessi collettivi di natura squisitamente e "genuinamente" sindacale, che a quel punto nulla impedirà di accogliere sotto l'usbergo dell'art. 39 Cost. L'A. analizza, parallelamente, le ricadute che un'astensione collettiva può generare sul piano dei rapporti contrattuali, e segnatamente le differenti conseguenze (e responsabilità) che possono profilarsi a seconda che l'astensione costituisca esercizio di un diritto ovvero di una libertà.*

**Beyond employment: Freedom of association and the right to strike (Article in Italian) – Summary.** *The aim of this paper is to investigate whether and to what extent safeguards provided by the Italian Constitution in terms of union rights, Articles No. 39 and No. 40 in particular, apply to non-standard employment. The paper also reviews the traditional approach according to which only employees benefit from trade union initiatives, pointing out that the provision of protection for this kind of employment does not justify the exclusion of other employment relations deserving of legal protection. In addition, by examining case law and provisions related to self-employment (Article No. 146/1990, in particular) the paper comes to the conclusion that, due to its complex nature, it is difficult to establish whether the protective measures mentioned above apply also to this type of employment. As a result, while salaried employment and self-employment strictly speaking fall within the scope of Articles No. 39 and No. 40 of the Constitution, "freelance" workers, for instance, are only protected by Article No. 39 in terms of union rights. In order to promote common interests, different levels of protection might be provided also by professional associations. On the basis of these considerations, in the event of union activities carried out by the members of such professional bodies, safeguards will be provided as laid down by Article No. 18 of Constitution, unless coexisting groups not related to such associations promoting collective rights are set up (in this case Article No. 39 ap-*

---

*plies). In conclusion, while analyzing the employment relation, the paper points out the different impact and liabilities resulting from industrial action, be it deemed as a right or a freedom.*

## **Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente**

*Fernando Valdés Dal-Ré, Alberto Valdés Alonso*

*Sommario:* **1.** Le ragioni di uno Statuto del lavoro autonomo. – **2.** Il quadro normativo della LETA. – **2.1.** L'ambito di applicazione. – **2.2.** L'ambito di non applicazione. – **3.** Alcuni tratti caratterizzanti della LETA. – **3.1.** Una norma di base. – **3.2.** Una norma innovatrice. – **3.3.** Una norma caratterizzata da un complesso processo di attuazione. – **4.** Il lavoro autonomo dipendente: considerazioni generali. – **5.** Il concetto di lavoratore autonomo economicamente dipendente nella LETA. – **5.1.** Elementi qualificatori del concetto di TRADE (articolo 11, commi 1 e 3, LETA). – **5.2.** Condizioni per lo svolgimento di un'attività economica e professionale come TRADE (articolo 11, comma 2, LETA). – **5.3.** Il limite del 75 per cento del reddito proveniente da un unico imprenditore. – **5.4.** Periodo di tempo per il computo dei redditi provenienti da un unico imprenditore. – **5.5.** Il limite del 75 per cento e la sua compatibilità con l'articolo 12 della LETA: sovrapposizione di contratti. – **5.6.** Dipendenza economica ed abitudine della prestazione. – **5.7.** La soglia del 75 per cento nei gruppi d'impresa. – **6.** Alcune riflessioni conclusive sulla figura del TRADE.

### **1. Le ragioni di uno Statuto del lavoro autonomo.**

Il 12 ottobre del 2007 – cioè tre mesi dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale spagnola (*BOE*) – è entrata in vigore la legge 11 luglio 2007, n. 20, Statuto del lavoro autonomo (LETA). Con essa, il Governo socialista ha ritenuto di aver onorato, in modo soddisfacente, uno degli impegni che il partito sostenitore in Parlamento aveva inserito nel proprio programma elettorale per le elezioni del marzo 2004. Un impegno che, per altro verso, lo stesso Governo aveva fatto proprio ed inse-

---

\* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università Complutense di Madrid.*

\*\* *Profesor Contratado-Doctor, Centro de Estudios Superiores Felipe II – Università Complutense di Madrid.*

*Traduzione dallo spagnolo a cura di Sonia Fernández Sánchez.*

rito nell'agenda politica dall'inizio della presente legislatura; ciò a partire dalla sessione di investitura, come presidente del Governo, di José Luis Rodríguez Zapatero <sup>(1)</sup>.

A prescindere dalla maggiore o minore importanza che a tale dato possa essere attribuita sotto una prospettiva politica, il mero adempimento di un impegno elettorale non è sufficiente a far comprendere le ragioni che, all'epoca, sono state tenute in conto e sono state valorizzate, da parte dei diversi attori sociali e politici che vi hanno preso parte, come fattori determinanti, per ciascuno in funzione della rispettiva posizione, al fine di adottare, appoggiare o sostenere l'iniziativa legislativa, consistente in un processo di regolamentazione integrata ed integratrice dell'attività professionale di un gruppo sociale così numeroso, eterogeneo, disgregato e privo di coesione sociale (che non sempre significa mancanza di coesione corporativa), come quello composto dai lavoratori autonomi.

Le ragioni, ipotizzate o effettive, di tale iniziativa non sono da ricercare nel lontano territorio della speculazione. Al contrario, non mi pare avventurato riconoscere una particolare rilevanza alle profonde trasformazioni, di ogni tipo, che si sono manifestate nel modo di realizzare un'opera o prestare un servizio in regime di autonomia. Trasformazioni che, in larga prevalenza, non fanno altro che tradurre le formidabili mutazioni che si sono registrate in ambito sociale, organizzativo, tecnologico o economico nel quale viene eseguita un'opera o prestato un servizio.

Molto probabilmente, una esatta comprensione del rapporto tra i mutamenti registratisi nel lavoro autonomo e la scelta di adottare un nuovo quadro normativo di tale lavoro richiede, preliminarmente, alcune considerazioni di carattere generale in relazione al trattamento normativo, da parte degli ordinamenti che tradizionalmente sono intervenuti nel mercato del lavoro per disciplinare, per via legislativa, l'attività lavorativa.

In tal senso, è ampiamente noto che, in seguito alla conversione del lavoro per conto altrui e dipendente nella forma socialmente tipica di prestazione all'interno del sistema di produzione capitalistica, lo Stato ha deciso di intervenire nel mercato del lavoro. Inizialmente, ha disciplinato, in modo asistemico, alcune condizioni della relazione giuridica obbligatoria mediante la quale si articola il lavoro prestato in regime di alienità e di dipendenza, per giungere a costruire uno specifico settore dell'ordinamento giuridico, obiettivamente delimitato in riferimento al-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. § 6, comma 2, dell'*Esposizioni dei motivi* della LETA.

le note caratteristiche che si incontrano in questa singolare forma di lavoro. Tale storica opzione politica, e la sua conseguente traduzione giuridica, risulterà decisiva prima di tutto per l'emergenza e, più tardi, per il consolidamento dei due grandi modelli di intervento statale, in relazione al segmento del traffico giuridico che riguarda le obbligazioni di prestare lavoro in dipendenza di atti dell'autonomia della volontà. Due modelli che non soltanto possono essere rappresentati quali modelli teorici ideal-tipici ma, anche e soprattutto, quali modelli analitici idonei a spiegare la realtà in un determinato momento storico ed in un concreto ordinamento positivo.

Il primo è un modello di intervento forte, destinato a regolamentare il lavoro volontario, retribuito, dipendente e per conto altrui. Tale modello è costruito mediante un insieme ordinato e sistematico di regole giuridiche, per la maggior parte inderogabili in pregiudizio del lavoratore e per lui indisponibili, in quanto il lavoratore stesso è considerato parte debole del contratto nominato che disciplina tale modalità lavorativa. Per il resto, l'origine di queste regole giuridiche travalica l'ambito statale e fa la sua apparizione, sino a consolidarsi, in un secondo ordinamento normativo costituito da regole provenienti dall'autonomia dei gruppi organizzati di lavoratori ed imprenditori (o dell'imprenditore, in quanto titolare della organizzazione produttiva).

Il secondo è un modello di intervento debole, il suo oggetto è costituito dal lavoro che viene prestato in regime di autonomia funzionale ed in conto proprio, esso è regolato dai principi che reggono l'autonomia della volontà, segnatamente per l'attribuzione di una piena funzione normativa al negozio giuridico che le parti convengono di stipulare, autonomia limitata esclusivamente dalle clausole generali di tutela della contrattazione (abuso del diritto e frode della legge) e dalle norme giuridiche eccezionalmente dotate di carattere imperativo o di ordine pubblico. In definitiva, questo secondo modello, che riconosce quale prima e principale fonte della obbligazione la volontà dei soggetti contrattanti, risponde ai canoni più classici ed ortodossi della regolamentazione del traffico giuridico interpretato, impiantati dal diritto codificato ed espressione dei grandi principi giuridici della rivoluzione sociale che si è affermata ed ha trionfato a cavallo tra il diciottesimo ed il diciannovesimo secolo.

Ciascuno di questi due grandi modelli comporta una costellazione di conseguenze, apprezzabili nel doppio piano della costruzione giuridica e della applicazione pratica. Non è il caso, in questo momento, di soffermarsi su tale formidabile cumulo di conseguenze, è sufficiente, per quanto qui interessa, soffermarsi su quella di esse che riguarda, in con-

creto, la conformazione dei rispettivi sistemi giuridici attraverso i quali vengono incanalati tali modelli di intervento.

In particolare, nel modello di intervento forte, nel quale abbondano norme giuridiche imperative ed indisponibili, l'ordinamento risponde, tendenzialmente, al principio di unità. Le norme statali stabiliscono un insieme di condizioni del lavoro che, per il fatto di essere inderogabili, assicurano uno zoccolo di diritti e di obblighi uguali per tutti, zoccolo di condizioni che, più tardi, ad opera della contrattazione collettiva, può essere migliorato, integrato o completato. Tuttavia, anche all'interno di queste ultime ipotesi, uno zoccolo di diritti uniforme persiste, e la sua osservanza è garantita mediante la sanzione di nullità delle clausole difformi contenute nei patti individuali e con la sostituzione automatica delle norme imperative che risultino applicabili. In definitiva, il sistema giuslavoristico, per effetto di successive modificazioni, una volta compiuta l'opera di dotare il rapporto di lavoro di una obbiettiva sostantività, ha definito un modello standard del contratto di lavoro; in altri termini: ha disciplinato la struttura del rapporto di lavoro (soggetti, forma, luogo, contenuto e tutela) che aspira ad ergersi, con successo, a *dominus* normativo del lavoro subordinato.

Le strutture giuridiche fondamentali dell'altro modello sono assai diverse. L'inesistenza di un unico contratto che definisca il lavoro in conto proprio o autonomo o, per dirlo in forma positiva, l'esistenza di una gran varietà di negozi giuridici, alcuni nominati ed altri innominati, in grado di disciplinare, nel traffico economico, i rapporti giuridici da cui nasce l'obbligazione di realizzare un'opera o di fornire un servizio con modalità personali e dirette, costituisce uno dei fattori determinanti per la costruzione di un sistema giuridico che risponde al principio di diversità normativa. Oltre a ciò, la prevalenza attribuita all'autonomia della volontà quale fonte ordinativa dei diritti e dei doveri applicabili ai diversi rapporti obbligatori contribuisce alla formazione di un ordinamento giuridico eterogeneo e plurale. Questo concetto è espresso in modo più conciso dalla *Esposizione dei Motivi* della LETA: «il lavoro autonomo si è sviluppato tradizionalmente all'interno di un quadro di relazioni giuridiche proprie del diritto privato, per cui i riferimenti giuridici si trovano dispersi in tutto l'ordinamento giuridico» (§ 1, comma 1).

Tuttavia, non può neppure ignorarsi che, nel corso degli ultimi decenni, le differenze tra i due sistemi giuridici si sono attenuate a seguito della comparsa, in ciascuno di essi, di tendenze di segno opposto. In tal senso, per un verso, la standardizzazione del regime giuridico del contratto di lavoro, elemento determinante del consolidamento di un diritto del



lavoro comune, incomincia a spezzarsi, o almeno a moderarsi, a seguito della sperimentazione di una serie di deroghe, modifiche o modulazioni relative a particolari rapporti di lavoro, inizialmente limitate ai contratti speciali di lavoro e, più tardi, estese alle cosiddette modalità del contratto comune, come per esempio i contratti a tempo determinato o i contratti a tempo parziale.

Da questo punto di vista, il principio di unità incomincia a dover convivere, nell'ordinamento lavoristico, con il principio di diversità <sup>(2)</sup>. Per altro verso e nell'ambito degli ordinamenti che disciplinano forme di lavoro in regime di indipendenza ed autonomia, si affacciano distinte iniziative legislative volte a disciplinare, nel complesso universo dei negozi giuridici che comprendono l'esecuzione di opere o la prestazione di servizi, alcuni tipi particolari di contratto dotati di un regime giuridico diverso e tipico del diritto comune.

In questo secondo versante, nel territorio proprio del lavoro autonomo, si prospettano alcune spinte verso la uniformità giuridica. Tendenze che si riferiscono, e non è cosa da poco, ad un ambito circoscritto ad una concreta attività professionale (trasportatori o mediatori, per meglio spiegare l'idea) e che non pretendono, in nessun modo, di alterare la funzione dell'autonomia della volontà; in buona sostanza, cercano di garantire un maggior equilibrio sotto il profilo contrattuale mediante tecniche tipiche della tutela del contraente debole.

È in un contesto come quello brevemente descritto, nel quale emergono tensioni tra diversità ed uniformità nella disciplina giuridica del lavoro autonomo, che va prendendo corpo e si concreta la decisione politica di elaborare un *corpus* normativo capace, allo stesso tempo, di far progressi nel processo di unità e di mantenere la necessaria diversità. In realtà, si tratta di una decisione motivata, in gran parte, dai profondi cambiamenti che, come si è detto, hanno interessato il lavoro ed il lavoratore autonomo o, meglio, la funzione dell'uno o dell'altro nell'organizzazione della produzione di beni e servizi in un sistema economico sempre più aperto e competitivo.

Nei sistemi di produzione capitalistica, tradizionalmente, il lavoro autonomo si è sviluppato (o è stato relegato) in due aree. Da un lato in alcuni settori economici ben definiti, «di scarsa redditività, di ridotta dimensione e che non richiedevano un rilevante investimento finanziario,

---

<sup>(2)</sup> Per un approfondimento si veda F. VALDÉS DAL-RÉ, *Unidad y diversidad en la regulación del contrato de trabajo: apuntes de su evolución histórica*, in *Relaciones laborales – Revista crítica de teoría y práctica*, 2005, n. 1, 91-104.

come l'agricoltura, l'artigianato ed il commercio al dettaglio»<sup>(3)</sup>. Per altro lato, si è sviluppato in alcune attività professionali ugualmente limitate, soprattutto quelle organizzate in ordini professionali, collegi o corporazioni (medico, architetto, avvocato). Si tratta, tuttavia, di una descrizione del lavoro autonomo sotto il profilo economico e di una classificazione di tipi di lavoratori autonomi che non è in grado di rappresentare la realtà e che anzi se ne scosta in misura notevole. Come confessa apertamente il citato preambolo della legge sullo Statuto del lavoro autonomo «la realtà è diversa», in quanto, attualmente, le manifestazioni di auto-impiego si sviluppano nell'ambito di attività ad alto valore aggiunto, in conseguenza dei progressi dell'organizzazione e della diffusione dell'informativa e delle telecomunicazioni<sup>(4)</sup>.

L'impossibilità di rappresentare la figura del lavoratore autonomo secondo la tipologia classica (agricoltore, artigiano, commerciante ed esercente le professioni liberali) ha molto a che vedere, come suggerisce il citato paragrafo della *Esposizione dei Motivi* della LETA, con gli intensi ed estesi cambiamenti che, negli ultimi due decenni, hanno interessato il sistema di produzione di beni e servizi o, se si preferisce, l'organizzazione tipica per mezzo della quale tali beni e servizi vengono prodotti. Il superamento dell'impresa fordista, quale organizzazione produttiva tipica, e la sua sostituzione con l'impresa di rete non hanno avuto solo l'effetto di collassare le strutture delle grandi imprese. Quel fenomeno, di eziologia assai complessa<sup>(5)</sup> ed animato da una vocazione universale, ha modificato gli stessi pilastri dell'intero sistema economico oggi dominante, quasi unico, interessando, conseguentemente (non sarebbe potuto avvenire in modo differente), la totalità degli agenti economici, inclusi, pertanto, i lavoratori autonomi.

Senza proseguire nell'analisi delle cause, è importante soffermarsi su alcune delle conseguenze che tali cambiamenti hanno provocato nell'ambito del lavoro autonomo. Due in particolare. La prima è costituita dalla progressiva maggior presenza di organizzazioni produttive complesse (come le società anonime o le società cooperative) in settori economici, quali l'agricoltura o il commercio, tradizionalmente caratterizzate dal lavoro autonomo. Organizzazioni, queste, che a volte trasferiscono ed a volte espellono il lavoratore autonomo mentre altre convivono con esso anche se provocando cambiamenti non meno importanti

---

<sup>(3)</sup> Cfr. § 1, comma 2, *Esposizione dei Motivi* della LETA.

<sup>(4)</sup> *Ibidem*.

<sup>(5)</sup> Nella vasta bibliografia su questo fenomeno, continua ad occupare un posto di massima centralità la trilogia di M. CASTELLS, *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, Alianza, Madrid, 1999, 4ª ed.

nelle loro relazioni con il mercato (consumatori e fornitori). La seconda conseguenza, che in qualche modo ha un ambito di segno opposto <sup>(6)</sup>, consiste nella progressiva adozione del lavoro autonomo in settori economici, quali l'industria, cioè in quelli nei quali il lavoro autonomo è stato, tradizionalmente, poco presente.

La principale strumentazione utilizzata per la materializzazione di questi due effetti coincide con la strumentazione utilizzata per materializzare i cambiamenti introdotti da organizzazioni imprenditoriali nei rispettivi processi di produzione di beni e servizi; cioè il decentramento produttivo. Più esattamente, l'utilizzazione del lavoro in regime di autonomia e per conto proprio, quale uno dei possibili anelli di chiusura dei processi di esternalizzazione di attività economiche da parte di imprese, si trasforma nel fattore che apre ai lavoratori autonomi una presenza attiva nella maggior parte delle attività economiche, travalicando, così, i radicati legami di questa forma di lavoro in determinati settori dell'economia frequentemente dotati di una importanza del tutto residuale.

In altre parole, la decisione delle imprese di utilizzare il lavoro autonomo nei processi di decentramento produttivo costituisce la causa efficiente, praticamente, della totalità dei mutamenti apprezzabili del lavoro prestato in regime di autonomia e di indipendenza. In tal senso, la decentralizzazione produttiva, per un verso, "normalizza" il lavoro autonomo in attività industriali o di servizi sino ad allora caratterizzati da una scarsa presenza di lavoratori autonomi e, per altro verso, tende a modificare ed alterare la funzione dello stesso lavoro autonomo in alcune attività nelle quali è stata fortemente radicata. La ricorrente utilizzazione da parte di lavoratori autonomi di una serie di contratti innominati o recentemente nominati (*factoring, merchandising, facilities management*, logistica e gestione o somministrazione di informatica) costituisce la dimostrazione di tali effetti. La conversione del lavoro autonomo in ingranaggio, e neppure il meno importante, degli strumenti utilizzati per la decentralizzazione produttiva spiega, in definitiva, i cambiamenti intervenuti nella struttura del lavoro autonomo ed anche, conseguentemente, nella tipologia dei lavoratori autonomi.

Si tratta di una realtà che l'ordinamento – cioè la volontà politica codificata – non può né deve eludere o trascurare. Non deve farlo, insieme ad altri motivi, anche per evitare i notevoli squilibri provocati dall'applicazione di un ordine giuridico ideato per disciplinare una determinata realtà sociale ad una nuova situazione che è nata e si è svi-

---

<sup>(6)</sup> Con ciò non si intende sostenere che si tratti materialmente di un'alternativa.

luppata in una situazione che poco o niente ha a che vedere con i fattori che hanno prodotto quel sistema giuridico. Tra i possibili squilibri, due meritano una particolare attenzione, per due importanti motivi. Per un verso, per la loro speciale idoneità a produrre insicurezza giuridica ed accentuare squilibri contrattuali. Per altro verso, in quanto il superamento o la elusione di tali squilibri finisce per costituire la motivazione di fondo della decisione politica di adottare una specifica disciplina per il lavoro autonomo.

La moltiplicazione dei negozi giuridici <sup>(7)</sup>, mediante i quali si sono realizzati i complessi processi di decentramento produttivo attraverso forme di lavoro svolto in regime di autonomia, inibisce l'esercizio della funzione che, nell'ordine giuridico classico, era assegnato ai grandi contratti civili (esecuzione di opera, locazione di servizi o mandato) o commerciali (mediazione e trasporto) attraverso i quali circolava, nel traffico giuridico, la maggior parte di tale modalità di lavoro. Quella funzione consisteva in nient'altro che nell'offerta di un quadro di sicurezza contrattuale, di certezza circa il negozio giuridico al quale le parti decidevano di assoggettarsi.

Il fenomeno della moltiplicazione dei modelli di lavoro autonomo impedisce la realizzazione di tale obiettivo. In questo nuovo contesto, i lavoratori autonomi in particolare, ma anche le loro controparti contrattuali, perdono i riferimenti contrattuali che prima erano garantiti dalle norme codificate. Ed assieme a ciò, in primo luogo, vengono frenate od ostacolate le tendenze verso le unità che erano apparse anni prima; può anche dirsi che l'ormai classica diversità dei regimi giuridici del lavoro autonomo si accentua e si estende senza che, in cambio, il quadro di sicurezza contrattuale offerto dal diritto codificato possa compiere la sua storica funzione.

Tradizionalmente, la posizione del lavoratore autonomo nel mercato è stata caratterizzata da due aspetti fondamentali. Il primo definisce tale posizione dal lato dell'offerta. Il lavoratore autonomo offre l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio che costituisce la propria attività professionale per un numero indeterminato di richiedenti. Il secondo tratto delimita quella stessa posizione, però, stavolta, dal lato della domanda.

---

<sup>(7)</sup> Questa moltiplicazione si deve, a volte, all'apparizione di nuovi contratti; in altri, al contrario, deriva dalla massiccia utilizzazione di contratti complessi, che fondono elementi di due negozi classici. SI veda C. GALA DURÁN, S. DEL REY GUANTER, *Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia*, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2000, n. 1, 445-518.

La relazione tra il lavoratore autonomo ed i propri clienti risponde ad un principio di reciproca indipendenza economica, senza che tale principio possa essere giuridicamente posto in discussione o interessato dal fatto che, eccezionalmente, tale indipendenza possa risultare attenuata o indebolita per le concrete circostanze sia di carattere temporale (continuità della relazione contrattuale) sia di indole materiale (rilevanza quantitativa della domanda canalizzata da un concreto cliente nel volume di affari o del rendimento ottenuto dal lavoratore autonomo). Sicuramente, una volta esaminata la nuova situazione sotto una prospettiva generale, le intense ed estese trasformazioni che si sono verificate nel sistema economico non hanno alterato la posizione del lavoratore autonomo nel mercato, che continua ad essere aperta ed indeterminata nella offerta e, indipendentemente, nella domanda. Le deroghe a questa regola generale, tuttavia, sia sotto il piano quantitativo che qualitativo, hanno perso il carattere di eccezionalità.

Sotto un'ottica quantitativa, la "normalizzazione" del lavoro autonomo nei processi di decentramento produttivo è stata accompagnata dalla apparizione, prima, e dall'espansione, più tardi, della figura del lavoratore autonomo dipendente (TRADE) <sup>(8)</sup>. Giuridicamente, la forma di esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio continua a rispondere alle note caratteristiche del lavoro in regime di autonomia: il lavoratore è titolare di una organizzazione di mezzi propri e conserva il potere decisionale sugli elementi strutturali della propria attività professionale. Tuttavia, sotto il profilo economico, il tratto della indipendenza tra il lavoratore autonomo ed il proprio cliente (di solito un appaltatore o subappaltatore in una catena di contratti) appare sfumata, o addirittura sparisce, per l'intensità dell'impegno stabilito nella obbligazione convenuta tra le parti. La modalità di esecuzione della prestazione dell'attività professionale del lavoratore autonomo sperimenta così una modifica di indubbio rilievo. L'opera o il servizio vengono realizzati non più per un mercato aperto ed indeterminato, bensì per un unico cliente con carattere di prevalenza o di esclusività, così da formalizzare una situazione di dipendenza economica.

Sotto un'ottica qualitativa, la rottura della indipendenza economica e la sua sostituzione con una situazione di dipendenza economica costituiscono dei fattori che introducono, almeno potenzialmente, importanti

---

<sup>(8)</sup> Sulla rilevanza dei TRADE nel sistema economico spagnolo: AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo. Informe de la Comisión de expertos para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, 86 ss.

squilibri nel sistema normativo che disciplina il traffico giuridico del lavoro autonomo. Questa nuova situazione indebolisce il principio della libera contrattazione tra le parti, cioè della contrattazione governata dall'autonomia della volontà, che altro non è che la (relativa) simmetria dei poteri di cui ciascuna parte dispone per poter far valere, in situazione di (relativa) uguaglianza, i propri interessi e raggiungere, per questa via, un punto di incontro equilibrato. La dipendenza economica, tanto più intensa quanto minore sia l'attività professionale esercitata e mantenuta in un mercato aperto dal lavoratore autonomo, colloca il rapporto giuridico celebrato tra le due parti in uno scenario caratterizzato da un'asimmetria contrattuale. O, per esprimerlo in altro modo, colloca il lavoratore autonomo dipendente nella tipica posizione del contraente debole che chiede, per raggiungere un certo riequilibrio, l'introduzione di strumenti di tutela giuridica.

Certamente, la decisione politica di adottare un testo normativo che disciplini il lavoro autonomo è il risultato della ponderazione e della valutazione di una pluralità di ragioni. Tuttavia, tra tutte, non mi sembra in alcun modo arrischiato attribuire ai due squilibri analizzati un ruolo nettamente prevalente. L'analisi della LETA evidenzia, schematicamente e sinteticamente, la presenza di due grandi opzioni di politica del diritto, che traducono due delle notazioni più caratteristiche di questa normativa, con le quali, in ultima istanza, il legislatore ha preteso di eliminare, o almeno di attenuare, gli squilibri che abbiamo indicato.

La prima opzione prende corpo nel costruire la LETA come norma di base, cioè come un corpo legislativo che ha il compito di stabilire un quadro generale ed unitario dei diritti e dei doveri relativi al regime professionale del lavoratore autonomo, compatibile, tuttavia, con la conservazione di una diversità di discipline giuridiche che derivano dai due tratti di cui si è detto. Viene conservato, per un verso, il tratto normativo, in quanto viene confermata l'applicazione delle leggi speciali che disciplinano gli statuti di particolari collettivi di lavoratori autonomi (articolo 3, comma 1, lettera *a*, LETA). Sotto questo primo profilo, la LETA non ha derogato i regimi giuridici del lavoro autonomo vigenti per particolari settori professionali. Per altro verso, viene conservato il tratto contrattuale, nel ribadire che l'autonomia della volontà costituisce la fonte primaria ed essenziale del processo mediante il quale vengono stabiliti e determinati i diritti ed i doveri di tipo professionale che vincolano il lavoratore autonomo al proprio cliente. Mediante questa opzione di politica del diritto e le sue concrete applicazioni normative, la LETA intende superare l'*impasse* e rispondere al primo degli squilibri esaminati. A partire da questo momento, la LETA rivendica a se stessa,

e pertanto recupera per il lavoro autonomo, la funzione che era stata persa dal diritto codificato a seguito della moltiplicazione dei negozi giuridici che disciplinano le relazioni giuridiche obbligatorie nelle quali il lavoratore autonomo assume la condizione di parte contrattuale.

La seconda grande opzione di politica del diritto che caratterizza la LETA è quella di convertire la figura del lavoratore autonomo dipendente in titolare di un regime giuridico che si separa e si distingue da quello previsto per la maggioranza dei lavoratori autonomi, per quelli che mantengono la loro tradizionale posizione nel mercato<sup>(9)</sup>. Questo regime giuridico istituisce un regime speciale o particolare (capitolo III, titolo I, LETA), nel quale l'elemento più caratteristico e differenziatore, dal punto di vista comparativo con il diritto comune del lavoro autonomo, è costituito dall'inserimento di una serie di tecniche, provenienti dall'area, in crescente espansione, della tutela del contraente debole e valutate positivamente in questo terreno<sup>(10)</sup>. In ogni caso, la applicazione di tali tecniche per il TRADE non comporta, in alcun modo, la soppressione o la eliminazione della funzione normativa attribuita alla libertà contrattuale delle parti contraenti. Questa applicazione comporta soltanto, e non si tratta di una conclusione di minore importanza, una moderazione del ruolo dell'autonomia della volontà a seguito del relativo incremento, nel regime giuridico professionale del lavoratore autonomo dipendente, di norme di carattere imperativo. Sotto questo profilo, la LETA cerca, ugualmente, di porsi al passo e di far fronte a questa nuova situazione di dipendenza economica provocata dalla "normalizzazione" del lavoro autonomo nei processi di decentramento produttivo.

Più avanti, nell'esaminare i tratti generali della LETA, si avrà occasione di approfondire le opzioni di politica del diritto cui abbiamo fatto cenno. Il loro richiamo in questa introduzione ha avuto solo lo scopo di completare il quadro delle profonde e fondate ragioni che, a mio giudizio, giustificano ampiamente l'approvazione di questo nuovo corpo legislativo costituito dallo Statuto del lavoro autonomo.

---

<sup>(9)</sup> Il legame tra la comparsa e l'affermarsi della figura del TRADE e l'approvazione della LETA è condiviso anche da J. CRUZ VILLALÓN, *Presentación* alla edizione della legge su *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Tecnos, Madrid, 2007, 12.

<sup>(10)</sup> Si veda AA.VV., *Un Estatuto para la promoción y tutela del Trabajador Autónomo*, cit., 149.

## **2. Il quadro normativo della LETA.**

### **2.1. L'ambito di applicazione.**

L'attività professionale dei lavoratori sottomessi alla disciplina della LETA si articola in una notevole varietà di formule contrattuali, nominate o innominate, bilaterali o plurilaterali (per esempio: contratti societari) o, infine, senza esaurire la possibile tipologia, semplici o complessi. In ogni caso, quale che sia il negozio giuridico mediante il quale il lavoratore autonomo interviene nel traffico giuridico, la legislazione applicabile alle sue relazioni esterne, con i suoi eventuali clienti o fornitori, è quella civile, commerciale o amministrativa. Da parte sua, la legislazione applicabile alle relazioni interne, che sono quelle che disciplinano le condizioni di esercizio dell'attività professionale, ha un'identica natura, posto che in questo caso possono disimpegnare una importante funzione le norme corporative, cioè quelle stabilite dai rispettivi statuti o codici dei collegi professionali di appartenenza. Questo plurale e complesso aggregato di disposizioni di diversa natura e di diversa forza vincolante ha finito per disegnare il quadro normativo più vicino ed immediato del lavoro autonomo. Un quadro, d'altronde, imprescindibile per qualsiasi legge che voglia disciplinare, in maniera integrata ed inclusiva, l'attività professionale svolta in regime di autonomia.

Inevitabilmente, la LETA non solo non ha evitato questo incontro ma ha voluto collocarsi all'interno di tale quadro normativo. Pertanto, ha precisato i criteri di determinazione della norma applicabile in caso di concorrenza conflittuale tra la stessa LETA e ciascuna delle disposizioni che disciplinano le relazioni interne ed esterne dei lavoratori autonomi. Questa, e non altra, è la rilevante funzione che svolge l'articolo 3, comma 1, della legge n. 20/2007. Non è questa la sede per analizzare la complessa ed articolata problematica suscitata dal sistema delle fonti del regime professionale del lavoro autonomo. Tuttavia, non si può prescindere da un esame, almeno sommario, delle soluzioni che ciò comporta in relazione alla posizione della LETA rispetto al quadro normativo ad essa più vicino.

Le lettere *a* e *b* dell'articolo 3, comma 1, della LETA stabiliscono un complesso ordine di prelazione fra tre grandi corpi normativi: quello contenuto nella LETA, quello derivante dalla legislazione specifica applicabile all'attività professionale di un concreto gruppo di lavoratori



autonomi <sup>(11)</sup> e, per ultimo, quello derivante dal diritto comune relativo alla contrattazione «civile, commerciale o amministrativa» <sup>(12)</sup>.

In conformità con tali principi, in primo luogo, si riconosce alla LETA priorità nell'applicazione in quanto legge speciale e posteriore nel tempo rispetto al diritto comune dei contratti. In secondo luogo, il dialogo tra le norme della LETA e la legislazione specifica di una determinata attività professionale ubbidisce alla logica del rapporto tra legge generale e legge speciale così che le disposizioni contenute nella LETA si applicano sinché non entrino in contrasto con quest'ultima. In caso contrario, le disposizioni contenute nella LETA dovranno cedere il passo alle leggi speciali che siano in contrasto con essa, così come dispone, tassativamente, l'articolo 3, comma 1, lettera *a*, della legge in esame. Infine, il diritto comune ha funzione integrativa degli altri due sistemi normativi, sia di quello formato dalla LETA, *lex generalis*, che di quello costituito dalle norme specifiche, *lex specialis*.

## 2.2. L'ambito di non applicazione.

La LETA non si limita ad organizzare un complesso e positivo dialogo tra norme, con un formidabile contenuto di disposizioni legali di diversa natura, formale e materiale. Essa opera anche in senso inverso, disponendo la disapplicazione di una legge specifica, quale lo Statuto dei lavoratori, che rappresenta lo zoccolo duro di un determinato settore dell'ordinamento giuridico. Ciò viene enunciato, in maniera netta, dall'articolo 3, comma 3, della legge n. 20/2007 che, rinviando alla disposizione finale prima dello Statuto dei lavoratori (*Estatuto de los Trabajadores – ET*) <sup>(13)</sup>, e riproducendo, praticamente, il suo contenuto, stabilisce che «il lavoro prestato per conto proprio non sarà sottoposto alla legislazione del lavoro, salvo che per le materie per le quali norme di legge espressamente dispongano diversamente». Questa di-

---

<sup>(11)</sup> A titolo di esempio, entrano in questo gruppo normativo: la l. 27 maggio 1992, n. 12, sul contratto di agenzia, modificata dalla disposizione finale 29<sup>a</sup> della l. 9 luglio 2003, n. 22; la l. 17 luglio 2006, n. 26, sulla mediazione di assicurazioni e riassicurazioni private, modificata dalla l. 2 luglio 2007, n. 13; la l. 30 luglio 1987, n. 16, sulla disciplina dei trasporti terrestri, con diverse successive modifiche.

<sup>(12)</sup> Per la contrattazione civile, si veda l'art. 1583 ss. c.c. (locazione di opera e servizi); per la contrattazione commerciale, l'art. 349 del codice di commercio (contratto di trasporto terrestre); per la contrattazione amministrativa, il r.d.lgs. 16 giugno 2000, n. 2; sulla legge dei contratti della PA, in particolare gli artt. 196 ss.

<sup>(13)</sup> La disposizione è contenuta nello Statuto dei lavoratori del 1980, e non è mai stata successivamente modificata.

sposizione della LETA, così come già avvenne con lo ET, determina, inoltre, la disapplicazione della legislazione del lavoro quale regola generale; ciò comporta che ogni eccezione richiede una espressa, contraria, disposizione legale. Il fatto è che, come è stato esattamente osservato, la LETA ha «popolato l'area esterna» dell'ordinamento lavoristico nella «sua intersezione con quegli altri rami del diritto» che, analogamente, hanno il compito di disciplinare giuridicamente forme di prestazione di un lavoro volontario, personale e con fini di lucro <sup>(14)</sup>.

In una sola occasione, la legge n. 20/2007 ha deciso di avvalersi dell'eccezione: in relazione al lavoro minorile. L'articolo 9, comma 2, della LETA, in tal caso, richiama l'articolo 6, comma 4, ET per stabilire la norma applicabile all'intervento dei minori di sedici anni nei pubblici spettacoli. In realtà, il rinvio di tale legge allo ET è privo di ogni rilevanza lavoristica; meglio ancora: la disposizione oggetto di rinvio non stabilisce alcuna regola che riguardi l'applicazione di qualche sequenza del contratto di lavoro. La ragione è dovuta al fatto che la possibilità per i minori di sedici anni di partecipare a pubblici spettacoli, «previa autorizzazione scritta, eccezionalmente e per particolari rappresentazioni, da parte dell'autorità competente in materia di lavoro, e sempre a condizione che ciò non comporti pericolo per la loro salute fisica o per la loro formazione professionale ed umana», non apre la porta alla formalizzazione di un rapporto di lavoro, ma stabilisce solo un vincolo di natura civile <sup>(15)</sup>. Ciò, indipendentemente dal fatto che alla prestazione lavorativa che ne consegue possano essere applicate alcune norme di carattere proibitivo, proprie della legislazione del lavoro, nei termini stabiliti dall'autorità che rilascia il permesso. Sotto questa prospettiva, il rinvio della LETA allo ET risulta paradossale: una legge che non appartiene alla legislazione del lavoro affida ad una legge che fa parte della legislazione del lavoro la regolamentazione di una relazione di carattere civile che, tuttavia, è assoggettata alla disciplina della stessa legge lavoristica.

---

<sup>(14)</sup> Cfr. J. GARCÍA MURCIA, *El Estatuto del trabajo autónomo: algunos puntos críticos*, in *Actualidad Laboral*, 2007, n. 18, 2168.

<sup>(15)</sup> Per un approfondimento: P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003, 293 ss., che, tuttavia, sostiene una tesi duale sulla natura del vincolo del minore (mediante il proprio rappresentante) con il datore di lavoro. Spec. 357 ss.

### 3. Alcuni tratti caratterizzanti della LETA.

#### 3.1. Una norma di base.

La porzione di realtà sociale che la LETA ha giuridificato non costituisce, beninteso, un fenomeno di recente comparsa. Al contrario, molto prima, tra le due grandi forme in cui si articola la prestazione lavorativa, il lavoro autonomo è stato il primo ad esser oggetto di regolamentazione. *Prior in tempore*, la sistematica di tale trattamento giuridico ha risposto, sin dalle origini, ad una logica elementare: quella della dispersione, logico risultato delle diversità normative cui sono state sottomesse le obbligazioni di prestare lavoro, regolamentate, appunto, da una pluralità di negozi giuridici. Le tendenze della politica del diritto più recente, quelle destinate ad approvare leggi speciali per determinati collettivi di lavoratori autonomi, hanno accentuato tale dispersione, allargando in senso trasversale, applicabile al lavoro autonomo inteso quale forma generica di eseguire un'opera o di prestare un servizio, la peculiarità della diversità normativa.

Come già si è avuta l'opportunità di argomentare, la LETA ha finito per incidere rispetto a tale situazione, introducendo nella sistematica della regolamentazione giuridica del lavoro autonomo una logica differente da quella tradizionale. Di fronte alla dispersione, la LETA tende ad unificare il regime giuridico del lavoratore autonomo; però lo fa con modalità tali da rendere conciliabile l'unità con la diversità. La compatibilità tra queste due tendenze è stata ottenuta mediante la configurazione della LETA quale norma di base.

L'ambito di applicazione legale della LETA riguarda, effettivamente, non una parte o una frazione del lavoro autonomo, bensì il lavoro autonomo espresso nella sua integrità e definito dalla presenza simultanea dei seguenti quattro elementi. Innanzitutto la prestazione lavorativa, in principio, deve essere realizzata «in forma abituale, personale e diretta». In secondo luogo, l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio deve essere effettuata per proprio conto, intendendo la nozione come pertinenza originaria al patrimonio giuridico del lavoratore autonomo delle utilità e del risultato della sua prestazione professionale. In terzo luogo, il lavoro deve essere prestato «al di fuori dell'ambito di direzione e di organizzazione di un'altra persona», di modo che spetti al lavoratore adottare le decisioni economiche essenziali in riferimento all'attività svolta. Infine, l'attività economica o professionale svolta dovrà avere «fine di lucro», specificazione che esclude il lavoro benevolo o gratuito.

La definizione dell'ambito di applicazione della LETA con criteri unitari, tanto sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, non è stata accompagnata, tuttavia, dalla configurazione di questo quadro giuridico unitario quale unico quadro normativo di disciplina del regime professionale dei lavoratori autonomi. La LETA non pretende ergersi ad unica legge del lavoro autonomo bensì, e la cosa è assai differente, quale legge quadro. Legge quadro che, come si è detto, per un verso non potrà trovare applicazione in presenza di leggi speciali del lavoro autonomo che stabiliscano norme contrarie e, per altro verso, è integrata sia dalla legislazione speciale che dalla legge comune dei contratti. Rispetto a tali fonti, peraltro, svolge a sua volta una funzione integrativa.

### **3.2. Una norma innovatrice.**

La LETA, oltreché poter esser definita quale legge di base e legge quadro, possiede anche un'altra caratteristica, quella di essere una legge innovatrice. Il carattere innovatore della LETA può essere apprezzato su due piani. Intanto, la legge n. 20/2007 non costituisce l'ultimo anello di una catena, più o meno intensa, di disposizioni precedenti che abbiano condiviso, con questa legge, un identico ambito oggettivo e soggettivo di imputazione normativa. Il ruolo della LETA è un ruolo iniziatico, essa si pone come il primo anello di una nuova linea normativa. Il carattere innovatore della LETA nel nostro ordinamento non rimane in nessun modo offuscato né posto in discussione per l'inserimento, al suo interno, di una disposizione derogatoria unica. Le deroghe prodotte dall'entrata in vigore della LETA hanno avuto, in tutti i possibili casi, una dimensione parziale, in quanto non hanno interessato le leggi che disciplinano l'attività professionale di specifici collettivi di lavoratori autonomi.

Il carattere innovatore della LETA può essere apprezzato anche sotto il profilo comparato. La LETA manca di riferimenti normativi omologhi, posto che non è dato trovare una norma dotata di un analogo ambito di applicazione negli ordinamenti giuridici a noi più vicini, come quello francese, tedesco o italiano.

### 3.3. Una norma caratterizzata da un complesso processo di attuazione.

Un ultimo elemento caratteristico della LETA è costituito dalla complessità del suo processo di attuazione. Tale complessità, analogamente a quanto detto per il carattere innovatore, è apprezzabile sia sotto l'aspetto formale che sotto quello sostanziale. Nel primo significato, il processo di attuazione della LETA non dovrà essere affrontato, come per lo più capita nel processo standardizzato, mediante l'esercizio, da parte del Governo, della potestà regolamentare. Tale processo è affidato, in alcuni casi, a futuri provvedimenti legislativi, così, ad esempio, per disciplinare la cosiddetta prestazione per cessazione dell'attività<sup>(16)</sup> o per la eventuale presenza di rappresentanti dei lavoratori autonomi nel Consiglio economico e sociale spagnolo (CES)<sup>(17)</sup>.

La complessità del processo di attuazione della LETA, in ragione della sua centralità, è rilevante oltretutto sotto il profilo formale, anche per l'aspetto sostanziale. In tal senso, per spiegarlo con un esempio illuminante, tutta la politica di promozione e di incentivazione del lavoro autonomo risulta appena annunciata nella LETA. Per conferire a tale politica la sua profonda dimensione sostanziale si rende necessaria l'adozione di un complesso di norme integrate ed inclusive. Per il resto, la legge affida al Governo anche compiti di carattere non normativo, compiti costitutivi di funzioni differenti dall'esercizio della potestà regolamentare e che si articolano mediante l'elaborazione di studi e rapporti. In tal senso, per prima cosa, la disposizione addizionale quattordicesima affida al Governo l'elaborazione di uno studio «sui settori di attività che abbiano particolare incidenza nel collettivo dei lavoratori autonomi», studio che dovrà contenere gli aspetti che, espressamente, vengono indicati dalla disposizione. Nello stesso senso, la disposizione addizionale quindicesima incarica il Governo di presentare, entro un anno, uno studio relativo al processo di aggiornamento del Regime speciale dei lavoratori autonomi (RETA)<sup>(18)</sup>, all'interno del quale dovranno essere previste «le misure necessarie per stabilire la convergenza dei contributi e dei diritti dei lavoratori autonomi». Ed anche se la legge n. 20/2007 non identifica il destinatario di tale studio, esso non può che essere il potere legislativo o, meglio, la Commissione parlamentare in-

<sup>(16)</sup> Si veda la disposizione addizionale quarta.

<sup>(17)</sup> Si veda la disposizione addizionale ottava.

<sup>(18)</sup> Decreto 20 agosto 1970, n. 2530, che disciplina il *Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos* (in *BOE*, 15 settembre 1970, n. 221; rettificato in *BOE*, 30 settembre 1970, n. 234).

caricata di seguire l'attuazione del cosiddetto Patto di Toledo. Da parte sua, la disposizione addizionale quindicesima affida al Governo la realizzazione di una «campagna di diffusione ed informazione sulla normativa e sulle caratteristiche del RETA». Tale campagna dovrà essere portata a compimento entro un anno a partire dalla data di entrata in vigore della LETA e realizzata in collaborazione con le associazioni maggiormente rappresentative dei lavoratori autonomi. Infine, la disposizione finale quarta impegna il Governo ad informare, con cadenza annuale, le Corti generali sullo stato di attuazione di quanto previsto dalla stessa legge.

#### **4. Il lavoro autonomo dipendente: considerazioni generali.**

Come già segnalato, può ritenersi comune opinione il fatto che, attualmente, almeno per quanto riguarda l'Unione europea, gli schemi tradizionali della regolamentazione sociale ed economica dell'impiego basati sul lavoratore dipendente stiano perdendo terreno. Negli ultimi decenni e come conseguenza di diversi cambiamenti di carattere economico (crescita della concorrenza nel mercato, introduzione di nuove tecnologie nella produzione industriale e, conseguentemente, crescita dei livelli di qualificazione dei lavoratori) e di carattere sociale (progressivo invecchiamento della popolazione, crescita della instabilità ed eterogeneità della struttura familiare), che incidono direttamente nel contesto produttivo<sup>(19)</sup>, assistiamo ad un processo caratterizzato dalla rottura del modello produttivo fondato sulla prestazione del lavoro in regime di subordinazione e dotato di stabilità. I principi fordisti dei processi produttivi vengono sostituiti da un sistema organizzativo più flessibile, dove l'impegno del lavoratore è incentrato più sul risultato che sul puro svolgimento dell'attività oggetto di contratto. In tale ambito si osserva un evidente slittamento dell'impiego di questi lavoratori verso la piccola o media impresa, altamente specializzata, dove il potere dell'imprenditore, tanto per motivi giuridici come sociologici, risulta estremamente ridotto. Si tratta, spesso, di reti di imprese collegate tra di esse mediante rapporti di subappalto e che, grazie all'adozione di tale struttura, sono in grado di far fronte alle incertezze generate dal vertiginoso ritmo di cambiamenti, caratteristico dell'attuale sistema produttivo.

---

<sup>(19)</sup> AA.VV., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 35-36.

Il continuo processo di terziarizzazione dell'economia cui si è fatto cenno, assieme al progressivo processo tecnologico che interessa, praticamente, tutti i settori dell'attività produttiva, così come il decentramento produttivo e l'introduzione di nuove forme di organizzazione del lavoro conducono ad una crescente esternalizzazione delle attività dell'impresa. Uno dei suoi effetti principali, anche se non l'unico, è quello di incrementare il ricorso ad attività prestate in regime di autonomia e, quindi, di ridurre la quota di lavoro dipendente. I fenomeni descritti – che costituiscono la cosiddetta “crisi del modello di produzione fordista” – creano un ambiente adeguato (quando non ottimale) a far sì che un medesimo lavoro possa essere prestato indistintamente in regime di dipendenza o di autonomia. L'imprenditore, sempre più frequentemente, è alla ricerca di regimi di impiego flessibili, tali da consentirgli di adattarsi rapidamente alle fluttuazioni del mercato <sup>(20)</sup> facendo fronte ai suoi obiettivi produttivi, non già mediante l'inserimento di lavoratori nel proprio organico, «ma piuttosto grazie alla combinazione o coordinamento di contributi parziali realizzati da imprese ausiliarie o da collaboratori esterni» <sup>(21)</sup>.

La frontiera, “relativamente” invalicabile che separava il lavoro autonomo da quello subordinato, è diventata permeabile e ciò comporta, oggi più che mai, la comparsa di varianti qualitative e quantitative in entrambe le modalità di prestazione del lavoro <sup>(22)</sup>. Dal punto di vista quantitativo, si può affermare che, nonostante nel passato la tendenza generale sia stata quella di un costante progresso del lavoro salariato a detrimento del lavoro autonomo, attualmente, anche quando non possiamo parlare di un genuino processo di inversione di questa tendenza, si può almeno affermare con certezza che esiste una stabilizzazione del lavoro autonomo rispetto al volume complessivo dell'impiego. Dal punto di vista qualitativo è indubitabile che le nuove tendenze e sistemi di organizzazione della produzione abbiano propiziato – indipendentemente dalle tradizionali manifestazioni del lavoro autonomo – la com-

---

<sup>(20)</sup> A. DE GRIP, J. HOEVENBERG, E. WILLEMS, *Empleo atípico en Europa*, in *Revista Internacional de Trabajo*, 1997, vol. 116, n. 1, 55-78.

<sup>(21)</sup> A. MARTÍN VALVERDE, *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, in *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1990, 225.

<sup>(22)</sup> M.M. RUIZ CASTILLO, *Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo (Un interrogante específico: el trabajo “parasubordinado”)*, in *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1991, n. 2, 140.

parsa di nuove forme di lavoro autonomo che condividono elementi caratteristici del lavoro dipendente.

Sotto questo punto di vista, è ovvio che il lavoro autonomo non può più essere, semplicemente, contrapposto al lavoro dipendente <sup>(23)</sup>. Piuttosto, attualmente, esistono nuove forme di prestazione lavorativa che, anche se dal punto di vista formale potrebbero essere qualificate come lavoro autonomo, tuttavia condividono alcune delle caratteristiche essenziali del lavoro subordinato. Questo gruppo è rappresentato dai cosiddetti “lavoratori autonomi dipendenti” che, secondo la terminologia più tradizionale, vengono definiti “lavoratori parasubordinati”. Essi, pur essendo “formalmente” considerati lavoratori autonomi, tuttavia svolgono la propria attività in forma permanente e coordinata a favore di una o più imprese dalle quali, in misura maggiore o minore, dipendono economicamente.

Si tratta di lavoratori che, sebbene possiedano una elevata quota di auto-organizzazione nello svolgimento della propria attività, la prestano per uno o più imprenditori dai quali, in generale, dipendono giuridicamente e/o economicamente. In questo tipo di lavoro – che si incontra a metà strada tra il lavoro autonomo e quello subordinato – la natura della prestazione svolta consente al lavoratore un ampio margine di libertà per lo svolgimento dei propri compiti, mentre il ruolo dell’impresa è limitato alla indicazione delle grandi linee di svolgimento di detta attività. Queste forme di lavoro atipico riguardano tanto lavoratori altamente qualificati, normalmente impiegati in settori industriali tecnologicamente avanzati, come lavoratori di più bassa qualificazione (nei settori del trasporto, del commercio o della distribuzione). In queste forme atipiche di prestazione di servizi il lavoratore – che può svolgere la propria attività lavorativa per più di una impresa – assume i relativi rischi apportando i mezzi e le risorse necessarie per lo svolgimento dell’attività stessa. L’attività dell’imprenditore, nella maggior parte dei casi, si limita al pagamento delle prestazioni ed al controllo finale dei risultati.

Dal punto di vista normativo, le frontiere che separano il lavoro autonomo dipendente dal lavoro autonomo e dal lavoro subordinato sono state tradizionalmente ritenute molto articolate, soprattutto quando, in mancanza di un concetto idoneo a definire tale tipo di prestazione, almeno sino alla relativamente recente promulgazione della LETA, gli

---

<sup>(23)</sup> A. VALDES ALONSO, *Trabajo por cuenta propia (En torno a la Disposición Final 1ª)*, in *Revista española de Derecho del Trabajo*, 2000, n. 100 (speciale *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*), 1707.



ordinamenti giuridici dei paesi del nostro *entourage* comunitario presentavano una certa diversità tipologica difficilmente riassumibile in un unico concetto con valore generale. Partendo da questo fatto, esporremo, sinteticamente, i principali tratti caratteristici del TRADE nell'ordinamento giuridico spagnolo.

### **5. Il concetto di lavoratore autonomo economicamente dipendente nella LETA.**

L'articolo 11 della LETA definisce i TRADE come quei lavoratori che «realizzano un'attività economica o professionale a titolo lucrativo ed in forma abituale, diretta e predominante per una persona fisica o giuridica, chiamata cliente, dal quale dipendono economicamente per il fatto di percepire dal rendimento del proprio lavoro o attività professionale almeno il 75 per cento del proprio reddito». Assieme a tale definizione, nel secondo paragrafo della stessa disposizione, viene enumerata una serie di requisiti caratteristici della esecuzione della prestazione che completano la sua configurazione giuridica quale lavoro autonomo: non avere alle proprie dipendenze altri lavoratori autonomi o dipendenti, divieto di appaltare o subappaltare le attività, auto-organizzazione in relazione all'esecuzione dell'attività, disponibilità di materiali ed infrastrutture con carattere economicamente rilevante, ecc.

Il tratto caratteristico del regime giuridico del TRADE, tuttavia, elemento non meno importante, lo troviamo anche in altre disposizioni, come quella dell'articolo 14, dove sono disciplinate la giornata lavorativa e le ferie, o dell'articolo 13, dove sono indicate le materie che dovranno essere determinate mediante accordi di interesse generale (i modi, i tempi ed il luogo della prestazione o altre condizioni generali del contratto). Tali riferimenti, quantunque non definiscano che cosa debba intendersi per lavoro autonomo economicamente dipendente, risulteranno utili quando occorrerà interpretare la portata di nozioni quali continuità o dipendenza di tali lavoratori.

Sulla scorta di quanto esposto, pare ovvio che il nostro legislatore abbia optato per un modello ibrido dove tanto la subordinazione giuridica come la dipendenza economica rilevino ai fini della delimitazione della figura del TRADE. In effetti, dalla lettura congiunta di tutti i precetti che abbiamo richiamato, si evince con chiarezza che il legislatore, nel momento di definire il TRADE, lo fa predeterminando il gruppo al quale la norma dovrà essere applicata: quei TRADE che prestano i propri servizi abitualmente per un'impresa, in forma continuata, assoggettati

ad una giornata di lavoro, con un periodo di ferie, ecc. Probabilmente, il carattere implicito più importante è dato dalla continuità, posto che, in mancanza, sarebbe assurdo porsi il problema dell'abitudine o della presenza di interruzioni dovute a riposi settimanali o annuali. Oltretutto, altra caratteristica costitutiva è quella per cui il TRADE deve percepire almeno il 75 per cento del proprio reddito da un solo imprenditore, ciò pone in forte evidenza il carattere di dipendenza economica nella configurazione giuridica di questo gruppo.

### **5.1. Elementi qualificatori del concetto di TRADE (articolo 11, commi 1 e 3, LETA).**

La prima, intuitiva, osservazione da porre in risalto tra le caratteristiche che, nella LETA, qualificano il TRADE – ed il lavoratore autonomo comune – consiste nel suo carattere tributario del concetto di lavoratore autonomo che si incontra nella normativa (specifica) della previdenza sociale. Così, l'articolo 2 del RETA stabilisce che si considera lavoratore autonomo «colui che realizza in forma abituale, personale e diretta un'attività economica con fine di lucro, senza assoggettamento ad un contratto di lavoro, anche se mediante l'utilizzo di altre persone remunerate». Come è evidente, ci troviamo di fronte ad un enunciato assai simile a quello contenuto nella LETA anche se, come si vedrà, con un ambito diverso e sicuramente non univoco rispetto agli elementi qualificanti di tale relazione giuridica, elementi che abbisognano di una rilettura al fine di definire il concetto di TRADE.

#### *a) Abitudine.*

La normativa contenuta nel RETA non precisa in modo esaustivo la portata del requisito di abitudine dell'attività economica ai fini di lucro che il lavoratore autonomo deve possedere per poter essere inserito in questo Regime. Tale norma si limita a dare alcune indicazioni solo in relazione al lavoro stagionale (articolo 2, comma 2, del decreto n. 2530/1970). A tale carenza ha supplito la giurisprudenza, al fine di definire una linea di demarcazione sufficientemente precisa in riferimento al campo di applicazione, così come esige una raffinata tecnica dell'assicurazione pubblica basata nella definizione generale ed obbligatoria dei gruppi che devono essere protetti.

In tal senso, quale valido criterio per verificare la sussistenza del requisito di abitudine, è stato utilizzato l'ammontare della retribuzione. Come indicato dalla giurisprudenza amministrativa, tale requisito fa riferimento ad un'attività professionale svolta in maniera non sporadica,

ma con una certa frequenza o continuità. Per valutare la sussistenza di questo fattore di “frequenza” o “continuità” sembra più corretto, in principio, ricorrere a moduli temporali piuttosto che a moduli retributivi, tuttavia la difficoltà, virtualmente insuperabile, di definire le unità temporali che determinano l’abitualità, ha indotto gli organi giurisdizionali ad accettare quale indizio di abitualità anche l’ammontare della retribuzione. Il criterio dell’ammontare della remunerazione, che per ovvie ragioni risulta più facile misurare e verificare rispetto al tempo di applicazione, può essere utilizzato, peraltro, tenendo conto del dato, ricavato dall’esperienza, per cui le attività dei lavoratori autonomi possiedono, normalmente, una stretta correlazione tra l’ammontare della retribuzione ed il tempo dedicato alla prestazione. Il superamento della soglia del salario minimo percepito in un anno naturale può costituire un indice adeguato del requisito di abitualità. Pur trattandosi di una somma prevista per la remunerazione del lavoro salariato, il legislatore fa spesso ricorso a tale soglia, di reddito o di attività, in diversi campi della politica sociale e, specificamente, in materia di previdenza sociale. Tanto che, attualmente, essa rappresenta probabilmente il criterio più operativo, quello maggiormente utilizzato per misurare redditi o attività. Il superamento di tale soglia, stabilita essenzialmente per determinare la remunerazione di una intera giornata di lavoro, se applicata al lavoro autonomo può anche rivelare l’esistenza di un’attività realizzata con una certa permanenza e continuità; tale criterio, in quanto indicatore della abitualità del lavoro autonomo, possiede anche il vantaggio di poter essere aggiornato <sup>(24)</sup>. In tal senso, la STS (contenzioso amministrativo) del 21 dicembre 1987 <sup>(25)</sup> precisa che la caratteristica dell’abitualità, essenziale per la qualificazione del lavoro autonomo, deve essere considerata in connessione con la realizzazione della prestazione. Con ciò si vuole intendere che l’abitualità non può essere confusa con la periodicità, e che il lavoro personale e diretto deve costituire, quotidianamente, la principale attività produttiva disimpegnata dal lavoratore. Ciò che non avviene quando un’attività sia secondaria o complementare rispetto ad un’altra attività principale che costituisca il nucleo centrale dell’attività produttiva, quella, cioè, grazie alla quale il lavoratore si procuri le risorse necessarie per attendere alle proprie incombenze personali o familiari.

A questo punto, se analizziamo la caratteristica dell’abitualità nel TRADE, sembra che essa assuma un diverso significato. L’abitualità,

---

<sup>(24)</sup> STS del 29 ottobre 1997 (Rec. U.D. n. 406/1997) (RJ n. 7683/1997).

<sup>(25)</sup> RJ n. 9582/1987.

infatti, è direttamente associata alla determinazione di misure temporali di realizzazione della prestazione. Se consideriamo che la stessa definizione del TRADE impone una quasi esclusività dei servizi prestati dal lavoratore – almeno il 75 per cento del reddito deve provenire da un'unica prestazione o da un unico imprenditore – la logica ci porta a qualificare l'abitualità come sinonimo di continuità in senso stretto nella realizzazione del lavoro. Così che, per l'articolo 11, comma 1, della LETA, il requisito di abitualità dovrà essere inteso nel suo significato letterale, cioè come prestazione continuata del lavoro per lo stesso imprenditore. Ciò, peraltro, riempirebbe di significato le previsioni contenute nella stessa norma per quanto riguarda la durata della giornata lavorativa, il riposo settimanale e la delimitazione del periodo di ferie (articolo 14 della LETA). Per altro verso, la presenza di un imprenditore prevalente, dal quale si dipenda economicamente, consentirà di misurare il tempo della prestazione senza incorrere nelle difficoltà che si presenterebbero nel lavoro autonomo comune.

Solo sotto questa prospettiva l'inserimento della caratteristica della abitualità nel concetto del TRADE avrebbe senso. Ciò anche perché, a differenza di altri elementi che caratterizzano il lavoro autonomo, il requisito della abitualità manca di una chiara traduzione giuridico-lavoristica dal punto di vista dell'esecuzione della prestazione, trattandosi di un requisito legato, fondamentalmente, alla possibilità di poter includere il lavoratore nel campo di applicazione del RETA.

*b) Lo svolgimento dell'attività con fine di lucro.*

Il legislatore, ancora una volta sulla falsariga del mimetismo del RETA, introduce il fine di lucro quale requisito caratterizzante l'attività del TRADE. Ciò, a nostro avviso, non risponde ad alcuna logica.

La caratteristica del fine di lucro (animo lucrativo) che l'attività svolta dal lavoratore autonomo dovrà possedere si traduce nella necessità di un intento volto ad ottenere benefici di natura economica. Da questo punto di vista, il lavoro tendente unicamente all'autoconsumo non può essere considerato un'attività economica (non si inserisce nel mercato dei beni e servizi), per il fatto che verrebbe a mancare il fine di lucro tipico del lavoro in quanto oggetto di disciplina giuslavoristica <sup>(26)</sup>. Il

---

<sup>(26)</sup> Indipendentemente dal carattere assolutamente marginale del lavoro destinato "unicamente" all'autoconsumo, può sicuramente dubitarsi della sua appartenenza al lavoro *stricto sensu*. Sembra piuttosto, come sostiene López Aniorite nell'interpretare l'art. 2, comma 1, del decreto n. 2530/1970, che l'attività economica svolta dal lavoratore autonomo debba avere una componente lucrativa, cioè «ottenere un guadagno tra il costo di produzione e quello di vendita nel mercato». (M.C. LÓPEZ ANIORTE,

lavoro, sotto quest'ottica, è volto a soddisfare necessità sociali mediante processi di scambio di diverso tipo, ma in tal modo non si avrebbe l'appropriazione immediata dei frutti del proprio lavoro da parte di chi tali frutti produce<sup>(27)</sup>. Secondo quanto si è detto, l'introduzione di questo requisito nella definizione del TRADE è superflua, in quanto l'inserzione della sua attività nel circuito di un determinato imprenditore, dal quale economicamente dipende, rende evidente l'esistenza del fine di lucro. Questo requisito, teleologicamente, ha la finalità di consentire l'inserimento del lavoratore nell'ambito del RETA, differenziando l'attività produttiva da quella che, al contrario, sia finalizzata all'autoconsumo. Nel TRADE, peraltro, l'attività economicamente produttiva è confermata sia per la dipendenza economica cui si è fatto cenno, sia dalla previsione contenuta nell'articolo 12, comma 2, lettera e, della LETA, che richiede che il TRADE, in cambio della propria prestazione, ottenga «una controprestazione economica in funzione del risultato della sua attività».

c) *L'esercizio dell'attività in forma personale e diretta.*

Anche i requisiti dell'esecuzione dell'attività in forma "personale e diretta", quando sono riferiti al TRADE, richiedono una ri-definizione. In questo caso, infatti, la sua interpretazione è assai differente da quella che abitualmente vien data ai due criteri nel lavoro autonomo comune.

Effettivamente, nella definizione del lavoratore autonomo contenuta nel RETA si fa riferimento anche al carattere personale della prestazione, quantunque dottrina e giurisprudenza concordino sul fatto che non è necessario che tale attività sia svolta fisicamente dal lavoratore autonomo, posto che esistono dei casi nei quali tale lavoratore potrà adempiere all'obbligazione servendosi di collaboratori<sup>(28)</sup>. L'attività, in questo caso, potrà consistere nella supervisione e gestione del lavoro affidato; in tal caso non verrà a mancare il carattere "personale e diretto" che caratterizza la prestazione o l'attività del lavoratore autonomo. Pertanto, a differenza di ciò che accade nel lavoro dipendente, il lavoratore autonomo è sostituibile, cioè l'attività di cui è titolare potrà essere svolta da altre persone contrattate, sempre che sussista una partecipazione nella esecuzione.

La nozione di lavoro "personale e diretto" nel TRADE, invece, qualifica la prestazione di questo tipo di lavoratore come personalissima ed

---

*Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, 67).

(<sup>27</sup>) Sul concetto di lavoro produttivo si veda: M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, 5ª ed., 41 ss.

(<sup>28</sup>) M.C. LÓPEZ ANIORTE, *op.cit.*, 65.

insostituibile. L'articolo 11, comma 2, lettera *a*, della LETA non permette loro di «avere alle dipendenze lavoratori subordinati, né di affidare a terzi, con contratto o sub-contratto, una parte o la totalità dell'attività, sia in riferimento all'attività contrattata con il cliente dal quale economicamente dipende, sia di quelle attività che potrebbe assumere contrattualmente da parte di altri clienti». Ciò è rafforzato dall'articolo 11, comma 3, della LETA che esclude, esplicitamente, che possano rientrare tra i TRADE «i titolari di stabilimenti od esercizi commerciali che esercitino la professione congiuntamente con altre persone in regime societario o sotto qualsiasi altra forma giuridica consentita dal diritto».

## **5.2. Condizioni per lo svolgimento di un'attività economica e professionale come TRADE (articolo 11, comma 2, LETA).**

Il secondo comma dell'articolo 11 della LETA contiene una serie di previsioni o condizioni che il TRADE dovrà possedere, simultaneamente, per poter esser qualificato come tale. Alcune di esse, sulle quali non torneremo, sono già state indicate nel precedente paragrafo per la loro stretta relazione con le caratteristiche qualificanti della figura.

Tra tali condizioni, quelle contenute alle lettere *c*, *d*, ed *e* altro non sono che la “più che voluta” esplicitazione di determinati caratteri che non sono tipici del lavoro subordinato e che confermerebbero il discostarsi del TRADE dall'ambito di applicazione dello ET. La previsione contenuta alla lettera *b* è priva di riferimento legale; altro non è, come si vedrà più avanti, che l'inclusione di un elemento di differenziazione di fatto, che non comporta un chiaro elemento giuridico di distinzione con il lavoro subordinato.

Alla lettera *c* si richiede che il lavoratore metta a disposizione mezzi materiali economicamente rilevanti per lo svolgimento della sua attività. In tal modo viene meno il carattere di alienità, nella sua più concreta accezione, o formulazione, di alienità «dei mezzi di produzione». Si osservi che viene richiesto che tali mezzi siano economicamente rilevanti, poiché in caso contrario, come è noto, la loro messa a disposizione non farebbe venir meno l'esistenza di un lavoro subordinato, come ha posto in evidenza la giurisprudenza in casi come quello dei professionisti che operano nel campo dei mezzi di comunicazione sociale<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Su tale aspetto, in commento alla STS del 31 marzo 1997 (Rec. U.D. n. 3555/1996) ed alla STSJ delle Canarias del 16 marzo 2006 si veda: A. VALDÉS A-

La lettera *d*, dal canto suo, intende superare, formalmente, il requisito della dipendenza giuridica, prevedendo per il TRADE criteri di autorizzazione della propria attività e riducendo l'assoggettamento alle sole indicazioni tecniche che può ricevere dall'imprenditore o dal cliente. Si conserva, pertanto, l'accezione meno invasiva di dipendenza, quella di carattere squisitamente tecnico.

La lettera *e*, infine, in caso potesse ancora sussistere qualche dubbio, opera una radicale cesura con due delle più essenziali caratteristiche del lavoro subordinato: l'alienità del rischio e l'obbligazione di risultato. Secondo quanto stabilito da tale norma, il lavoratore assume il rischio della propria attività; si ribadisce anche che la controprestazione economica del TRADE deriva dal risultato della propria attività (e non dalla mera prestazione).

Per ultima, la lettera *b* introduce un (indeterminato) elemento di fatto distintivo rispetto ai lavoratori dipendenti che riguarda il "modo" di esecuzione della prestazione che, in ogni caso, dovrà essere "diverso" da come la eseguono i lavoratori subordinati. Il legislatore, in sostanza, cerca di far sì che il lavoratore subordinato ed il TRADE non possano svolgere la stessa attività in forma indistinta prevedendo che, almeno formalmente, debbano esistere degli ambiti di attività propri dell'una o dell'altra categoria di lavoratori. Ciò, francamente, è difficile da ammettere se prendiamo in considerazione tutti e ciascuno dei requisiti che la LETA impone al TRADE, posto che non è facile intendere in cosa possa consistere la diversità nel modo di esecuzione della prestazione. Si può, anzi, affermare che persino all'interno di alcuni settori per i quali la norma è stata teleologicamente creata (soprattutto il trasporto) possono coesistere in modo indifferenziato entrambi i tipi di prestazione.

### **5.3. Il limite del 75 per cento del reddito proveniente da un unico imprenditore.**

Con l'ultimo inciso dell'articolo 11, comma 1, della LETA, il legislatore sceglie di fissare, in modo costitutivo, la misura della dipendenza economica. Di conseguenza, per fa sì che un lavoratore autonomo possa essere considerato un TRADE, è richiesto che egli percepisca, da un

---

LONSO, *Reportero gráfico, contrato de trabajo y propiedad intelectual (sobre la laboralidad del personal vinculado al sector de la comunicación)*, in *Documentación Laboral*, 2006, n. 78, vol. III, 175-192.

unico imprenditore, almeno il 75 per cento dei redditi derivanti dal risultato del proprio lavoro o da attività economiche e professionali. L'introduzione di questa soglia del 75 per cento è oggetto di polemiche e suscita non poche perplessità in relazione alla sua valutazione, all'ambito di applicazione ed alla coesistenza con altre previsioni della stessa norma. Cercheremo di porre in evidenza gli aspetti che nella pratica, a nostro giudizio, possono creare maggiori problemi.

#### **5.4. Periodo di tempo per il computo dei redditi provenienti da un unico imprenditore.**

La norma nulla dice sul periodo di tempo da prendere in considerazione per valutare la dipendenza economica fissata in più del 75 per cento dei redditi provenienti da un unico imprenditore. *Ex ante* sono possibili due sole ipotesi: che il computo venga riferito al periodo di tempo di durata del contratto, o che esso venga predeterminato e riferito a periodi di tempo di un anno.

Quella di ritenere che si possa far riferimento all'intera durata del contratto, nel quale il lavoratore dipenda dall'imprenditore almeno per il 75 per cento, potrebbe apparire come una valida opzione. In tal caso, il lavoratore potrà essere considerato un TRADE se, in presenza dei requisiti indicati dall'articolo 11 della LETA, durante il periodo di vigenza del contratto, riceva dall'imprenditore (contrattante) almeno il 75 per cento del totale dei suoi redditi.

Tuttavia, lo spirito della legge e, ancor più concretamente, la disciplina del TRADE, ci fa optare per il computo annuale del periodo. Ciò per diverse ragioni. La prima, più intuitiva e mimetica che giuridica, ci porta a preferire l'adozione del computo annuale per il fatto che è quello che, abitualmente, viene applicato nel nostro diritto del lavoro ed in altre discipline giuridiche quando si tratti di valutazioni economiche. In tal senso, si ritiene di poter affermare che la LETA, per quanto proclami il proprio carattere trasversale, non cessa di essere una norma eminentemente lavoristica concepita a somiglianza e/o, in certi casi, con voluta contrapposizione con lo ET.

Per altro verso, secondo la disciplina di cui agli articoli 11 e 12, pare evidente che la figura del TRADE tende alla indeterminatezza o almeno alla lunga durata della relazione giuridica, in quanto da un lato è richiesta l'abitudine della prestazione (con esclusione delle prestazioni sporadiche o marginali, in sostanza di quelle temporali) e per altro lato,



in mancanza di diversa pattuizione, si deve presumere una durata indeterminata di questo contratto.

Si deve, però, anche osservare che il TRADE è stato introdotto proprio per attribuire una certa sicurezza giuridica a quei lavoratori autonomi che prestano con continuità la propria attività per lo stesso imprenditore e che, improvvisamente, potrebbero perdere il posto di lavoro. È per questo che, così come nell'ordinamento italiano, i conflitti sono affidati al giudice con una procedura che renda più agile un processo nel quale entra in gioco, tra altre cose, anche la percezione di un indennizzo. Se questi sono i presupposti, non si comprende come si possano prendere in considerazione limitati periodi di tempo durante i quali il lavoratore dovrebbe dimostrare la condizione di TRADE. In tal caso, infatti, non esiste dipendenza economica effettiva e la situazione di tale lavoratore non sarebbe molto dissimile da quella di un lavoratore autonomo comune interessato da una inadempienza contrattuale.

Si noti, peraltro, che se utilizziamo il criterio di durata del contratto, ammettendo, pertanto, l'assoluta temporalità della condizione di TRADE, non sarebbe strano che, ove concorrono un contratto temporale (di TRADE) con un altro lavoro, scomparirebbe, di fatto, la condizione di TRADE nel primo lavoro. Deve dedursi che il computo annuale può offrire quella maggior certezza e stabilità nella condizione di TRADE del lavoratore autonomo che, lo si ripete, costituisce proprio la finalità della norma.

### **5.5. Il limite del 75 per cento e la sua compatibilità con l'articolo 12 della LETA: sovrapposizione di contratti.**

L'introduzione del riferimento al 75 per cento pone anche un altro problema interpretativo, peraltro intimamente connesso con quanto già esposto. L'introduzione nella legge di questo limite percentuale – che non compariva nella Proposta di Testo articolato dello Statuto del lavoro autonomo, elaborato dalla Commissione di esperti del Ministero del lavoro spagnolo – che condiziona la sussistenza della dipendenza economica e, di conseguenza, della figura stessa del TRADE, è destinato a diventare, senza ombra di dubbio, una fonte di controversie giudiziarie di primo ordine quando si debba analizzare la successione o la coesistenza di contratti posti in essere da un TRADE.

Effettivamente, nell'articolo 12, comma 3, della LETA si precisa che nel caso di un lavoratore autonomo (comune) che avesse sottoscritto contratti con diversi clienti, se, successivamente, con taluno di tali

clienti fossero sopravvenute le condizioni per convertirsi in TRADE, si dovrà rispettare il contenuto dei contratti originari sino alla loro estinzione, salvo che le parti non abbiano disposto la loro modificazione (conversione).

Ebbene, il problema si pone laddove si presenti la situazione inversa. Posto che non è prevista una esclusività in senso stretto, potrebbe capitare che un TRADE, durante la vigenza del suo contratto, sottoscriva, successivamente, altri contratti di prestazione di servizi, come lavoratore autonomo comune, con nuovi clienti. In dipendenza di ciò, gli introiti percepiti dal suo cliente predominante potrebbero scendere sotto la soglia del 75 per cento del suo reddito totale (anche se computati annualmente). Di fronte a questa nuova situazione il dubbio che si pone è se rimane in vigore il contratto come TRADE o se questo si estingue per il venire meno dei requisiti di base che lo avevano originato. La norma non lo prevede, posto che l'unico riferimento al proposito si trova nel secondo comma dell'articolo 12, laddove si stabilisce che «il lavoratore autonomo dovrà dar conto espressamente nel contratto della sua condizione di economicamente dipendente rispetto al cliente con il quale stipula il contratto, così come delle eventuali variazioni che possano prodursi rispetto a tale condizione. La condizione di dipendente si potrà far valere solo in relazione ad un unico cliente». Ciò, tuttavia, non aggiunge niente, solo indica l'obbligo di comunicare le variazioni e ribadisce ciò che è ovvio, che la condizione di TRADE può esser fatta valere solo in relazione ad un unico cliente.

Salvo che la circostanza non sia stata oggetto di accordo, ai sensi dell'articolo 15 (dell'estinzione del contratto), la situazione che si presenta è controversa, presentandosi in maniera problematica in caso di estinzione del contratto del TRADE. In effetti, una volta estinto estemporaneamente il contratto e di fronte ad una possibile richiesta, per via giudiziale, della corrispondente indennità, l'imprenditore (cliente) predominante potrà opporsi al suo soddisfacimento argomentando che sarebbe venuta meno la fattispecie che aveva originato la stipulazione del contratto del TRADE. Non si ritiene che l'obbligo di trasmettere la variazione della situazione del TRADE, cui si riferisce l'articolo 12, comma 2, della LETA, possa costituire una valida soluzione per risolvere il problema. Tecnicamente, infatti, occorrerebbe considerare la successiva alternanza della condizione di TRADE e di lavoratore autonomo come derivanti da un'unica fonte di obbligazioni, situazione che pare irrealistica, posto che non sembra verosimile che, volontariamente, il TRADE compia le procedure volte a fargli perdere tale condizione (protettiva).

Per ciò, sarebbe stato forse più prudente aver evitato la previsione di soglie o percentuali aventi carattere costitutivo (che, come è noto per l'esperienza in materie come il nostro diritto della previdenza sociale, generano, a volte, terribili ingiustizie) ed aver previsto, per legge, le conseguenze di tale ipotesi o aver optato per un concetto più flessibile di dipendenza economica, sopprimendo i riferimenti alle percentuali e rapportando i criteri economici formulati in termini generali con altri criteri temporali o di stabilità nella prestazione; ciò per evitare una litigiosità che, secondo l'attuale formulazione della LETA, si presenterà certamente e la cui soluzione risulterà complessa. È certo, e si comprende, che la prestazione del TRADE, per l'abitudine e sulla scorta di altri riferimenti legali, è dotata di una indiscutibile tendenza alla stabilità, ciò, tuttavia, non impedisce nel caso ipotizzato (che non è un caso di scuola) il ricorso giurisdizionale. Si osservi che, in definitiva, la finalità teorica della norma, in questo caso, è quella di accordare al TRADE un'adeguata tutela al termine della sua relazione contrattuale, ed una seconda finalità è che questa tutela, una volta che sorga un contenzioso, possa avvalersi di un procedimento abbreviato.

Il problema – come vedremo nel prossimo paragrafo – consiste nel fatto che il legislatore spagnolo, al momento di definire la figura del TRADE sul presupposto della sussistenza di una dipendenza giuridica e, simultaneamente, di una ferrea dipendenza economica, ha snaturato la figura del lavoro autonomo dipendente situandolo in un'area grigia troppo vicina al lavoro dipendente in regime di quasi-esclusività<sup>(30)</sup>.

### **5.6. Dipendenza economica ed abitudine della prestazione.**

Ebbene, cosa accade a quei lavoratori che, nonostante siano legati ad una impresa dalla quale ricavano il 75 per cento del reddito, svolgono

---

<sup>(30)</sup> A giudizio di chi scrive, era assai più fortunata la definizione che si dava del TRADE nella Proposta di Testo articolato dello Statuto del lavoro autonomo, elaborato dalla Commissione di esperti del MTAS in quanto, sottilmente, viene ampliata la gamma degli ipotetici TRADE prescindendo dalla rigidità della LETA che, in definitiva, non fa altro che creare più confusione sulla figura del TRADE. Così, nell'art. 10 di quel testo, il TRADE veniva descritto nel seguente modo: «1. Si considera lavoratore autonomo dipendente quel lavoratore che presta i propri servizi per proprio conto, nell'ambito della presente legge, ai sensi di quanto stabilito nell'art. 11.1, che non abbia lavoratori al suo servizio e che svolga la sua attività in forma continuata, coordinata e predominante per un solo cliente dal quale dipenda economicamente. 2 La dipendenza economica sarà presunta quando il lavoratore riceva regolarmente dallo stesso cliente compensi che costituiscano la sua principale fonte di reddito».

la loro attività in maniera sporadica ed irregolare? Pensiamo ad alcune attività che si svolgono nell'ambito dei mezzi di comunicazione, delle nuove tecnologie e, in generale, a tutte quelle attività la cui prestazione sia altamente qualificata e non richiede uno svolgimento costante e quotidiano dell'attività oggetto del contratto a cui fanno riferimento l'articolo 12, comma 1, della LETA ed altre analoghe disposizioni (soprattutto l'articolo 14). Questi lavoratori saranno privi della condizione di TRADE? In pratica – per tornare ad un ipotetico procedimento giudiziario – l'imprenditore, con le argomentazioni di cui si è detto, che fanno riferimento agli elementi caratterizzanti della prestazione, cercherà di svincolare tali lavoratori dalla figura del TRADE, spingendoli verso la figura del lavoro autonomo comune, anche quando sia certa la loro dipendenza economica dalla sua impresa. L'imprenditore, o il cliente principale, in tal modo, eluderanno i rischi derivanti dalla protezione che la LETA accorda al TRADE quando sopraggiunga l'estinzione del contatto o si presentino altre vicissitudini.

A parer di chi scrive, il problema, come si è visto, consiste nel fatto che il legislatore ha utilizzato o fuso i due modelli tipici del lavoro autonomo dipendente, quello nel quale la dipendenza si configura in termini economici (subordinazione economica) e quello nel quale la dipendenza si manifesta nella forma di esecuzione della prestazione, cioè nella intensità del vincolo che lega il lavoratore all'attività imprenditoriale (subordinazione giuridica). Ciò provocherà non poco contenzioso giudiziario. A mio giudizio, il fatto è che questa legge è stata concepita e costruita, *ex ante*, per tutelare alcuni collettivi predeterminati che si adattano alla perfezione (anche se non sempre) a questo modello misto (trasportatori, disposizione addizionale 1), agenti di commercio, disposizione addizionale 19, ecc.), senza tenere in conto dell'esistenza di un importante settore di lavoratori autonomi economicamente dipendenti che, per la natura e le modalità di esecuzione della prestazione, non potranno rientrare nell'ambito di applicazione della norma a causa del tipo di contrattazione che caratterizza la dinamica dell'impresa.

Sarebbe stato auspicabile che, in virtù di una più raffinata tecnica legislativa, si fosse optato per l'uno o l'altro dei due modelli al fine di determinare con più chiarezza l'ambito di applicazione soggettiva della norma. Il modello più adeguato per selezionare il collettivo dei destinatari, in tale ottica, sarebbe stato probabilmente quello della dipendenza economica. In tal caso, infatti, la norma avrebbe potuto trovare applicazione per tutti i lavoratori autonomi effettivamente dipendenti economicamente da un unico cliente.

### **5.7. La soglia del 75 per cento nei gruppi d'impresa.**

La LETA nulla dispone circa la possibilità che il 75 per cento del reddito provenga da un'unica impresa (cliente) o che derivi dalla attività che il TRADE realizza per un gruppo di imprese.

Da un punto di vista pro-operaio (è il caso di ribadire che la LETA, quantunque ciò non appaia nei suoi postulati, è una norma eminentemente lavoristica) è evidente che, quando un lavoratore autonomo viene contrattato in forma stabile per la realizzazione di diverse attività in distinte imprese o per diversi clienti integrati in un gruppo, si dovrà procedere a sommare i redditi derivanti da ciascuna prestazione e, nel caso che superino la soglia del 75 per cento, il lavoratore autonomo dovrà essere considerato un TRADE.

Sostenere il contrario significherebbe mettere nelle mani dell'imprenditore la possibilità di snaturare la figura del TRADE, scomponendo le attività tra le distinte imprese del gruppo in modo da far sì che in nessuna di esse possa essere superata la soglia del 75 per cento. In tal modo, l'imprenditore finirebbe per svincolarsi dalla tutela che la norma ha inteso accordare per questa forma di lavoro autonomo. In definitiva, pur in mancanza di un esplicito riferimento, il termine cliente (impresa) dovrà intendersi riferito tanto ad una impresa individuale come ad un gruppo di imprese.

### **6. Alcune riflessioni conclusive sulla figura del TRADE.**

Quando la LETA incomincerà ad essere applicata per la parte riguardante i TRADE, è facile prevedere un autentico alluvione di ricorsi giudiziari sia per gli aspetti che abbiamo indicato che per altri ancora. Questa circostanza, indipendentemente dalle previste norme di attuazione su base regolamentare, finirà per provocare una graduale modifica della normativa.

In primo luogo, a giudizio di chi scrive, l'aspetto essenziale delle asintonie qui esposte deriva, sostanzialmente, dal fatto che si è dato corpo ad una norma di natura essenzialmente "lavoristica", ma che viene presentata come se non lo fosse. Ciò fa sì che alcune questioni che si sarebbero potute risolvere facilmente, magari ricorrendo ad istituti arcinoti nel diritto del lavoro, si siano terribilmente complicate proprio per il voluto processo di "de-laborizzazione" della norma. Indipendentemente dalla sua proclamata "trasversalità", questa norma non è più trasversale di quanto non lo siano lo ET o altre norme lavoristiche che, per loro na-

tura, sono destinate ad incidere su altre discipline giuridiche. Questo contorcimento del processo legislativo fa sì che il concetto di TRADE sembri costruito all'inverso, cioè seguendo un sistema mediante il quale si ricostruisce la realtà, o qualche suo dato oggettivo, facendo sì che questa, alla fine, si adatti ad un risultato prefissato ed imposto, senza ombra di dubbio, dagli interessi di determinati collettivi. In definitiva, non si è cercato un concetto di TRADE onnicomprensivo della realtà sottostante a questo trascendentale fenomeno produttivo, ma tale figura è stata costruita a partire dagli elementi caratteristici della prestazione di alcuni gruppi molto specifici.

Per altro verso, da un punto di vista eminentemente strutturale, sarebbe stato opportuno ricorrere con più precisione, o almeno con maggiore profondità, alle esperienze di diritto comparato che, specialmente in ambito concettuale, avrebbero risolto buona parte dei problemi con i quali, adesso, dobbiamo fare i conti. In definitiva, anche se proprio nell'*Esposizione dei Motivi*, al momento di definire la figura del TRADE, è stato indicato il suo carattere restrittivo, nell'intento di non creare una nuova zona grigia nel diritto del lavoro, vero è che il risultato ottenuto è stato esattamente quello contrario alle aspettative. Nell'ordine concettuale cui si è fatto cenno, la somma dei modelli di subordinazione giuridica ed economica utilizzati ci colloca in pieno in un'area dove diventa veramente difficile distinguere il lavoro autonomo dipendente dal lavoro subordinato. Per dirlo in maniera più cruda, forse ci troviamo dinanzi ad una figura che o non troverà applicazione per l'impossibilità di concretare la fattispecie – fatte salve determinate eccezioni già precedentemente previste –; oppure si prenderà atto che ci troviamo di fronte ad un lavoratore subordinato che formalmente viene considerato autonomo. L'angusta definizione di TRADE contenuta nella LETA non consente altre opzioni interpretative.

Se si fosse posta maggiore enfasi sulla dipendenza economica – l'aspetto essenziale della regolamentazione del TRADE – e si fosse utilizzato un riferimento concettuale più ampio per il lavoro autonomo, svincolato da quello contenuto nel RETA, si sarebbero potute eliminare una parte delle distorsioni che al giorno d'oggi sono provocate dalla norma.

In conclusione, il problema del TRADE nella LETA ha carattere strutturale e non congiunturale. Ciò ha una straordinaria importanza se si tiene conto – questa è la posizione di chi scrive – che il nucleo essenziale su cui gravita la LETA è costituito proprio dalla nuova disciplina del TRADE.

**Lo Statuto del lavoro autonomo nella legislazione spagnola, con particolare riferimento al lavoro autonomo economicamente dipendente – Riassunto.** *Gli AA. analizzano le profonde innovazioni che hanno riguardato il lavoro autonomo negli ultimi decenni, i cambiamenti intervenuti nella struttura del lavoro autonomo ed anche, conseguentemente, nella tipologia dei lavori autonomi. Di particolare importanza è l'emersione del lavoratore autonomo economicamente dipendente (TRADE). Infatti, la rottura dell'indipendenza economica e la sostituzione con una situazione di dipendenza economica sono fattori che introducono, almeno potenzialmente, importanti squilibri nel sistema normativo che disciplina il traffico del lavoro autonomo. La necessità dell'eliminazione degli squilibri costituisce, secondo gli A., la ragione prevalente che ha spinto il legislatore spagnolo ad adottare la legge 11 luglio 2007, n. 20, "Statuto del lavoro autonomo" (LETA), che rappresenta una grande innovazione. Sebbene la LETA sia un corpo legislativo che stabilisce quadro generale ed unitario dei diritti e dei doveri del lavoratore autonomo, essa non pretende di ergersi ad unica disciplina del lavoro autonomo: si tratta di una legge quadro. In tal modo risulta essere compatibile con la conservazione di una diversità di discipline giuridiche, salvaguardando la differenziazione dei tipi di lavoro autonomo. Gli AA. analizzano poi, approfonditamente, il concetto di lavoratore autonomo economicamente dipendente nella LETA, la quale ne disciplina i tratti caratteristici (esercizio abituale dell'attività economica con fine di lucro ed l'esercizio dell'attività in forma personale e diretta) e le condizioni (ovvero i criteri distintivi di tale figura rispetto al lavoratore dipendente). Gli AA. analizzano in modo critico, in particolare, la soglia della dipendenza economica: perché il lavoratore autonomo possa essere considerato un TRADE è richiesto che egli percepisca da un unico imprenditore almeno il 75% dei redditi derivanti dal risultato del proprio lavoro o da attività economiche professionali.*

**The Spanish Statute for autonomous work with reference to quasi-subordinate employment (Article in Spanish) – Summary.** *In an analysis of its main features and forms, this paper examines substantial changes taking place in self-employment in recent decades, with a focus on quasi-subordinate employees (TRADE – trabajador autónomo económicamente dependiente). In this connection, the shift towards a status of economic dependence on the part of the worker has led to a number of amendments to legislation regulating autonomous work. According to the author, the need to provide an innovative set of measures for this new form of employment led to the issuing of Act No. 20 of 11 July 2007 on self-employment (LETA – Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo). While establishing rights and duties of autonomous workers, LETA is regarded more as a basic provision than as an all-embracing law, taking into account different kinds of agreements falling under the umbrella of self-employment. The paper goes on to define the concept of quasi-subordinate employment, both in terms of its main features (the engagement of individuals in profit-making or self-employment activities strictly speaking) and working conditions, also pointing out differences with salaried employment. The paper concludes by stating the degree of economic dependence required for self-employed workers to be considered as quasi-subordinate employees, amounting to at least 75% of total income paid by a single employer for work performed.*





### **Giacomo Brodolini e lo Statuto dei lavoratori**

*Franco Liso*

*Sommario:* **1.** Introduzione. – **2.** Che cosa era il diritto del lavoro prima dello Statuto dei lavoratori? – **3.** Cosa diventa il diritto del lavoro dopo lo Statuto dei lavoratori? – **4.** Quali sono le idee alla base dell'elaborazione dello Statuto?

#### **1. Introduzione.**

È necessaria una premessa. Con il termine “Statuto dei lavoratori” si è soliti denominare la legge n. 300/1970, che ha rappresentato una svolta profonda nello sviluppo del diritto del lavoro, ma occorre sapere che per Giacomo Brodolini l'idea dello Statuto dei lavoratori – come sostenne nel discorso di Avola (1969) – era quella di «una politica legislativa per i lavoratori che si deve articolare in una serie di leggi» e che avrebbe dovuto esprimersi anche sul piano dell'azione amministrativa (pensava, in particolare, al potenziamento della funzione ispettiva e alla necessità di conferire effettività al collocamento, in particolare agricolo) <sup>(1)</sup>. In questa serie di leggi <sup>(2)</sup> – che doveva costituire espressione di

---

\* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Roma Sapienza. Il presente scritto contiene la relazione, corredata di note, presentata in un convegno tenuto dalla Fondazione Brodolini in Recanati, il 27 marzo 2009, a quaranta anni dalla scomparsa di Giacomo Brodolini.*

<sup>(1)</sup> Occorre «stroncare questa medioevale ed inumana pratica dell'ingaggio della manodopera sulla pubblica piazza quasi che si tratti di bestiame per lavori pesanti e non di lavoratori partecipi di un processo di sviluppo, di rinnovamento e di democratizzazione delle strutture del vecchio stato liberale che vede in loro i protagonisti di questa nuova era dei rapporti sociali e della storia» (in A. FORBICE (a cura di), *Giacomo Brodolini, dalla parte dei lavoratori*, Lerici, Cosenza, 1979, 253). Di lì a breve il collocamento agricolo fu oggetto di un apposito intervento legislativo (d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, in l. 11 marzo 1970, n. 83). È interessante rilevare che Forbice, con riferimento al collocamento nell'industria, afferma, in un altro scritto, che il «collocamento dovrebbe evolversi verso uno strumento di politica attiva della manodopera» (ivi, 257).

una politica generale «capace di superare atteggiamenti e mentalità arcaiche verso le lotte operaie e le rivendicazioni sindacali»<sup>(3)</sup> – egli poneva in primo piano il sostegno al sindacato nell'impresa<sup>(4)</sup>. Si trattava – è opportuno metterlo in evidenza, perché aiuta alla lettura della legge n. 300/1970 – di un sostegno concepito nel quadro di una visione che vedeva il sindacato come soggetto che, mediante la sua capacità di negoziazione, non svolge una mera cieca funzione di implementazione del processo redistributivo, ma che svolge una più vasta e complessa funzione di partecipazione democratica, sia sul piano dell'impresa<sup>(5)</sup>, sia sul piano dell'economia e dei rapporti con il potere politico<sup>(6)</sup> e

<sup>(2)</sup> Tra esse era compresa anche la riforma della giustizia del lavoro, che troverà realizzazione in una legge del 1973.

<sup>(3)</sup> Così si esprimeva in un intervento alla Camera nel 1963 (A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 145).

<sup>(4)</sup> «Si tratta in primo luogo di riconoscere uno statuto al sindacato nell'impresa quale normale e necessario interlocutore della parte imprenditoriale [...] saranno inoltre garantiti e tutelati i diritti della personalità del lavoratore nei posti di lavoro» (A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 253).

<sup>(5)</sup> Accennando all'obiettivo della «definizione della sfera di libertà e di diritto del sindacato nell'ambito dell'impresa», «che è attualmente allo studio presso gli esperti del ministero» afferma: «Questa è una forma di partecipazione: anzi è il modo di partecipazione che viene rivendicato dai nostri sindacati, che non caldeggiano, come è noto, forme di corresponsabilizzazione nella gestione dell'impresa» (A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 257).

<sup>(6)</sup> In un intervento alla Camera del 1963, parlando della politica di piano, afferma che vi è «un chiaro interesse di un governo e di una maggioranza democratici a rafforzare e non ad indebolire il potere contrattuale dei sindacati, ad esaltarne il loro ruolo nella società, a promuovere la loro presenza e il loro concorso in tutte le sedi in cui si discutono le grandi scelte della politica economica e sociale» (A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 143). «Un governo il quale volesse davvero promuovere una politica di sviluppo economico dovrebbe in ogni maniera agevolare il rafforzamento del potere contrattuale dei sindacati, il cui impegno è condizione essenziale della lotta contro gli interessi particolaristici, che una seria ed effettiva politica di sviluppo inevitabilmente comporta» (ivi, 120). Giudica positivamente la prassi delle «conferenze triangolari» che non ritiene, a differenza di altri, rischi di comportare una limitazione dei poteri del parlamento. «Mi pare che questa tesi sia da considerare assai poco fondata. Allorché si tratti di formulare proposte che debbono trovare il loro sbocco legislativo, non vi è alcuna limitazione dei poteri del Parlamento; vi è, se mai, una preventiva consultazione. Noi consideriamo questa consultazione un fatto importante perché esalta la responsabilità e le funzioni dei sindacati, consente larghi e importanti chiarimenti tra i sindacati e il governo, porta i sindacati all'accrescimento della propria responsabilità, nel senso che essi sono posti di fronte, in aperto e cordiale dibattito, alle esigenze, talvolta di natura finanziaria, talvolta di altra natura, che il governo ritiene di far valere, e sono posti di fronte a queste esigenze, non sempre e non soltanto per consentire, ma anche per disapprovare, per contestare nel quadro di un reciproco sforzo di persuasio-

che, per svolgere questa funzione, deve agire e svilupparsi in una logica unitaria, che in qualche misura implica una tendenza all'autonomia rispetto ai partiti <sup>(7)</sup>.

Fatta questa premessa, che tornerà utile nel prosieguo, svolgerò il mio compito cercando di rispondere ai seguenti interrogativi:

- a) Che cosa era il diritto del lavoro prima dello Statuto dei lavoratori?
- b) Cosa diventa il diritto del lavoro dopo lo Statuto dei lavoratori? Quali sono gli essenziali contenuti della legge e le sue finalità?
- c) Quali sono le idee che sono alla base della sua elaborazione?

## **2. Che cosa era il diritto del lavoro prima dello Statuto dei lavoratori?**

L'immagine che il diritto del lavoro aveva avuto del lavoratore fino al momento dell'approvazione della legge era quella fissata nel codice civile (1942). Coerentemente con l'ideologia paternalistica e autoritaria del tempo, era l'immagine di una persona irreggimentata nella compagine aziendale, di una persona che deve disciplina, obbedienza e fedeltà al suo datore di lavoro, di una persona definita come "collaboratore" del suo datore di lavoro, denominato come "capo" <sup>(8)</sup>.

---

ne e di collaborazione, che è estremamente utile allo stabilirsi di un costume democratico nel paese» (ivi, 133).

<sup>(7)</sup> Forbice rileva (A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, XXXI) come sin dal 1956 Brodolini, in dura polemica con i dirigenti comunisti, «intuiva che non era possibile portare avanti la ripresa del dialogo fra le tre confederazioni se parallelamente non fosse stata sviluppata la politica di autonomia dalle forze politiche» e che fosse necessaria una radicale modifica della politica organizzativa della Cgil per – sono parole di Brodolini, da lui riportate – «eliminare definitivamente ogni confusione – a tutti i livelli, a partire dalla fabbrica – tra sindacato e partito». Significativo della sua visione unitaria del sindacato un breve intervento fatto al V congresso della Cisl (tenutosi nel 1965), al quale portava il saluto del Psi: «noi socialisti crediamo che la forza e l'indipendenza dei sindacati e il consapevole esercizio del loro potere rappresentano, nel mondo moderno, uno strumento insostituibile del progresso economico-sociale e una condizione della vitalità e dello sviluppo della democrazia». Coglieva l'occasione per criticare garbatamente la contrarietà di quell'organizzazione sindacale «ad offrire soluzioni legislative all'aspirazione e alla spinta dei lavoratori verso nuovi diritti i quali, trasformandosi in durevoli conquiste, rappresenteranno non certo un imbrigliamento, ma un reale accrescimento dell'autonomia e del potere unitario del sindacato» (ivi, 173).

<sup>(8)</sup> «L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori» (art. 2086 c.c.); il lavoratore «deve osservare le disposizioni per

Nello stesso momento era l'immagine di una persona la cui integrità fisica e la cui personalità morale dovevano essere oggetto di un dovere di protezione in capo al datore di lavoro. L'articolo 2087 diceva: «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». Quando venne emanata e fino allo Statuto dei lavoratori questa norma costituiva sostanzialmente il punto di riferimento esclusivamente per la normativa in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. Incidentalmente va osservato che nei tempi a noi più vicini la giurisprudenza sta mettendo a frutto le potenzialità di questa norma, anche per merito delle dinamiche impresses all'ordinamento dallo Statuto dei lavoratori, in sintonia con le trasformazioni che stavano producendosi nella realtà sociale.

Ancora – sempre nella visione paternalistica (ma qui anche radicata nello statuto genetico del diritto del lavoro e delle sue dinamiche sul piano dei rapporti collettivi) – era l'immagine di una persona debole sotto il profilo del potere negoziale; e infatti il codice – con norme di permanente attualità (articoli 2077 e 2113 codice civile) – prevede che il lavoratore non possa accettare di lavorare a condizioni inferiori a quelle fissate dal contratto collettivo di cui possa invocare l'applicazione e non può validamente disporre di diritti che la legge o il contratto collettivo gli abbiano fatto maturare.

Ma nel codice civile questo lavoratore – e qui c'è tutto il succo della vera natura della disciplina codicistica – è un lavoratore del quale il datore di lavoro può liberarsi con un cenno del capo (articolo 2118), con le conseguenze che sono ben immaginabili. Se il codice pone limiti al datore di lavoro, sono ben lievi, e i poteri di quest'ultimo vengono invece esaltati perché funzionalizzati al soddisfacimento dell'interesse dell'impresa e di quello superiore dell'economia nazionale. Si trattava di mero orpello ideologico, per nascondere l'indiscussa supremazia datoriale, e saranno i giuristi più sensibili (ricordo, in particolare, Giugni e Mancini) a devitalizzare questa concezione, interpretando il loro tempo.

Si aggiunga – e qui il cerchio si chiude – che il codice non conosce una forma di rappresentanza collettiva dei lavoratori in azienda. L'azienda è solo il luogo in cui si esercita, indiscussa, l'autorità del datore di lavoro; è il luogo in cui il lavoratore è solo chiamato a collaborare discipli-

---

l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende» (art. 2014 c.c.).

natamente alla produzione. Sappiamo che sin dalle sue origini il fascismo aveva espresso ostilità verso questa prospettiva provvedendo a sopprimere (con il patto di palazzo Vidoni) l'esperienza delle commissioni interne. La dialettica sindacale era quindi concepita (in un quadro che negava la libertà sindacale e criminalizzava lo sciopero) esclusivamente come un fatto esterno all'azienda. Pertanto, nel codice civile la dimensione sindacale rappresentava solo una variante delle fonti di produzione del diritto: accanto alla legge, il contratto collettivo. Il sindacato veniva quindi concepito esclusivamente in funzione della regolazione – a livello collettivo – delle condizioni dello scambio che si realizza in ciascun rapporto di lavoro. Al pari della legge, strumento del potere legislativo, il contratto collettivo, strumento del potere sindacale, costituiva espressione di un intervento della mano pubblica. Il sindacato era una realtà esterna all'azienda. Non rientrava nella sua sfera la possibilità di interferire sulle concrete dinamiche di gestione del potere che si esercita al suo interno. E questo avveniva in coerenza con la considerazione del potere imprenditoriale come funzionalizzato alla realizzazione dell'«interesse della produzione»<sup>(9)</sup> e, quindi, non esonibile a interferenze che avrebbero potuto rappresentare un intralcio.

Questi sono i profili essenziali del quadro contenuto nel codice civile. Sono note le evoluzioni successivamente intervenute. Da un lato, ad opera del sistema delle relazioni industriali, sviluppatosi libero dalle bardature corporative (si pensi, in particolare, agli accordi interconfederali sulle commissioni interne – peraltro anticipato dal famoso accordo Buozzi-Mazzini del settembre del 1943 – e sui licenziamenti, individuali e collettivi), e dall'altro dal legislatore, *in primis* quello costituente, il quale – in netto contrasto con quello precedente, che enfatizzava ideologicamente il lavoro come strumento della potenza della nazione e imbrigliava il conflitto – esaltò il lavoro come valore preminente della persona e titolo della sua «partecipazione all'organizzazione politica economica e sociale del Paese» e provvide a garantire i pilastri per lo

---

<sup>(9)</sup> L'imprenditore veniva considerato come responsabile verso lo Stato dell'«indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative» (art. 2088 c.c.) e se non avesse osservato «gli obblighi imposti dall'ordinamento corporativo nell'interesse della produzione, in modo da determinare grave danno alla economia nazionale» (art. 2089 c.c.) avrebbe potuto essere assoggettato dalla magistratura del lavoro a un provvedimento di sospensione dell'esercizio dell'impresa o, se la sospensione fosse stata tale da recare pregiudizio all'economia nazionale, la predetta magistratura avrebbe potuto nominare un amministratore al quale affidare il compito di gestire l'impresa (art. 2091 c.c.).

sviluppo del sistema di relazioni industriali, la libertà sindacale e il diritto di sciopero.

Sul piano normativo, nonché su quello della realtà sociale, questa discontinuità segnata dal costituente <sup>(10)</sup> fu immediatamente percepibile sul versante dei rapporti collettivi, poiché ne derivava lo spiazzamento quasi integrale delle norme del codice civile dedicate ai contratti collettivi corporativi e delle norme del codice penale che criminalizzavano lo sciopero. Questa discontinuità tardò a manifestarsi, invece, sul piano dei rapporti individuali. Sul piano della realtà sociale stanno a testimoniare le dolorose e ricorrenti discriminazioni degli anni Cinquanta, dalle quali nacque una spinta che vide protagonista Di Vittorio <sup>(11)</sup> il quale chiese – con formula che rimarrà famosa – che si intervenisse perché la Costituzione varcasse i cancelli delle fabbriche. Interessante la sua risposta a un questionario rivolto ai segretari confederali e pubblicato in un volume dei tipi Laterza (*I sindacati in Italia*, Bari, 1955). Vi sono contenute una serie di denunce che troveranno puntuale risposta nel titolo primo della nostra legge. Sul versante strettamente giuridico – sconfitta, da un lato, la linea di una minoranza di giuristi i quali ritenevano che dalla Costituzione fossero immediatamente estraibili limiti all'esercizio dei poteri imprenditoriali <sup>(12)</sup> e rivelatasi, dall'altro lato, sostanzialmente sterile la pur interessante linea dell'accordo interconfederale in materia di licenziamenti individuali, che aveva da subito messo in discussione il principio codicistico del licenziamento libero – un cambio di marcia si impose solo con lo Statuto dei lavoratori e con quella legge, la legge sui licenziamenti (intervenuta quattro anni prima)

---

<sup>(10)</sup> Va comunque richiamata la legge di soppressione dell'ordinamento corporativo (r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721), che peraltro aveva una mera portata demolitiva e non di costruzione del nuovo sistema.

<sup>(11)</sup> Nel congresso Cgil di Napoli del 1952, Di Vittorio formulò la proposta di un progetto di Statuto da sottoporre anche alle altre organizzazioni per elaborare con esse «un testo definitivo da presentare ai padroni e lottare per ottenerne l'accoglimento e il riconoscimento solenne».

<sup>(12)</sup> Famoso un caso di licenziamento esplicitamente discriminatorio che fece molto discutere. La Fiat licenziò un lavoratore comunista, Santhià, con una lettera in cui affermava che «non poteva ulteriormente essere trascurata l'incompatibilità esistente tra la sua posizione di Direttore Fiat e i suoi obblighi di alto esponente di un partito di cui è ben noto il costante atteggiamento di ostilità e di lotta a scopo distruttivo nei confronti della Fiat» (in V. CASTRONOVO, *Fiat, 1899-1999, un secolo di storia italiana*, Rizzoli, Milano, 1999, 860). La giurisprudenza dette prevalenza alla considerazione che il potere di licenziamento era del tutto libero.

(<sup>13</sup>), che può essere considerata come una sua parziale anticipazione. In precedenza vi erano stati alcuni interventi certamente importanti, ma che non si può dire segnassero una netta discontinuità, poiché nella sostanza miravano a conferire maggiore effettività a orientamenti già presenti, seppure in forma debole, nel codice civile (ci si riferisce, in particolare, alla legge in materia di appalti (<sup>14</sup>), del 1960, e a quella in materia di lavoro a termine (<sup>15</sup>), del 1962).

### 3. Cosa diventa il diritto del lavoro dopo lo Statuto dei lavoratori?

Con lo Statuto fanno ingresso nella disciplina legislativa del rapporto di lavoro due profili certamente inediti, che presentano un'intima connessione (<sup>16</sup>): quello che pone in evidenza una specifica tutela per l'implicazione della persona nelle concrete dinamiche di gestione dell'organizzazione produttiva, e quello che pone in evidenza l'apertura del territorio aziendale alle relazioni sindacali.

Si potrebbe dire che ci troviamo di fronte a una costruzione che è espressione dell'esatto contrario della filosofia paternalistica e autoritaria sottesa al codice civile, di cui si è parlato prima. Qui l'immagine del lavoratore non è quella del soggetto gerarchicamente inquadrato, obbediente e disciplinato, bensì quella di una persona che chiede rispetto per la propria dignità nel contesto aziendale e che non è monade isolata dinnanzi al potere dell'imprenditore, essendo in grado di far valere, in questo suo rapporto con quel potere, il peso della solidarietà veicolata dalla presenza del sindacato. In altri termini, con questa legge ci tro-

---

(<sup>13</sup>) Ci si riferisce alla l. 15 luglio 1966, n. 604, *Norme sui licenziamenti individuali*, detta sulla "giusta causa". L'emanazione di questa legge venne agevolata da una sentenza della Corte costituzionale che – pur rifiutando di considerare incostituzionale l'articolo del codice civile che contemplava il licenziamento libero (l'art. 2118 c.c.) – sollecitò un intervento del legislatore considerandolo necessitato dalla previsione costituzionale del "diritto al lavoro" (art. 4 Cost.).

(<sup>14</sup>) La l. n. 1369/1960, *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi*, interveniva in un'area nella quale il codice civile, rispecchiando pratiche risalenti, si era limitato a prevedere il *Divieto di interposizione nel lavoro a cottimo* (art. 2127 c.c.).

(<sup>15</sup>) La l. n. 230/1962, *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, riscrive la debole disciplina prima contenuta nell'art. 2097 c.c. (rubricato *Durata del contratto di lavoro*).

(<sup>16</sup>) Per tutti, T. TREU, voce *Statuto dei lavoratori*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano 1990, 1032.

viamo di fronte a un legislatore che prescrive un più aggiornato modello di gestione del personale, baricentrato sul rispetto della «libertà e dignità del lavoratore» (sono le parole che la legge utilizza nella rubrica del titolo primo dello Statuto) e sul confronto sindacale<sup>(17)</sup>, considerato come dimensione fisiologica di quella gestione<sup>(18)</sup>.

Può essere utile ricordare per sommi capi i principali contenuti di quella legge, raggruppandoli secondo i due profili poco fa richiamati.

La legge innanzitutto inquadra tutti i momenti della gestione della organizzazione produttiva che l'esperienza aveva comprovato essere occasione di pratiche lesive della dignità e della libertà dei lavoratori. Viene quindi sottoposta a disciplina l'intera gamma dei poteri datoriali. Il *potere di controllo*, nella molteplicità delle direzioni in cui si può spingere: il controllo sulla prestazione, il controllo sulla malattia, il controllo sulla persona (le ispezioni personali), il controllo sulla vita privata (che viene escluso). Il *potere direttivo*, che si esercita sia attraverso la modificazione dei contenuti qualitativi della prestazione, sia attraverso la modifica del luogo della prestazione la persona. Il *potere disciplinare*. Il *potere organizzativo* (si attiva un rudimentale meccanismo di controllo, da parte dei lavoratori, del rispetto delle normative in materia di ambienti di lavoro; si esclude la possibilità di politiche di fi-

---

<sup>(17)</sup> Nella celebrazione del trentennale dello Statuto, Giugni afferma: «Lo statuto [...] rispondeva ad una ispirazione “conflittuale” nel senso che questo termine ha assunto nei paesi più evoluti dell'occidente. Esso muove cioè dal presupposto che occorre individuare spazi per una normale e fisiologica conflittualità sociale orientata in senso riformistico, e a questa occorre predisporre binari lungo i quali scorrere» (in *Lo statuto dei lavoratori tra passato e futuro*, quaderno della Fondazione Brodolini, Donzelli, Roma, 2002, 18, nel quale sono pubblicati gli atti del convegno svoltosi il 15 dicembre 2000). Sembrano risuonare nelle sue parole gli echi di un appassionato intervento del Ministro Brodolini in un convegno dell'UDDA (1969). Rivolgendosi ai dirigenti d'azienda dice: «Penso che, anche se talvolta la presenza sindacale può essere considerata da taluno di impaccio o fastidiosa – le organizzazioni sindacali, che dobbiamo cercare di portare ad un sempre più alto senso di responsabilità, siano da considerare un elemento fisiologico della democrazia ed anche un elemento fisiologico dell'ordinato sviluppo economico di un paese moderno». Egli aggiunge che il sindacato «ha motivi per rivendicare una propria legittimità nella misura in cui si faccia portatore anche di un grande ideale di solidarietà umana, non pensi cioè soltanto agli interessi del proprio gruppo, della propria categoria, della propria classe, ma all'interesse generale, all'interesse di tutto il paese» (in A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 312).

<sup>(18)</sup> Bene afferma Treu (ivi, 1049), che: «lo statuto utilizza per la prima volta in modo sistematico la disciplina vincolistica per incidere sugli assetti di potere fra le parti nel rapporto individuale, oltre che nei rapporti collettivi; in particolare sui poteri dell'imprenditore attinenti all'amministrazione del rapporto di lavoro».



delizzazione realizzate attraverso attività culturali, ricreative e assistenziali; fa apparizione anche quella che considero la prima flessibilità a favore dei lavoratori: il diritto dei lavoratori studenti a turni di lavoro che agevolino la frequenza ai corsi e la preparazione agli esami). Il *potere di licenziamento*, che – attraverso l'istituto della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato – viene privato della possibilità di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. E si fissa un generale divieto di atti e comportamenti discriminatori.

È subito opportuno puntualizzare che qui la finalità del legislatore non è certo quella di ridurre i poteri necessari alla gestione, ma solo quella di imporre che il loro esercizio avvenga con modalità rispettose della dignità della persona <sup>(19)</sup>. Da un punto di vista meramente formale – che, a tacer d'altro, quantomeno trascurerebbe il dato di storicità rappresentato dal particolare rilievo che la dignità della persona ha ricevuto nel testo della Costituzione – lo Statuto potrebbe essere considerato (per questo profilo) come una legge che in fin dei conti concretizza la tutela prevista dall'articolo 2087 del codice civile nel quale si onera il datore di lavoro a tutelare, oltre che l'integrità fisica, anche la «personalità morale» del lavoratore.

Per quel che riguarda il secondo profilo, quello relativo alla presenza del sindacato, va detto che la legge si muove su un duplice piano. Da un lato, provvede a proteggere l'esercizio della libertà sindacale nei luoghi di lavoro contro comportamenti datoriali che possano mortificarla (divieto di discriminazione, divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori, divieto dei sindacati di comodo, repressione della condotta antisindacale) <sup>(20)</sup>. Dall'altro lato – e questo rappresenta

---

<sup>(19)</sup> In un intervento all'assemblea dell'Intersind, nel 1969, Brodolini afferma che i diritti dei lavoratori «comportano anche dei doveri, questo mi sembra del tutto ovvio. Il nostro compito non è quello di instaurare il caos, né quello di instaurare un regime di ozio o di inattività permanente nella vita italiana; c'è anzi l'esigenza di lavorare sempre di più» e che era necessario restaurare «quel minimo di ordine, di disciplina e di efficienza da cui dipendono le nostre fortune, la nostra prosperità e il nostro sviluppo in avvenire» (in A. FORBICE (a cura di), *op. cit.*, 300-301).

<sup>(20)</sup> Si deve ricordare che l'originaria impostazione del disegno di legge governativo, per fornire base di effettività alla libertà sindacale, prevedeva la misura della reintegrazione del lavoratore che fosse stato licenziato in ragione del suo attivismo sindacale. Nel corso dei lavori parlamentari questa misura venne poi generalizzata come forma di reazione nei confronti di tutti i licenziamenti comunque illegittimi. Non venne tuttavia modificata la sua collocazione sistematica nell'ambito della legge; e in effetti la si trova collocata (stiamo parlando del famoso art. 18) nel titolo secondo, dedicato alla libertà sindacale. Quella misura trova comunque applicazione nelle unità produttive di cui alla nota successiva (la l. n. 108/1990 la estese a tutti i datori di lavoro che

l'elemento maggiormente innovativo – provvede a garantire la presenza delle organizzazioni sindacali all'interno dell'organizzazione aziendale<sup>(21)</sup> mediante loro rappresentanze (rappresentanze sindacali aziendali). Si pone quindi un costo in capo all'impresa, organizzativo ed economico (assemblea, anche retribuita; referendum; permessi, retribuiti e non; locali; affissione)<sup>(22)</sup>; in altri termini, la presenza del sindacato viene fatta rientrare tra le spese di gestione dell'azienda, essendo appunto concepita quella presenza – e qui si produce il vero salto qualitativo rispetto all'impostazione codicistica – come elemento fisiologico della vita di quest'ultima, destinato a influire sulle modalità di gestione del potere aziendale. La legge, se si fa eccezione per alcuni limitati profili<sup>(23)</sup>, non parla di contratto e contrattazione collettiva e si limita a sancire solo la presenza delle organizzazioni sindacali nel territorio aziendale, ma è chiaro che pone i presupposti per lo sviluppo in quella direzione.

Com'è noto, a suo tempo la scelta fatta dal legislatore non fu quella di promuovere indistintamente qualsiasi organizzazione sindacale. Esso, infatti, espresse una decisa opzione per il sindacato inserito in un tessuto organizzativo extra aziendale ed, in particolare, al sindacalismo confederale, in ragione dei valori di cui esso si faceva portatore nella realtà sociale. La maggiore rappresentatività del sindacato venne eletta a criterio selettivo per la sua promozione<sup>(24)</sup>.

In verità qui il legislatore, oltre a segnare la maggiore discontinuità rispetto all'impostazione codicistica, nello stesso tempo sembra anche

---

comunque occupano più di sessanta dipendenti nonché a tutti i casi di licenziamento discriminatorio).

<sup>(21)</sup> Il legislatore limita la presenza a organizzazioni di una certa dimensione. Più precisamente si riferisce a unità produttive (sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo) che occupino più di quindici dipendenti (cinque nel caso di imprese agricole), e ad esse comunque assimila la presenza dello stesso numero di dipendenti occupati dall'impresa nel territorio comunale.

<sup>(22)</sup> Non bisogna trascurare di considerare che peraltro la legge intervenne in materia di diritti sindacali ponendosi in piena sintonia con quello che stava accadendo sul piano della negoziazione collettiva. Da questo punto di vista la novità potrebbe in una certa misura essere ridimensionata, operando qui la legge in funzione di stabilizzazione di conquiste che si stavano producendo sul piano della realtà sociale, anche se su di essa finì per svolgere una certa influenza lo stesso lavoro parlamentare di approvazione della legge. Giugni (*Il sindacato tra contratti e riforme*, De Donato, Bari, 1973, 83) parla di un processo di interazione fra elaborazione dello Statuto e azione sindacale.

<sup>(23)</sup> Uno specifico ruolo negoziale della rappresentanza venne previsto dalla legge solo in materia di impianti audiovisivi (art. 4) e visite personali di controllo (art. 6).

<sup>(24)</sup> Più volte la Corte costituzionale ha ritenuto legittima l'adozione di quel criterio.

sancire il definitivo abbandono della prospettiva regolativa della organizzazione sindacale contemplata dalla seconda parte dell'articolo 39 della Costituzione. Com'è noto, con felice colpa, ci si era astenuti dal dare attuazione a questa prospettiva, lasciando così maturare le condizioni per lo sviluppo di un sistema completamente autoregolato che stava orientandosi verso logiche unitarie. Orbene, il legislatore ora interviene non per regolare l'organizzazione sindacale<sup>(25)</sup>, ma solo per rafforzare – attraverso la garanzia della presenza in azienda – quelle organizzazioni sindacali che si erano imposte nel sistema di fatto. Così riconosceva l'autosufficienza e la piena legittimazione di quest'ultimo. Si sta parlando dell'organizzazione sindacale, però occorre ricordare che la legge sembra ricondurre la rappresentanza sindacale a un diritto dei lavoratori: ad essi viene riconosciuta, infatti, l'iniziativa di costituire la rappresentanza nell'unità produttiva. Questa iniziativa viene tuttavia circoscritta facendo ricorso a una formula ellittica e allusiva: l'iniziativa la possono assumere solo «nell'ambito» di determinate organizzazioni<sup>(26)</sup>. È chiaro che si tratta di una formula utilizzata per sfumare il problema dei rapporti con il movimentismo e per favorire – come poi è avvenuto – un suo riassorbimento da parte delle organizzazioni storiche<sup>(27)</sup>.

Si sono illustrati gli aspetti più importanti della legge<sup>(28)</sup>. Dopo la sua approvazione, il diritto del lavoro non sarà più quello di prima. Si dischiudono inoltre le porte a interventi penetranti della magistratura nella vita aziendale, soprattutto attraverso lo strumento del ricorso di ur-

---

<sup>(25)</sup> Il legislatore si astiene dal dare una configurazione alla rappresentanza aziendale (lasciando tale compito all'autonomia di ciascuna organizzazione sindacale) e si limita a creare spazi a suo favore.

<sup>(26)</sup> «Art. 19. – *Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali.* Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito: a) delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; b) delle associazioni sindacali, non affiliate alle predette confederazioni, che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva».

<sup>(27)</sup> P. CRAVERI (*La Repubblica dal 1958 al 1992*, Tea, Milano 1996, 379) accredita l'idea che lo statuto rispondesse egregiamente all'esigenza da tutti avvertita (tanto che la votarono anche i liberali) di ricondurre sotto il pieno controllo del sindacalismo confederale i processi conflittuali e contrattuali.

<sup>(28)</sup> La legge conteneva anche norme in materia di collocamento, mirate a rendere più effettiva quella disciplina e a valorizzare il ruolo del sindacato nella sua gestione. Si può dire che alla rigidità in uscita (realizzata attraverso la generalizzazione della misura della reintegrazione per i licenziamenti illegittimi – art. 18), quella legge cercava di accompagnare – appunto mediante le norme sul collocamento – una forte rigidità all'entrata.

genza al pretore per la rimozione dei comportamenti antisindacali del datore di lavoro (articolo 28). Basterebbe dare uno sguardo ai repertori della giurisprudenza per rendersene conto. Nel periodo precedente le vertenze erano tutte poste al termine del rapporto e riguardavano aspetti di carattere economico; dopo cominceranno a riguardare le concrete manifestazioni del potere datoriale.

#### 4. Quali sono le idee alla base dell'elaborazione dello Statuto?

Per analizzare l'idea dello Statuto per come si è venuta elaborando sul piano della politica legislativa di Giacomo Brodolini è utile soffermarsi su due dei versanti sui quali quell'idea trovò una certa resistenza.

Il primo versante è quello dell'ostilità manifestata dalla Cisl. In verità si trattò di un'ostilità che venne ben presto a indebolirsi anche in ragione delle evoluzioni che si produssero all'interno di quell'organizzazione, in particolare sotto la spinta dei metalmeccanici, categoria a forte vocazione unitaria. Contro un intervento legislativo, la Cisl si era pronunciata sin da quando l'idea di uno statuto era stata recepita all'interno del programma del primo governo organico di centrosinistra (1963). Le ragioni di tale contrarietà risiedevano nella convinzione che spettasse al contratto collettivo, e non alla legge, il compito di apprestare tutele a favore dei lavoratori, e che un intervento del legislatore finisse per togliere ruolo e potere al sindacato, nella cui forza avrebbe dovuto invece risiedere la migliore garanzia della tutela dei lavoratori<sup>(29)</sup>. Quella contrarietà, che ebbe modo di esprimersi soprattutto in occasione dell'approvazione della legge sui licenziamenti (nel 1966)<sup>(30)</sup>, venne sottoposta a critiche sulla rivista di Brodolini (*Economia & Lavoro*). Erano critiche che avevano un particolare valore perché venivano da Giugni, uno studioso che era molto vicino alla cultura contrattualistica della Cisl. Egli osservava come una contrapposizione tra contratto collettivo e legge avesse «un carattere del tutto artificioso», poiché ben poteva concepirsi che l'iniziativa legislativa «anziché essere paralizzante per l'azione sindacale, valesse a impulso o garanzia finale per la stessa»

---

<sup>(29)</sup> Torna a rivalutare quella linea, ritenendola tradita dalla svolta carnitiana, un recente studio di G. GRAZIANI, dal titolo molto significativo, *Il nostro statuto è il contratto. La Cisl e lo Statuto dei lavoratori (1963-1970)*, Edizioni Lavoro, Roma, 2007.

<sup>(30)</sup> Alla Camera dei deputati quella legge venne approvata con l'astensione di 16 deputati democristiani della Cisl.

(<sup>31</sup>). Nella ferma convinzione dell'importanza centrale del sistema di relazioni industriali nella tutela del lavoro, Giugni riteneva che l'intervento legislativo poteva e doveva porsi non come elemento di mortificazione dell'autonomia collettiva, bensì «come fattore di potenziamento» (<sup>32</sup>) della stessa. Si trattava di un punto di vista assai convincente e non è un caso che Merli Brandini, uomo di spicco della Cisl, nel corso di una tavola rotonda che era stata introdotta da Giugni (avente appunto ad oggetto il tema delle prospettive *Per una moderna legislazione del lavoro*), non manifestasse contrarietà e sottolineasse invece il «salto qualitativo che emerge dalla nota di Giugni in relazione all'intervento dello Stato in materia di lavoro», e apprezzava quindi l'intenzione di «creare una serie di stimoli ed incentivi perché il sindacato eserciti un potere reale e costante» (<sup>33</sup>).

Il secondo versante è quello rappresentato da uno schieramento che era portato a mettere al centro della politica legislativa la semplice funzione protettiva dei lavoratori come singoli. Qui il contrasto, ovviamente, non aveva ad oggetto, come sul versante precedentemente analizzato, l'opportunità dell'intervento legislativo, bensì la filosofia e i contenuti dello stesso. Giugni aveva chiaramente individuato questo schieramento. A suo avviso, esso era portato a concepire «la funzione della legge come protettiva del *singolo* lavoratore» e a scavalcare la mediazione del sindacato o attribuire ad essa un ruolo affatto secondario (<sup>34</sup>). Lo considerava pertanto intriso di una cultura paternalistica (<sup>35</sup>). Per lui era invece necessario considerare che sindacato e contrattazione erano i cardini centrali del sistema di tutela del lavoro e che, «di conseguenza, l'intervento legislativo, ove non voglia di proposito avvilire questo es-

---

(<sup>31</sup>) G. GIUGNI, *Esperienza politico-economica con Giacomo Brodolini*, in *EL*, 1970, 525.

(<sup>32</sup>) G. GIUGNI, *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, in *EL*, 1967, 20. «L'azione del sindacato non si svolge in un vuoto istituzionale ed un accorto uso dell'azione legislativa è reso opportuno vuoi per consolidare le conquiste sindacali, vuoi per rimuovere ostacoli alla realizzazione di esse» (ivi, 19). Questo articolo costituiva la relazione introduttiva a una tavola rotonda i cui atti sono pubblicati nello stesso numero di *EL*.

(<sup>33</sup>) G. GIUGNI, *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, cit., 31-32. E aggiungeva che per «conseguire tale obiettivo è indispensabile facilitare l'esercizio del suo potere contrattuale, la sua capacità di attrazione tra i lavoratori, uno sviluppo effettivo della sindacalizzazione».

(<sup>34</sup>) G. GIUGNI, *Le ragioni dell'intervento legislativo nei rapporti di lavoro*, cit., 20.

(<sup>35</sup>) «Posto che il momento sindacale è momento di autonomia e di libero sviluppo civile, è dato senz'altro affermare che queste tendenze sono affette da un potente vizio di paternalismo» (*ibidem*).

senziale momento autonomo della vita civile, può e deve porsi (rovesciando i termini di una tradizione di interventi a sfondo paternalistico) come fattore di potenziamento dell'autonomia stessa»<sup>(36)</sup>.

A differenza dei disegni di legge presentati dal Pci e dal Psiup, i quali ponevano l'obiettivo di porre limiti ai poteri imprenditoriali perché i singoli lavoratori potessero riacquistare la piena condizione di cittadinanza anche all'interno dei luoghi di lavoro, nel disegno di legge governativo<sup>(37)</sup>, coerentemente alle idee di Brodolini e del suo tecnico, Giugni<sup>(38)</sup>, il baricentro viene invece fissato nella linea promozionale del sindacato<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(36)</sup> *Ibidem*.

<sup>(37)</sup> Del quale può essere utilmente letta la bella relazione al disegno di legge governativo, nella quale si scorge la mano di Giugni: «Il proposito del disegno di legge [...] è di contribuire in primo luogo a creare un clima di rispetto della dignità e della libertà umana nei luoghi di lavoro, riconducendo l'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare dell'imprenditore nel loro giusto alveo e cioè in una stretta finalizzazione allo svolgimento delle attività produttive [...]. Pur essendo state previste [...] adeguate sanzioni, è convinzione del governo che un vero clima di rispetto della libertà e dignità del lavoro non possa aversi se non potenziando adeguatamente lo strumento di rappresentanza e di autodifesa dei lavoratori, vale a dire del sindacato. La disciplina in oggetto, in altre parole, resterebbe incompiuta e forse anche non rigorosamente applicata, ove l'intervento legislativo non si traducesse altresì in un'azione di sostegno e di promozione dell'attività rappresentativa del sindacato nell'azienda. È inoltre da avvertire che proprio per la estrema multiformità delle situazioni, il legislatore non è in grado di individuare tutte le zone di possibile attrito tra le esigenze tecnico-produttive e quelle di salvaguardia dei valori umani connesse allo svolgimento del lavoro, e che è pertanto da auspicarsi, anche in conseguenza della presente legge, un adeguato sviluppo di attività contrattuali, idonee a risolvere in modo elastico e su basi consensuali i nuovi problemi, via via che si presentano nel variegato contesto delle relazioni industriali [...] il governo opera una scelta a sostegno della autonomia sindacale, che supera qualsiasi contrapposizione, quale si è avuta in passato, tra iniziativa legislativa e autonomia sindacale, giacché è proprio la prima che si pone in funzione di promozione e di potenziamento della seconda» (la relazione è riportata in G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori tra passato e futuro*, cit., 6).

<sup>(38)</sup> F. MANCINI (in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna, 1976, 188) parla di sodalizio tra Brodolini e Giugni, e tende a enfatizzare l'influenza avuta da un gruppo di giuristi (Giugni *in primis*) alla cui cultura riformistica riporta l'idea della legislazione promozionale. In senso analogo P. CRAVERI, *op. cit.* In verità, tra il politico e il tecnico c'è stato un sodalizio vero. Infatti, quella cultura era ampiamente condivisa da Brodolini, socialista riformista che proveniva dall'esperienza azionista e che, quando era nel sindacato (la Cgil), si era naturalmente fatto portatore di una visione forte della sua autonomia rispetto ai partiti e del suo ruolo partecipativo. Brodolini ebbe la fortuna di avere la collaborazione di un tecnico del valore di Giugni che condivideva ampiamente la sua visione avendola fortemente espressa e sostenuta con la sua attività di studioso impegnato. Una ragione deve pur esserci se la paternità della

Questo disegno di legge venne fatto oggetto di forti critiche da parte degli ambienti della *Rivista giuridica del lavoro* (della Cgil). Il suo giurista di punta, Ugo Natoli, fu fortemente critico verso il disegno di legge governativo<sup>(40)</sup>, soprattutto nella parte in cui sosteneva le organizzazioni sindacali. Natoli sostenne che esso si mostrava «totalmente inadeguato al fine di una effettiva tutela delle libertà nelle fabbriche, ponendosi piuttosto, in funzione sostanzialmente limitativa di esse» e che inoltre sembrava «spostare l'obiettivo verso un'assai opinabile istituzionalizzazione delle organizzazioni sindacali (sia pure per il momento al livello aziendale e, conseguentemente, verso una regolamentazione, sotto vari aspetti, d'autorità della loro attività)». Denunciò che su 25 articoli del disegno di legge soltanto 7 si occupavano del lavoratore e gli altri, invece, del sindacato<sup>(41)</sup>.

Per Natoli era già tutto scritto nella Carta costituzionale e in essa leggeva le libertà e i diritti fondamentali dei singoli lavoratori; quelli per lui andavano tutelati dalla legge, «non quelli dei sindacati»<sup>(42)</sup>. A suo avviso, sotto l'apparenza di un rafforzamento dei sindacati, si tendeva «da una parte, ad imbrigliare l'organizzazione e l'attività sindacale e, dall'altro, a ridurre in termini pressochè trascurabili il vero problema

---

legge stessa la si è potuta attribuire – come è avvenuto nella vulgata, da Giugni peraltro mai validata – al tecnico, mentre ben avrebbe potuto essere attribuita – come spesso avviene – al politico (e forse anche al nuovo ministro, Donat Cattin, che aveva svolto un ruolo importante nel condurre in porto la legge). Peraltro, se certamente la vulgata ha potuto prendere piede per la prematura scomparsa di Brodolini, non si può escludere che possa essere stata anche favorita dal tramonto dell'esperienza politica del centrosinistra.

<sup>(39)</sup> Coglie bene le differenze M.G. GAROFALO, voce *Statuto dei lavoratori*, in *EGT*, 1996: «mentre i disegni di Pci e Psiup miravano ad una legge che garantisse che il lavoratore cittadino non incontrasse nei luoghi di lavoro ostacoli alla sua libera partecipazione alla dinamica sociale e politica, il ddl governativo – ponendo al centro il sindacato e l'attività sindacale – mirava piuttosto ad una legislazione sul sistema di relazioni industriali».

<sup>(40)</sup> U. NATOLI, *Luci ed ombre del disegno di legge n. 738 sui diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 1969, I, 317 ss. Il suo intervento poteva essere condiviso nella parte in cui segnalava alcuni elementi mancanti, che i lavori parlamentari recuperarono: ad esempio, le disposizioni in materia di divieto di indagine sulle opinioni, mansioni (art. 13).

<sup>(41)</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 320. Analoga visione in L. ARATA, *Alcune osservazioni sul documento governativo in ordine allo statuto dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 1969, I, 49 «Il problema [...] dei diritti dei lavoratori attiene più semplicemente alla rimozione per legge degli ostacoli che tuttora mutilano delle libertà fondamentali il cittadino, in quanto lavoratore, allorché è nella produzione».

<sup>(42)</sup> «La libertà sindacale [...] viene certamente in considerazione, ma in quanto espressione di una posizione fondamentale – positiva o negativa, in fase statica o in fase dinamica – propria di ogni lavoratore» (*ibidem*).

che dovrebbe essere risolto attraverso uno “statuto dei diritti dei lavoratori”, la tutela della posizione dei singoli lavoratori di fronte al potere datoriale». In altri termini, la legge avrebbe dovuto solo esplicitare quello che dalla Carta avrebbe dovuto essere tratto già in via interpretativa, e cioè che i poteri datoriali devono essere esercitati in coerenza con la funzione sociale che essi devono concretizzare. «Lungi [...] dall’allargare lo spazio del sindacato, il previsto ingresso del sindacato stesso nella fabbrica» avrebbe finito «col ridurne – e non di poco – la libertà di manovra, assegnando inoltre al sindacato, così istituzionalizzato e rafforzato una funzione sotto vari aspetti limitativa o, addirittura, esclusiva dei diritti dei lavoratori *uti singuli*»<sup>(43)</sup>.

È significativo che si criticasse – vedendolo come una limitazione delle libertà costituzionali riconosciute ai singoli – che il diritto di riunione venisse conferito alle rappresentanze sindacali, «confermando così l’esclusione di eventuali riunioni extrasindacali», e che la riunione dovesse riguardare materie di interesse sindacale e del lavoro: «l’intendimento di escludere ogni possibilità di dibattito comunque politico è evidente»<sup>(44)</sup>.

Nel dibattito parlamentare questo venne assunto come l’elemento sul quale si appuntò la «critica di fondo» del partito comunista alla legge

---

<sup>(43)</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 321. Ad esempio, con riferimento ai controlli a distanza e alle visite personali si critica che possano essere oggetto di negoziazione collettiva, essendo in gioco diritti dei singoli (ivi, 322). Si vedano le dure critiche che Federico Mancini, in un saggio pubblicato nel 1970 (ora in F. MANCINI, *op. cit.*, 190 ss.), rivolge ai giuristi della rivista giuridica del lavoro, Natoli *in primis*, di cui, pur riconoscendo il valore, denuncia come, pur essendo «studiosi di formazione marxista, impegnassero tutte le loro energie in una battaglia per obiettivi dichiaratamente sovrastrutturali, sia pure di grande momento», trascurando invece il dato strutturale della debolezza del lavoratore in costanza di rapporto. «Se gli “uomini della rivista giuridica del lavoro” avessero approfondito questo dato strutturale, anziché fare un *pruis* di situazioni epifenomeniche, avrebbero forse evitato la risposta velleitaria, starei per dire “ideologica”, cioè mistificante, che dettero al nostro problema».

<sup>(44)</sup> U. NATOLI, *op. cit.*, 321. G. GIUGNI (*Lo statuto dei lavoratori: continuità di una politica*, in *EL*, 1969, n. 4, 377 ss.) fu fortemente critico nei confronti di questa prospettiva, rilevando che «i diritti costituzionali [...] non sono tutti esercitabili in qualsiasi circostanza di tempo e di luogo» e che le attività politiche in senso stretto (riunioni di partito o di associazioni civili) sono estranee all’attività aziendale e sarebbe stato incongruo «imporre all’imprenditore di collaborare a tali attività, ponendo a disposizione locali o muri per affissioni o concedendo tempi liberi di permessi e così via. Quantomeno, questa non è la direttiva della Costituzione».



(<sup>45</sup>). A ben vedere, la critica avrebbe potuto essere condivisa se fosse stata – come per molti versi appariva – una difesa della libertà del soggetto sindacale, alla attività del quale non possono essere poste limitazioni di competenza (<sup>46</sup>); ma in verità al fondo di essa c'era anche – e forse soprattutto – la rivendicazione di una possibilità di autonoma presenza del partito politico in fabbrica (<sup>47</sup>).

Questa questione incrociava anche il problema dell'unità sindacale. Laddove i socialisti – vedendo l'unità sindacale come un elemento indispensabile alla partecipazione diretta delle forze sociali al processo di democratizzazione del governo del paese – ritenevano che questa unità potesse essere favorita dall'affermarsi di un certo grado di autonomia delle organizzazioni sindacali rispetto ai loro partiti storici di riferimento (<sup>48</sup>) e trovavano quindi naturale sostenere che nell'azienda

---

(<sup>45</sup>) Si veda l'intervento dell'on. Sacchi alla Camera il 13 maggio 1970, in *Lo statuto dei lavoratori. Progetti di legge e discussioni parlamentari*, Senato della Repubblica, Servizio Studi, Roma, 1974, 905.

(<sup>46</sup>) Con gli occhi di dopo – vista la latitudine dell'azione politica esercitata dal sindacato, avallata anche dalla stessa Corte costituzionale, che finirà per riconoscere la legittimità dello sciopero politico puro – il problema potrebbe sembrare superato (come peraltro già a quel tempo faceva Giugni, il quale già partiva dall'idea che la libertà sindacale implicasse la massima latitudine, per cui «materia sindacale» è tutto ciò che il sindacato ritenga di assumere come oggetto della propria azione di tutela del lavoro).

(<sup>47</sup>) G. SACCHI, *op. cit.*, 908 «noi non abbiamo il diritto di stabilire per legge ciò che i lavoratori devono discutere, e neppure quello di proibire per legge ai lavoratori che lo vogliono (e sottolineo questo punto: che lo vogliono) di convocare riunioni degli iscritti ai loro partiti, e di invitare a queste riunioni coloro che vogliono parteciparvi».

(<sup>48</sup>) Sulla visione dell'unità sindacale si veda quanto già riportato sopra (nota 7). Qui può essere utile riportare un bel passo dell'intervento fatto da Brodolini al congresso della Feneal-Uil del 1969: «La causa dell'unità sindacale dei lavoratori italiani mi è sommamente cara. Mi è cara non soltanto per ragioni sentimentali ma anche per ragioni politiche. Io penso che viviamo una fase di transizione, di trapasso della nostra democrazia, caratterizzata dalla ricerca di soluzioni più avanzate capaci di meglio corrispondere alle inquietudini, alle sollecitazioni, alle richieste che salgono dalla società. Viviamo, senza dubbio, in una democrazia formale che è qualcosa di meglio della non democrazia, di cui, come è stato ricordato, soffrono i lavoratori di altri paesi. Ma anche la nostra democrazia ha bisogno di essere corretta, di essere migliorata, di essere adeguata, di essere arricchita, di diventare una democrazia che sia vivente coscienza del popolo, amata da tutti i lavoratori. Questa democrazia ha bisogno oltre che di forma, di sostanza; non ha bisogno di esplicitarsi solo attraverso la elezione quinquennale del parlamento ma anche attraverso l'autorità, la rappresentatività, il prestigio, la compartecipazione al potere delle grandi forze sociali, delle grandi organizzazioni popolari, delle grandi formazioni sindacali». Giugni sottolinea come sia il partito socialista a prendere subito posizione dell'unità sindacale vedendo in un sindacato forte –

l'iniziativa delle riunioni – per dibattere questioni sindacali – dovesse essere assunta dalle organizzazioni sindacali, i comunisti non vedevano con favore questa prospettiva <sup>(49)</sup>.

Non possono non sconcertare – sapendo quello che lo Statuto ha significato per la storia del nostro paese – le parole che l'on. Sacchi, deputato del partito comunista, pronunciò verso la fine del suo intervento alla Camera: «se la maggioranza di questo Parlamento vorrà assumersi la responsabilità di approvare una legge che autorizza i padroni a continuare a calpestare la Costituzione nei luoghi di lavoro, ebbene, di questo atto giudicheranno i lavoratori. E non sarà certo un giudizio positivo per la maggioranza, ma una severa condanna [...]. Dichiariamo comunque sin d'ora ai lavoratori e al paese che su tutte le questioni attinenti al rispetto della libertà, della dignità e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro – che l'attuale legge lascia aperte – noi presen-

---

essendo appunto l'unità condizione di quella forza – una garanzia per la strategia delle riforme (in G. GIUGNI, *Il sindacato tra contratti e riforme*, cit., 151).

Come è noto, in connessione con le spinte all'unità si produsse un acceso dibattito sulla incompatibilità tra cariche politiche e cariche sindacali; su di esso si veda P. CRAVERI, *op. cit.*, 381 ss.

<sup>(49)</sup> Si veda la forte polemica svolta da Giugni nei confronti della posizione dei comunisti: «se all'obiettivo dell'assemblea politica in fabbrica, oggi, si attribuisce un significato così attuale da impedire un proficuo dialogo tra maggioranza e opposizione su una legge qualificante e proposta per il mondo del lavoro; se cioè si ritiene primario l'obiettivo di dar spazio e respiro alle organizzazioni politiche in fabbrica; se le premesse sono queste, non si vuol tenere conto del fatto che tutto ciò avrebbe un potenziale negativo sugli sviluppi dell'unità sindacale; non si tiene a mente che, nella presente crisi dei partiti, e nelle zone più arretrate del Paese, la presenza di questi nelle fabbriche (non la libertà di opinione che va anzi energicamente salvaguardata), inidonea a risolverne i travagli interni, si risolverà nella formazione di centri di piccolo cabotaggio politico, in taluni casi di sfondo clientelare, in concorrenza pericolosa con il sindacato. E se così non fosse, se la rivendicazione sostenuta con tale zelo risultasse essere solo il riflesso di una posizione di principio, basata su una discutibile interpretazione del testo costituzionale, v'è da chiedersi come il marxismo-leninismo, nella sua mediazione togliattana, sia giunto a ridursi ad una strategia politica alimentata da un mero neocostituzionalismo, per giunta – vedi l'insistenza sui “diritti individuali dei lavoratori” – di impronta individualistica» (G. GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori: continuità di una politica*, cit., 387-388). Cfr. nei lavori parlamentari la “risposta” nell'intervento dell'on. Sacchi: «A chi [...] si preoccupa – come d'altra parte ci preoccupiamo noi – della unità sindacale; a chi, come è stato detto in Commissione, esprime la preoccupazione che la presenza dei partiti nei luoghi di lavoro porta un elemento di divisione tra i lavoratori a danno del processo unitario in atto tra i sindacati, noi vorremmo prima di tutto far rilevare che i fatti dimostrano che questa preoccupazione non ha ragione di essere e che comunque non può giustificare in alcun modo la limitazione dei diritti dei lavoratori», in G. SACCHI, *op. cit.*, 907.

teremo una precisa proposta di legge, per la quale ci impegniamo a sostenere, qui in Parlamento e nel paese, la lotta. E questa lotta noi la porteremo avanti fino a quando la Costituzione non avrà varcato veramente i cancelli delle fabbriche»<sup>(50)</sup>.

La visione dei socialisti – che mirava a riconoscere al sindacato un ruolo autonomo nel governo del sistema economico – risultava indigesta a quella sinistra che nel sindacato altro non vedeva se non una variante dell'azione politica collocata saldamente nelle mani del partito<sup>(51)</sup>. Si confermava la persistenza di quella cultura arretrata che Giugni aveva definito come paternalista, portata a enfatizzare il ruolo garantistico della legge e sottovalutare il valore strategico del ruolo partecipativo delle organizzazioni sindacali<sup>(52)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Ivi, 911-912.

<sup>(51)</sup> Di qui per i comunisti la centralità del parlamento per l'azione di emancipazione dei lavoratori e la diffidenza con la quale hanno frequentemente accolto le manifestazioni della concertazione. Si veda P. CRAVERI, *op. cit.*, il quale rileva come l'impostazione promozionale veniva «guardata con diffidenza da larga parte del movimento sindacale principalmente per una pregiudiziale classista. L'alterità del "sindacato di classe" di derivazione marxista-leninista doveva infatti manifestarsi non solo nell'esercizio del conflitto industriale, come contrapposizione permanente al sistema capitalistico (per cui la stessa contrattazione collettiva era conquista di livelli superiori di forza e mai presupposto di un rapporto istituzionalizzato) ma anche nel non accogliere il principio della tutela dello stato, quando dall'enunciazione dei diritti individuali si passava all'attribuzione di strumenti e funzioni al sindacato, che potessero configurarlo come soggetto appunto istituzionalizzato dell'ordinamento giuridico, in virtù del principio opposto, che la forza e non il diritto può sola governare la lotta di classe» (ivi, 376). Craveri accredita l'idea che lo Statuto rispondesse egregiamente all'esigenza da tutti avvertita (tanto che la votarono anche i liberali) di ricondurre sotto il pieno controllo del sindacalismo confederale i processi conflittuali e contrattuali (ivi, 379). Si veda anche M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 6, il quale rileva che il sostegno alle organizzazioni sindacali non operava solo contro i poteri dell'imprenditore o le forme organizzative dell'autotutela diverse dal sindacato (come i cub), ma altresì nei confronti dei partiti poiché il sindacato diveniva il canale privilegiato per l'espressione di ogni domanda di partecipazione dei lavoratori all'intera dinamica sociale e politica.

<sup>(52)</sup> In Giugni era forte la consapevolezza che tra interessi dei lavoratori e interessi datoriali vi è una frontiera mobile che va governata attraverso la dinamica delle relazioni sindacali e che la garanzia migliore dei diritti dei lavoratori risiede nella presenza di un sindacato forte, che va promossa. Può essere utile riportare alcuni passi di uno scritto di G. GIUGNI (*Lo statuto dei lavoratori, continuità di una politica*, in *EL*, 1969, 378 ss., in cui, parlando del disegno di legge presentato, dice: «sembra quasi superfluo avvertire che la legge non può prevedere tutto e tanto meno può farlo a fronte dei rapporti nell'azienda, che sono multiformi e generano situazioni repressive anch'esse di contenuto molto vario. È proprio muovendo da questa realistica considerazione e dal rilievo, storicamente e politicamente verificato, che in Italia il sindacato

**Giacomo Brodolini e lo Statuto dei lavoratori – Riassunto.** *L’A. ricostruisce, anche attraverso il supporto di fonti dell’epoca, il processo che ha dato luogo all’approvazione delle l. n. 300/1970 (Statuto dei lavoratori), mettendo in luce il ruolo che Giacomo Brodolini ed una parte della cultura giuslavoristica hanno avuto nella promozione di una innovativa concezione del sindacato quale soggetto chiamato a svolgere una vasta e complessa funzione di partecipazione democratica. Attraverso il confronto con la concezione codicistica del lavoratore, autoritaria e paternalistica ed ove è sconosciuta qualsiasi forma di rappresentanza collettiva dei lavoratori in azienda, l’A. mette in risalto le forti discontinuità che lo statuto realizza nella evoluzione del diritto del lavoro. Dopo l’approvazione di questa legge il diritto del lavoro non sarà più quello di prima. La ricostruzione dei principali contenuti di tale Legge è svolta nell’intento dar rilievo all’inedito riconoscimento ivi promosso della “libertà e dignità del lavoratore”, quale persona che non è monade isolata dinanzi al potere dell’imprenditore, essendo in grado di far valere, nel suo rapporto con quel potere, il peso della solidarietà veicolata dalla presenza del sindacato. Il contributo si chiude con la ricostruzione del dibattito, anche a tratti aspro, che ha accompagnato l’approvazione dello Statuto.*

**Giacomo Brodolini and the Statute of Workers (Article in Italian) – Summary.** *The paper provides an overview of the steps leading to the passing of Act No. 300/1970 (Workers’ Statute), also referring to legal sources available at the time. In addition, the paper points out the significant role carried out by Giacomo Brodolini and a number of labour law scholars in promoting the new function of trade unions as a catalyst for the democratic participation of workers in decision-making. In contrast with the authoritarian and paternalistic stance of the Civil Code, which restricts employee representation within the company, the paper highlights the innovative me-*

---

ha oggi notevoli potenzialità di espressione, che il progetto Brodolini tende a concentrarsi, negli altri titoli, sul rafforzamento del sindacato nell’azienda. L’idea sottostante è che la presenza, l’iniziativa e la capacità di invenzione del sindacato possono conseguire anche risultati molto più avanzati, e aggredire aspetti della condizione operaia, che la legge potrebbe risolvere solo in modo eguale e livellato, o ricorrendo ad inutili affermazioni di principio (cui sono inclini, invece, i progetti parlamentari). La piena tutela della dignità del lavoratore, ad esempio, consiste anche nella adeguata valorizzazione delle capacità professionali, nella creazione di queste dove siano carenti, nel diritto allo studio, alla carriera: ma questo obiettivo deve articolarsi in lotte, conquiste, avanzamenti successivi, e nell’invenzione di adeguati strumenti giuridico-contrattuali. La premessa di tutto ciò è una presenza combattiva del sindacato, che favorisca l’azione dal basso e una maturazione autonoma di indirizzi rivendicativi» e ai critici che sostengono che il sindacato potrà non riuscire a sviluppare una spinta progressiva dice: «è un’obiezione che implica un giudizio di disvalore verso le forme di tutela autonoma ed aderisce implicitamente ad una visione di riformismo paternalistico; una visione che il progetto ha respinto nel modo più deciso, anche a costo di dover affrontare critiche di incompletezza, sollevate in ambienti evidentemente legati ad una concezione statualista del diritto e della giustizia, e in specie del diritto del lavoro». Giugni parlava di un «discorso politico di lunga prospettiva, che ha come cardine l’autonomia, l’unità, lo sviluppo del sindacato».

---

*asures set out in the Statute, and its effort to move away from the traditional approach to labour law issues. While analyzing the key points of the Statute, the focus is on the workers' dignity and freedom, and on their value as human beings who are not at the mercy of the employer but able to exercise their rights through trade union representation. In conclusion, mention is made of enforcement procedures, often the subject of heated debate.*



# **RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE**

---

## **A colloquio con Giorgio Usai e Francesco Rivolta**

*a cura di Enrica Carminati,  
Francesco Lucrezio Monticelli, Yasaman Parpinchee*

*Giorgio Usai \**

*Giorgio Usai, 62 anni, pistoiese d'adozione, vive a Roma ed è nel sistema associativo di Confindustria da trentacinque anni. Sposato, con due figli, dopo gli studi classici al Liceo Galilei di Firenze si laurea a pieni voti in giurisprudenza nell'allora Facoltà di via Laura. Si specializza in diritto del lavoro frequentando corsi di perfezionamento a Roma, Firenze e Milano e inizia poi l'attività nel campo delle relazioni sindacali in Federmeccanica, dove ricopre successivi incarichi fino a divenire responsabile della linea Relazioni industriali. Dal 1992, per cinque anni, è vice direttore di Agens e di Federtrasporto, le due associazioni di Confindustria che rappresentano le imprese di servizi e trasporto, e dal 1998 è in Confindustria dove ha l'incarico di direttore dell'area Relazioni industriali, sicurezza e affari sociali. Autore di note ed articoli sui temi del lavoro e delle relazioni industriali <sup>(1)</sup>, già docente di diritto*

---

*\* Direttore dell'area Relazioni industriali, sicurezza e affari sociali, Confindustria.*

*(1) Da ultimo, Il lavoro, la flessibilità, la contrattazione collettiva, i rapporti con i sindacati negli ultimi dieci anni, in AA.VV., Dagli anni 90 ad oggi: i servizi entrano in Confindustria, in Agens Quaderni, in corso di pubblicazione; Contrattazione collettiva – contrattazione individuale: quali prospettive, in F. FONTANA, G. LORENZONI, Competenze, performance e criteri di riconoscimento del merito oltre la crisi, LUISS, 2010; La contrattazione collettiva alla prova della riforma, in Arel, Europa Lavoro Economia, 2009; Rappresentare gli interessi delle imprese: un mestiere non facile, in M. BORNENGO, V. DI SPIRITO, La negoziazione sindacale, F. Angeli, Milano, 2009; Equilibrio nello scambio fra esigenze di impresa e attese dei lavoratori, in Arel, Europa Lavoro Economia, 2009; Il testo unico su salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in Arel, Europa Lavoro Economia, 2008; La cogestione imperfetta: il pensiero di Felice Mortillaro sullo stato della partecipazione in Italia, in Agens Quaderni, 2005:*

*Diritto delle Relazioni Industriali  
Numero 3/XX - 2010. Giuffrè Editore, Milano*

*del lavoro nell'Università di Perugia e nella Scuola di specializzazione in Diritto sindacale de "La Sapienza" di Roma, è membro del Comitato Dialogo sociale europeo a Bruxelles, vice presidente di Fondirigenti e consigliere di Fondimpresa, consigliere del Comitato di Indirizzo e vigilanza dell'Inps e presidente di Unimpiego-Confindustria.*

*Dott. Usai quando e come ha capito che il suo futuro sarebbe stato nel mondo delle relazioni industriali e sindacali? È stata una scelta consapevole o un'occasione capitata e poi maturata?*

Direi un'occasione fortemente cercata. Riconosco di avere avuto una grande fortuna e cioè di aver potuto fare il mestiere che avevo in mente di fare ed in vista del quale avevo orientato i miei studi universitari e la successiva specializzazione. Come dite voi giovani, mi sono realizzato. In questo facilitato anche dal fatto di essere un po' "figlio d'arte": mio padre è stato per molti anni a capo dell'ispettorato del lavoro ed in casa capitava spesso di affrontare i temi del lavoro e del sistema industriale. Eravamo verso la fine dei "mitici" anni Sessanta, quelli del "vero" autunno caldo, degli scioperi generali dei metalmeccanici, dello Statuto dei lavoratori e, con la curiosità tipica dei giovani, cercavo di capirne le ragioni chiedendole a mio padre che sul campo viveva il conflitto fra capitale e lavoro, nel suo ruolo di servitore dello Stato che doveva verificare con rigore il rispetto e l'applicazione delle leggi sul lavoro. La tensione etica e morale che mi ha saputo trasmettere allora, anche nel leggere quanto capitava intorno a noi, senza ideologia ma con rigorosa distinzione fra i diritti degli uni e degli altri senza trascurare le rispettive, legittime, aspettative, mi accompagna tuttora. Quindi è così che al secondo anno di università, superato l'esame di diritto del lavoro, chiesi al titolare della Cattedra, il prof. Giuliano Mazzoni, se mi assegnava la tesi. La risposta fu sì ma a condizione di dedicarvi almeno due anni. E così fu, anche perché – con capacità premonitrice, visto quanto mi ha "ossessionato" negli anni successivi – mi assegnò una tesi sull'art. 18 dell'appena nato Statuto dei lavoratori. Accettai con entusiastica incoscienza l'impegno che mi doveva portare a comprendere ed interpretare la fase più drammatica del rapporto di lavoro, quella del licenziamento. Ma la sfida vera era data dal fatto che il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro era un tema del tutto nuovo e, guidato dalla curiosità di scoprire e dal gusto della ricerca acquisiti al liceo come metodo di lavoro, riuscii anche ad elaborare una posizione originale (che successivamente risultò anche corretta vista la dottrina e la giurisprudenza forma-

---

*Una riforma per le sfide dei nuovi mercati: il giudizio di Confindustria*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.



tasi negli anni Ottanta). Negli stessi anni, approfittando dello studio d'avvocato del mio futuro suocero, ho provato a capire cosa significava "la professione" che, per la verità, non mi ha mai sollecitato più di tanto. Con la fatica che richiedevano i 27 esami dell'epoca, terminai l'università con la chiara idea che il centro del mio interesse erano e sarebbero stati i temi del lavoro visti nella logica di impresa. La mia si può dire sia stata una vera e propria vocazione in anni, come sono stati gli anni Settanta, molto complicati per chi aveva in mente il progetto di fare il "sindacalista d'impresa".

*Gli anni Settanta sono stati gli anni in cui le relazioni sindacali hanno visto l'apice della conflittualità e della contestazione. La sua carriera è iniziata in Federmeccanica, settore storicamente duro, difficile e centrale visto anche il numero di lavoratori che occupa. I ricordi dei quasi vent'anni passati nell'associazione saranno moltissimi. C'è una persona che più di altre ha segnato il suo percorso?*

Con quanto ho detto circa il percorso di studi, è chiaro che quando ho dovuto scegliere – ebbene sì, in quel momento si poteva scegliere fra più occasioni di lavoro – non ho avuto il minimo dubbio a decidere per la proposta che mi veniva da Federmeccanica anche se comportava la necessità di trasferirmi da Pistoia a Roma. Da giovane "immigrato", lavorare "per" il contratto collettivo nazionale del più grande settore industriale italiano è stato per me come toccare il cielo con un dito, in una scuola, qual è stata Federmeccanica, guidata da un personaggio come Felice Mortillaro, un maestro di cui il mondo della rappresentanza delle imprese sente sicuramente la mancanza. È scomparso troppo presto, nel 1995, quando avrebbe potuto ancora dare moltissimo per l'elaborazione della teoria delle relazioni industriali. È uno dei grandi che ha costruito un pensiero originale, sulla cui base ancora oggi si lavora. Mortillaro univa alla bravura nell'insegnamento, anche universitario, una capacità negoziale strabiliante nel saper avviluppare con logica stringente i suoi interlocutori. Non c'è sindacalista che non abbia riconosciuto le sue grandi capacità unite a profonda correttezza e lealtà. I ventidue anni di collaborazione con Mortillaro non sono stati facili. Era un uomo e un professionista severo ed intransigente, prima con se stesso e poi con gli altri, rispettato da tutti e ammirato per la sua lungimiranza e lucidità, ma allo stesso tempo considerato un personaggio "antipatico", come tutti quelli che non si omologano. Ha dato molto al sistema Confindustria, ma il sistema non lo ha mai accettato del tutto. La sua virtù principale è stata di arrivare prima nel dire cose che ancora oggi risultano innovative tanto da non essere state ancora pienamente realizzate.

*Dopo diciotto anni nel settore metalmeccanico e cinque nei trasporti è ora in Confindustria dove riveste il ruolo di direttore dell'area Relazioni industriali, sicurezza e affari sociali. Come è avvenuto il passaggio?*

Fui chiamato, durante la presidenza di Giorgio Fossa, dal vice presidente per le relazioni industriali Carlo Callieri, un altro personaggio che ha lasciato un segno nelle relazioni sindacali del nostro Paese. Ancora una volta mi sono trovato a non dover scegliere: per me che sin dall'inizio avevo deciso di fare il sindacalista d'impresa come potevano esserci dubbi ad entrare in "casa madre"? Naturalmente ne parlai subito ai presidenti delle associazioni con cui collaboravo, Agens e Federtrasporto, ed entrambi mi dissero che erano dispiaciuti ma capivano la impossibilità di un rifiuto che, nel nostro mondo, sarebbe equivalso ad un atto di arroganza. Ho così iniziato a gennaio del 1998. Sono passati dodici anni di grande impegno ma di sincera soddisfazione professionale anche se sempre ad "alta tensione". Sono gli anni del Patto di Natale con D'Alema Presidente del Consiglio (1998), dove si stabiliscono le regole del metodo della concertazione ma si rinvia ancora la revisione del protocollo del 1993 sugli assetti della contrattazione collettiva; della prima mancata firma della Cgil su un accordo interconfederale, quello per la riforma del contratto a termine (2001) negoziata con tutti i sindacati fino a quando, all'ultimo momento, la Cgil, bloccata dai metalmeccanici della Fiom, "scopre" ragioni di dissenso; del lungo e drammatico percorso che dal Libro Bianco sul mercato del lavoro (che ci fu chi si affrettò a definire "melmoso") porta alla Legge Biagi, dopo che Marco era stato assassinato, la sera del 19 marzo 2002, davanti al portone di casa (ed io l'avevo sentito per telefono, l'ultima volta, la mattina del 18); del Patto per l'Italia (2002) e della strumentale polemica su un presunto stravolgimento dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori; del protocollo sul welfare con il quale, nel 2007, la sinistra radicale, essenziale componente del Governo Prodi, intende destrutturare la Legge Biagi senza, fortunatamente, riuscirci; dell'avvio di quel lungo e contrastato confronto per la riforma della contrattazione collettiva iniziato dal presidente Luca Cordero di Montezemolo – con il "gran rifiuto" della Cgil in aperta polemica con Cisl e Uil – e concluso, dopo "appena" cinque anni, dal presidente Emma Marcegaglia e dal vice presidente Alberto Bombassei nel 2009, ma ancora una volta senza la sottoscrizione della Cgil.

*Alla luce della sua esperienza e del suo percorso di studi e formativo, quali consigli si sente di dare ad un giovane in vista del suo ingresso*

*nel mondo del lavoro specie se ha intenzione di dedicarsi alle relazioni industriali e sindacali?*

Due sono gli aspetti sui quali insisto molto quando ho l'opportunità di parlare con i giovani del lavoro e delle possibilità di impiego. Il primo è di tenere sempre presente che l'Italia è il secondo Paese più industrializzato d'Europa dopo la Germania. È un dato che viene ignorato dai più e specie dai nostri giovani e dalle loro famiglie, nella scelta della scuola superiore e, a maggior ragione, degli studi universitari. Credo che si possa dire che l'Italia sta affrontando in maniera non drammatica la crisi che ha colpito il sistema produttivo mondiale, proprio perché è ancora un Paese prevalentemente industriale e manifatturiero. Si discute se, nonostante questo, il concetto di "classe operaia" sia ormai obsoleto. Forse sì, ma questo serve per capire che il valore è il lavoro dei singoli, il loro impegno, il merito individuale e descrive bene le trasformazioni – positive – che attraversano la nostra economia. L'invito ai giovani è a non aver paura del cambiamento. Certo, va governato, per cui per il lavoro che cambia devono essere previsti nuovi strumenti di tutela senza rimanere abbarbicati a quelli che hanno funzionato perché costruiti per un modello produttivo di tipo fordista, ma che ormai è superato. La garanzia che deve essere assicurata ai giovani non è "del posto" – non lo è quasi più neppure nel pubblico impiego, il tempio del "posto fisso" – ma per l'occupabilità che deriva dal saper fare del singolo, un saper fare reso sempre attuale dalla formazione continua. Quindi in una logica di lavori anche temporanei – e smettiamola, per favore, di parlare solo di precarietà – la vera tutela (al di là di quelli che sono i diritti inderogabili e sui quali nessuno intende più tornare indietro, non foss'altro perché l'appartenenza all'Europa non lo consente) è l'occupabilità unita alle forme di sostegno al reddito per le fasi di transizione da un lavoro ad un altro. Ma si transita solo se l'economia "tira" e quindi se il Paese è competitivo e perché questo avvenga è anche necessario che ognuno di noi sia in grado di rispondere adeguatamente alla domanda di occupazione che proviene dalle imprese.

*Scusi, mi sembra di capire che ci dica che bisogna saper cercare il lavoro e smetterla solo di lamentarsi. Una bella strigliata ai giovani?*

I giovani hanno responsabilità limitate! Ho la sensazione che ricevano messaggi in prevalenza distorti. Capisco che possano essere discorsi sgradevoli i miei ma dobbiamo pure avere la consapevolezza della realtà che ci circonda e della "guerra mondiale" che le economie combattono ogni giorno. Noi siamo lì dentro e non ci sono nicchie ecologiche dove cercare protezione. Ed è illusorio cercarle. Questo devono sapere i

giovani e smetterla anche di preferire una vita da precario in un ente pubblico, con la speranza di una successiva sanatoria, piuttosto che una fase di sano apprendistato o anche di contratto a termine in un'impresa privata, manifatturiera o di servizi che sia. È preoccupante leggere che ci sono 112 mila candidati per 543 posti al Comune di... (!), quando – nonostante i fenomeni di crisi – c'è un'elevata quota della domanda di lavoro nell'industria e nell'artigianato che non trova risposte. E non si cercano figure “umili, faticose, poco retribuite”, bensì mansioni a carattere tecnico-scientifico, con quasi un'assunzione su 4 per *high skill*, ma anche per normalissimi mestieri d'impiegato o di operaio. Rilevo solo che in questo momento sono circa 25 mila le professionalità tecniche richieste dalle imprese in Lombardia. Questo a dimostrazione di come il *mismatch* tra domanda e offerta trovi per lo più origine nel livello di qualificazione dei candidati e molto meno nell'entità del bacino di manodopera a disposizione. Consideri che le figure dirigenziali, tecniche e ad elevata specializzazione, per le quali le analisi di Excelsior piuttosto che di Italia Lavoro evidenziano un maggior livello di criticità, sono rappresentate da *white jobs*, ossia professioni legate alla salute e all'assistenza (fisioterapisti, farmacisti, infermieri), alla progettazione e ricerca (progettisti elettronici), all'efficienza e alla qualità (responsabili dei processi), all'ICT. Potrei continuare a lungo, ma mi fermo qui per dire che, per poter dare risposta alla domanda di lavoro che continua a muovere il mercato, è importante che vi sia una preparazione tecnica adeguata, compresa finalmente una buona conoscenza delle lingue straniere, ma anche un'azione – pubblica o privata che sia – di orientamento appropriata. Quindi, come vede, le responsabilità sono ben distribuite. La sfida è lavorare nell'industria che compete sui mercati internazionali come nei servizi efficienti, consapevoli che più sono grandi i servizi a rete e maggiore è l'efficienza loro richiesta. Esattamente il contrario di quanto si è pensato e praticato nel passato quando le attività nei servizi, specie se grandi ed a rete, erano sinonimo di parapubblico e quindi di inefficienza che garantiva buoni stipendi a fronte di scarso impegno.

*E ai giovani che si appassionano alle materie di relazioni industriali?*

Se poi il giovane è così “matto” da pensare di intraprendere la via del sindacalista d'impresa, oltre la voglia di confrontarsi nel mondo dell'economia che compete deve anche aggiungere una buona dose di studio e tanta fatica. Provare anche la “nausea per quei miei soliti studi”, come scriveva l'Alfieri, è lecito ma è indispensabile insistere: quando hai compreso e interiorizzato un concetto resta tuo per sempre.

Un giovane che vuole lavorare nelle relazioni industriali, e che vuole diventare un professionista credibile, deve avere delle solidissime basi giuridiche, di diritto civile, prima di tutto, e di diritto processuale. Poi deve conoscere tutto quello che riguarda la gestione del rapporto di lavoro, senza incertezze o lacune. A questo deve aggiungere una buona conoscenza dei principi di macroeconomia. E smettiamola con questo falso snobismo per cui chi studia il diritto non sa di numeri e di economia! Fare relazioni industriali non vuol dire avere una buona parlantina, come qualcuno pensa, ma essere preparati, sempre e a tutte le età. Saper leggere un bilancio di azienda così come capire come funzionano i conti dello Stato ed i problemi che stanno alla base della competitività delle imprese e del Paese nel suo complesso. Come si fa a negoziare aumenti salariali in un contratto nazionale se non si ha l'idea di cosa questi "spostano" in termini macroeconomici? Le nozioni di Clup e di Clut, il costo del lavoro per unità di prodotto o di tempo, costituiscono conoscenze elementari da affiancare ai principi che stanno alla base della formazione dei salari e del rapporto fra occupazione ed inflazione, e via dicendo. E poi le lingue. Le imprese sono globalizzate. Senza un buon inglese e solo con un po' di italiano, talvolta anche "incerto", al massimo si trova lavoro in circoscrizione!

*Dalle sue parole emerge l'importanza della formazione, intesa nel senso più ampio del termine, tema a cui negli ultimi mesi si è dedicata particolare attenzione come dimostrano il piano Italia 2020 e le Linee guida per la formazione nel 2010 sottoscritte da Governo, Regioni, Province autonome e parti sociali. In questo contesto, qual è in particolare, secondo lei, il ruolo della formazione continua?*

Che la formazione, e la formazione continua in particolare, sia fondamentale è fuori discussione. Deve essere al centro dell'impegno delle imprese, dei sindacati, del Governo. Abbiamo un gap di formazione specie fra i giovani che purtroppo ci pone ancora in posizione sfavorevole tanto nei confronti europei che internazionali. Quando si parla di formazione, però, dobbiamo evitare di fare demagogia. A parte mantenere sempre più elevata l'istruzione per i giovani, in generale si deve essere concreti e realisti. Partendo dalla premessa che il mercato del lavoro, oggi più di ieri, prevede delle carriere discontinue, è utile – come ho ricordato in precedenza – concentrare l'attenzione su quelle che in Europa si chiamano politiche per la transizione, così da introdurre meccanismi che supportino la persona nei momenti intermedi tra una fase di lavoro e una fase di non lavoro, volti, in particolare, a darle una formazione "mirata" – come appunto abbiamo concordato nelle linee gui-

da di febbraio – che ne aumenti il grado di occupabilità. Se si vuole puntare sulla formazione continua, si devono allora trovare delle forme per aiutare anche chi di fronte alla formazione ha delle difficoltà oggettive, perché non ha più la propensione fisica o psicologica per reggerla. Non si deve ragionare superficialmente o per stereotipi, ma sulla persona e per la persona. La formazione deve essere indirizzata ai singoli, con un coinvolgimento dei servizi pubblici per l'impiego, che devono recuperare in efficienza.

*Oltre alla formazione, un altro tema che ultimamente ha interessato i tecnici della materia e l'intera opinione pubblica è l'arbitrato, così come proposto dal Collegato lavoro alla Finanziaria 2009. Qual è la sua posizione in proposito?*

Ancora una volta abbiamo una dimostrazione di come sia difficile riformare la materia del lavoro anche perché, sulla questione specifica, nel nostro Paese manca la cultura dell'arbitrato. Abbiamo un po' tutti una mentalità da legulei e non accettiamo che una controversia, sia per il cane che disturba nel condominio che per la reintegrazione nel posto di lavoro, non sia portata davanti ad un giudice togato; a mala pena va bene un giudice di pace. Guardi, dico questo con molta serenità, considerando il dato di fatto che è lo stesso diritto sindacale che si è formato, in maniera autonoma dal diritto civile, più di un secolo fa sulle pronunce dei probiviri (istituiti nel 1893) che, per le controversie in materia di salari o di licenziamento, cercavano regole applicabili al caso concreto estraendole dalle pratiche locali e dalle consuetudini ed in specie dalle prime forme di contratto collettivo e cioè i contratti di tariffa. Ma questa è preistoria! Poi si è codificato il tutto e questo ha richiesto l'intervento del giudice togato. Non per niente è tanti anni che si cerca di promuovere l'arbitrato nelle cause di lavoro ma ogni volta dobbiamo registrare un niente di fatto. Ne ho un'esperienza personale: appena entrato in Confindustria avevo iniziato un confronto con Cgil, Cisl e Uil per realizzare un accordo interconfederale sull'arbitrato. E c'eravamo quasi riusciti. Ho ancora il testo della "bozza" di ipotesi d'accordo. Indovini un po' su cosa ci siamo arenati: sulla pronuncia "secondo equità". Era il luglio del 2000. I sindacati ci dissero: dobbiamo riflettere. Sto ancora aspettando la risposta. A distanza di dieci anni, il tema è andato ad infrangersi più o meno sullo stesso punto. Ripeto, non abbiamo una cultura dell'affidamento delle vertenze ad un arbitro. Preferiamo aspettare dai cinque ai dieci anni la conclusione di un processo del lavoro, e non mi si dica che questo è rendere giustizia al lavoratore o dare certezze all'impresa! Ma tant'è – prendiamone atto – vediamo come

uscirà la legge ancora all'esame del Parlamento sapendo che, per parte nostra, ci siamo impegnati ad esercitare l'autonomia collettiva in quanto la legge lascerà alle parti sociali spazi di intervento regolatorio. Poi vedremo gli effetti.

*Volgendo nuovamente l'attenzione alla realtà associativa, e in particolare alla contrattazione, cosa pensa della strategia della Cgil che non ha sottoscritto l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali?*

La vicenda della mancata firma della Cgil richiederebbe un approfondimento specifico. Che la Cgil non ami molto regolamentare la contrattazione collettiva è fatto noto. Rientra nella logica di questa parte sindacale. E, soprattutto, è troppo noto il fatto che almeno dagli anni Sessanta c'è una visione opposta fra la Cisl, che vorrebbe spostare il più possibile l'attenzione sulla contrattazione aziendale, e la Cgil, che vede solo nel contratto nazionale di settore il vero ed unico baluardo per i diritti di tutti i lavoratori, in misura indifferenziata da Predoi a Lampedusa. Nel 2004, dopo lo "strappo" con Montezemolo, la Cgil disse che sarebbe stata pronta alla riforma della contrattazione "subito dopo" aver raggiunto un'intesa con Cisl e Uil sui temi della rappresentanza e della democrazia interna. Una commissione congiunta si mise a lavorare ma dopo sei mesi dichiarò fallimento stante l'impossibilità di trovare una posizione comune fra di loro. È allora che come Confindustria decidemmo di fare noi la prima mossa e nel settembre del 2005 presentammo una nostra proposta che non trovò la pronta attenzione nei sindacati sempre disposti a rinviare a "tempi migliori". Nel frattempo però i nostri settori incontravano evidenti difficoltà a rinnovare i contratti nazionali ed il più delle volte la contrattazione si svolgeva senza alcun rispetto delle regole del protocollo del 1993, tanto in sede nazionale che nell'ambito della contrattazione aziendale. È qui che ci dobbiamo chiedere se per caso la indisponibilità a ragionare sulla revisione delle "regole del gioco" non sia stata sempre dettata dal fatto di preferire il mantenimento dello *status quo* che garantiva una situazione di regole scritte ma non rispettate e quindi di ampia libertà di azione condizionata solo dai rapporti di forza. Forse la resistenza al cambiamento espressa da una parte significativa della Cgil sta tutta qui e su questo bisognerebbe ragionare per capire perché il 22 gennaio del 2009 abbiamo dovuto concludere un'intesa senza la Cgil. Per motivare la mancata sottoscrizione si è anche affermato che l'accordo «determinerebbe un pregiudizio ed una limitazione dell'autonomia negoziale delle categorie e della

funzione negoziale delle RSU». Non mi sembra che il risultato sia stato questo.

*Ma poi, a parte il contratto dei metalmeccanici non firmato dalla Fiom, la riforma ha funzionato o no?*

Nel primo anno di applicazione della riforma del 2009 sono stati rinnovati 16 contratti nazionali di categoria – sui 67 di “casa” Confindustria – mentre sono in corso le trattative per altri 14 settori ed altre 6 stanno per essere avviate. Quindi possiamo dire che la riforma funziona, è utile e sta cominciando a dare quegli effetti positivi che il vice presidente per le relazioni industriali Alberto Bombassei si era proposto sin dall’inizio nel 2004, portandoli avanti, al nostro interno e con i sindacati, con la determinazione propria di chi per mestiere fa l’imprenditore. Tutti i contratti – ad eccezione appunto del metalmeccanico che per la terza volta nell’arco di nove anni non ha visto la firma della Fiom – sono stati conclusi o sono in fase di negoziazione con tutte e tre le organizzazioni sindacali. Nessuno nega che ci sono state difficoltà “ai tavoli” ma più per le palesi divisioni fra i tre sindacati che per una corretta applicazione della riforma. La riforma del 2009, come lo storico precedente del 23 luglio del 1993, è pur sempre un accordo procedurale e cioè un accordo che non definisce direttamente cambiamenti dei contratti collettivi bensì stabilisce i principi cui attenersi nel rinnovarli. Principi applicati con coerenza da parte di tutte le categorie. Quel che secondo me più conta è che, in una situazione di crisi straordinaria qual è l’attuale, in virtù della riforma i contratti nazionali si concludono entro i tempi previsti. Siamo passati da una durata media di 6-9 mesi di trattativa dopo la scadenza a contratti conclusi prima della scadenza (e questo è valso anche per i metalmeccanici che contavano un unico precedente dal dopoguerra, nel 1995) o, al massimo, entro i 3-4 mesi dalla scadenza, a causa di un iniziale ritardo nell’avvio dei negoziati. Questo modo “civile” di negoziare ha anche drasticamente ridotto il ricorso allo sciopero in occasione dei rinnovi dei contratti nazionali che hanno visto la proclamazione di pochissime ore di sciopero con una reale effettuazione ancora più ridotta. Il risultato è che, in un periodo di crisi, sono oltre 3 milioni i lavoratori – quasi i 2/3 del totale dei lavoratori cui si applicano i contratti del sistema Confindustria – che hanno avuto rinnovato il contratto nazionale salvaguardando il potere d’acquisto delle loro retribuzioni senza che questo abbia avuto effetti sulla dinamica della inflazione. Nel contempo le imprese, così gravemente impegnate dalla crisi, sono state chiamate a sostenere oneri economici compatibili nel rispetto del tasso di inflazione prevista.



*Ed in prospettiva, cosa pensa farà la Cgil? Accetterà la riforma visto che poi tutte le sue categorie hanno firmato, tranne la Fiom, i rinnovi dei contratti fatti con le nuove regole?*

Da sindacalista devo augurarmi di sì. Per chi fa questo mestiere, arrivare alla fine di un negoziato e non concluderlo con tutte le parti non dà soddisfazione e lascia molta amarezza dopo tanto impegno speso con tutti ed in assenza di qualsiasi volontà di escludere chicchessia. È per questo che non mi piace chiamarlo accordo “separato” bensì, molto più lealmente, accordo non firmato dalla maggiore organizzazione sindacale dei lavoratori. Avendo poi seguito con attenzione i lavori dell’ultimo congresso della Cgil celebrato a Rimini il 5 maggio (lo stesso giorno in cui quest’anno ricorrono i 100 anni di Confindustria), non ho dubbi che l’intenzione della Cgil è di “ricondividere” un modello contrattuale, com’è scritto nella relazione di apertura. Mi ha preoccupato solo che nell’affermare questo obiettivo, per ben due volte, sia stata usata l’espressione “ricquistare un modello condiviso” mettendo insieme la positività della condivisione – valore da ricercare sempre più nei prossimi mesi – con un verbo che comunque dà un senso di lotta, di combattimento, di qualcuno che vince e di qualcun altro che deve perdere, dà insomma il senso dello scontro. Non può essere questo il metodo della condivisione. Voglio solo augurarmi che il linguaggio sia stato solo un omaggio ad una parte della platea!

*Confindustria ha un presidente donna, ma la presenza femminile ai tavoli delle trattative e più in generale negli uffici delle relazioni industriali pare essere ancora contenuta. Crede che una donna potrebbe fare una carriera come la sua?*

Vengo da una scuola dove ho imparato che nel lavoro non ci sono né uomini né donne, bensì persone; contano le capacità delle singole persone e le loro attitudini, a prescindere appunto da questioni di genere. Per una donna tuttavia il lavoro, anche in questi ambiti, è oggettivamente complicato. Oggi ci sono colleghe molto brave, che occupano il ruolo di direttore tanto nelle aziende che nel sistema associativo, ma i sacrifici cui sono chiamate sono molti di più di quelli che toccano a noi uomini. Per di più è mia profonda convinzione che la gestione dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali richiede lo studio della logica dei comportamenti, e quindi vede voi donne favorite dal momento che specialmente in questo campo avete una marcia in più, una visione che agli uomini il più delle volte sfugge, direi quasi un’attitudine istintiva. Poi però questo mestiere richiede di non avere mai orari, né molti giorni liberi, ed essere disposti a viaggiare molto e spesso. E qui ritornano

tutte le questioni che trattiamo quando si parla di come liberare il lavoro femminile e favorirne la crescita. Ma ci riusciremo e soprattutto ci riuscirete voi, giovani donne, alle quali non manca certo la caparbietà quando vi ci mettete. E questo è un pregio!

*Ci permetta un'ultima domanda personale. Negli ultimi anni è capitato più volte di vedere dei sindacalisti fare il grande salto e lanciarsi in politica. È estremamente raro invece che a farlo sia un rappresentante datoriale. L'ha mai sfiorata il pensiero? Cosa vede nel suo futuro?*

La politica attiva non mi ha mai interessato, neanche da giovane quando forse a Firenze c'era stata qualche tentazione, quindi lo escludo. Comunque, quando sarà il momento di "appendere il contratto al chiodo", vorrei recuperare le tante, troppe cose cui ho dovuto rinunciare per una mia personale interpretazione del mestiere che ho sempre cercato di esercitare in maniera professionale e mai ideologica pur essendo per definizione un uomo di parte. Ho fatto molte rinunce rispetto a cose da vedere, leggere, sentire, persone da frequentare; ho spostato su mia moglie molti degli oneri della cura della famiglia e dei figli. Nel futuro vorrei recuperare almeno qualcosa di ciò che ho dovuto trascurare: ho il desiderio di dedicare molto più tempo alla famiglia, a mia moglie e a tutte quelle cose che ci piacciono, musica, fotografia, viaggi, amicizie... nipoti (?).

*Francesco Rivolta \**

*Francesco Rivolta, 60 anni, lombardo, divide la propria settimana tra Roma e Milano, essendo presidente della Rewe Italia ed al contempo presidente della Commissione lavoro, della Commissione Sindacale ed ora anche capo Gabinetto della Confcommercio – Imprese per l'Italia. Sposato, con tre figli, ha avuto una vita professionale caratterizzata da diverse esperienze. Entra all'età di 18 anni nell'Invernizzi S.p.A, industria casearia. Nel 1981 l'allora presidente della Regione Lombardia, Giuseppe Guzzetti, lo chiama a collaborare nell'amministrazione regionale. Inizia così la sua esperienza nella Regione Lombardia dove ricopre per cinque anni il ruolo di direttore generale e per altri cinque quello di assessore. Data la propensione a vivere il lavoro come "esperienza di vita", dopo dieci anni decide di iniziare una nuova carriera, come libero professionista occupandosi di terziarizzazione del settore*

---

\* Capo Gabinetto, Confcommercio – Imprese per l'Italia.

*industriale. Tale attività lo porta a svolgere il ruolo di advisor per l'acquisizione della Standa S.p.A, per conto di un imprenditore del settore e della Banca Cariplo riuscendo, con un innovativo progetto industriale, a "spuntarla" tra i competitor. In questa fase avviene la casualità che cambia la sua vita professionale. Dopo due mesi dalla conclusione dell'operazione Standa, in seguito alla morte dell'imprenditore acquirente si trova a svolgere, su mandato della banca, l'incarico di ristrutturare l'azienda in modo da renderla "appetibile" sul mercato ed evitare in tal modo la perdita totale dell'investimento. Nel 1999 la Rewe Italia acquista la Standa e lo nomina amministratore delegato, con incarico decennale per poi promuoverlo nel 2009 a Presidente.*

*Presidente Rivolta, oggi si parla molto del ruolo della formazione e della sua alternanza con il lavoro, qual è stata la sua esperienza? E come giudica l'attuale sistema?*

Devo ammettere che il mio percorso scolastico è servito a poco nel lavoro e ritengo che molti dei difetti che caratterizzavano allora il nostro sistema formativo continuano a sussistere. Non si può arrivare nel mondo del lavoro a 24-25 anni, senza alcuna esperienza sul campo. Una volta costruiti i fondamenti con la scuola superiore occorre attivare un percorso che intersechi scuola e lavoro altrimenti si rischia di consumare gli anni migliori, dal punto di vista dell'entusiasmo e della capacità di assimilare, in un cammino che di formativo ha ben poco!

Credo molto nei giovani e nella mia esperienza di governo dell'azienda ho sempre voluto un *management* giovanissimo. Ho direttori di divisione di 27 anni con delle potenzialità straordinarie.

È d'altronde un fatto che la professionalità si consuma. Prendiamo ad esempio un settore strategico come il marketing: oggi si trovano responsabili del marketing che hanno 55 anni e hanno perso sia la capacità di innovazione sia la voglia di leggere le nuove dinamiche di comunicazione. Un ragazzo di 25/27 anni può prospettare invece degli scenari incredibili.

Da questo punto di vista va detto che quelle dinamiche contrattuali legate all'ascensione per anzianità privano i lavoratori della voglia di mantenere il livello di adeguamento professionale e formativo. È per questo motivo che uno dei miei grandi sogni è quello di eliminare dai contratti collettivi i livelli funzionali per inserire il concetto di "mestiere"; a seconda della capacità di studiare, innovarsi ed adeguarsi il lavoratore dovrebbe svolgere un mestiere più alto o più basso. Le dinamiche ascensionali rischiano di creare dirigenze vecchie portando ad una preclusione per i giovani ed anche una perdita di produttività. Ma

l'attuale normativa, compreso il dettato dell'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori porta d'altronde a legittimare un percorso inverso.

*Quindi il fatto che il settore terziario sia stato definito "fabbrica del precariato" dal segretario Martini della Cgil e sia stato indicato come il settore caratterizzato dal sottoinquadramento dei giovani che si affacciano sul mercato del lavoro, deve averla colpita molto. D'altronde la Confcommercio ha dimostrato di avere un certo interesse nella formazione ed è stata la prima a sottoscrivere un accordo in materia di apprendistato professionalizzante interamente aziendale.*

Il sindacato è per tanta parte espressione del conservatorismo ed è nemico dei giovani. I fatti sono questi. Il sindacato ha interesse a conservare lo *status quo* e a tutelare gli interessi di quelli che nell'attuale mercato del lavoro sono i "privilegiati".

La grande contraddizione in cui opera è evidente. Prendiamo ad esempio lo Statuto dei lavoratori, del quale si sono da poco festeggiati i 40 anni. I difensori dello Statuto dei lavoratori oggi sono proprio quei sindacati che allora vi si opposero. Sono convinto che lo Statuto dei lavoratori, che è stato, e continua ad essere, strumento importantissimo per il governo dei rapporti tra impresa e dipendente, necessiti di essere liberato di alcuni lacci e laccioli. Ma quella stessa parte del sindacato che si batté contro la sua introduzione non è oggi disponibile a rivederne neanche una riga.

Martini nel definire il terziario la "fabbrica del precariato" fa una affermazione non vera ed offende anche se stesso! Fino a prova contraria ha firmato anche lui il Ccnl ed è pertanto paradossale che si riferisca in quel modo ad un settore che lui stesso contribuisce a regolamentare.

Da parte di un certo sindacato c'è d'altronde il bisogno di costruire una zona assegnata al conflitto. Un tempo questa zona era il settore metalmeccanico. Il sindacato li misurava la sua forza e la contrapposizione reale fra impresa e classe operaia. Oggi per gli evidenti cambiamenti economici e produttivi c'è il tentativo di vedere nella nostra area, ed in particolare nella grande distribuzione, il nuovo terreno del conflitto. Anche un libro scritto da Curcio circa quattro anni fa, che ha la prefazione di un sindacalista militante, segna esplicitamente come terreno di lotta la grande distribuzione organizzata.

Io sono per cultura portato a dire che la regola nel governo dei rapporti è fondamentale, ma la flessibilità è una esigenza dell'azienda. E mi preme sottolineare che la flessibilità non ha niente a che vedere con la precarietà. L'accostamento è improprio!

Oggi un'impresa si deve adeguare alla domanda che viene fatta dal cliente. Se il servizio che si presta (es.: *information technology*) è complesso, il modello fordista-taylorista è impossibile da applicare. Che poi anche la flessibilità abbia bisogno di combinarsi con regole che garantiscano la persona sono assolutamente d'accordo, ma, ripeto, pretendo che l'esigenza venga riconosciuta e che non si parli più di flessibilità come precarietà. Questa esiste e va combattuta, tuttavia ogni qualvolta affrontiamo il tema delle cause ci sono meccanismi di rigetto.

Se e quando le parti sociali e il governo approcceranno seriamente la questione della precarietà ci accorgeremo che il mondo dell'impresa è avanti anni luce rispetto a quello del sindacato.

*Veniamo ora a Rete Imprese Italia o, come si tende a chiamarlo tuttora, il Patto del Capranica. Qual è stata l'esigenza, quali sono le prospettive per il futuro?*

L'idea che lo stesso mondo e gli stessi problemi debbano essere rappresentati da una miriade di associazioni è assurda. Basta vedere lo spettacolo un poco mortificante delle riunioni con il governo in cui vengono riuniti una moltitudine soggetti.

La semplificazione della rappresentanza costituisce da questo punto di vista un valore. Rete Imprese Italia è stata immaginata soprattutto per dimostrare il ruolo di un settore come questo, per molti versi misconosciuto, che rappresenta e rappresenterà sempre di più la realtà economica e sociale del Paese. Non è una operazione diretta a creare un contraltare a Confindustria, anche se è evidente che vi è una grande sproporzione nelle politiche del governo tra quelle riservate al manifatturiero e quelle dedicate al mondo del terziario.

Faccio sempre una battuta: pensate al dibattito aperto su Termini Imereze e sulla possibilità che 1.200 lavoratori potessero perdere il posto di lavoro. Noi con l'accordo sull'Apprendistato in due mesi abbiamo introdotto nel mercato del lavoro 1.200 giovani. Ciò per sottolineare la capacità del settore e la poca considerazione di cui gode da parte del governo e dell'opinione pubblica.

Rete imprese per l'Italia vuole perciò porre tale questione in termini pesanti al governo al quale peraltro noi non chiediamo soldi, ma regole più snelle e l'alleggerimento della pressione fiscale.

*Ma la finalità ultima è anche quella di arrivare ad un unico contratto collettivo di lavoro?*

Con Rete Imprese per l'Italia abbiamo costruito un tavolo, dove la Concommercio ha un ruolo trainante, e in cui il tema del lavoro verrà sicu-

ramente affrontato. Per ora la sfida è quella di disarticolare il Ccnl per costruire il grande contratto terziario-servizi. In questo modo potremmo dare una risposta plurima ad esigenze plurime. Noi diciamo che siamo pronti a discutere anche un solo contratto, altrimenti la rigidità attuale del Ccnl, che definisce il più piccolo dettaglio, potrebbe fare in modo che il Paese resti condannato ad avere, in perpetuo, 600 contratti nazionali di lavoro.

Io penso ad un contratto diviso in tre grandi parti.

Una prima parte di sintesi, un sunto dello Statuto dei lavori, che consisterà nella *summa* dei diritti e dei doveri del lavoratore verso l'impresa e dell'impresa verso i lavoratori, trattando gli istituti trasversali a qualsiasi categoria.

Dovrebbe poi esserci una seconda parte centrale incentrata sul salario. Ritengo che debba essere previsto un salario minimo sotto il quale nessuno può andare, cui dovrebbe aggiungersi una quota di salario professionale variabile a seconda del lavoro svolto. Il prolungamento naturale di questa seconda parte del contratto sarà nel secondo livello contrattuale che dovrà regolare il salario di risultato.

La terza grande parte del contratto deve invece riguardare il welfare contrattuale.

Dovrebbe trattarsi di un contratto snello e schematico che consenta di dare la possibilità al secondo livello contrattuale di esprimersi come un vero livello contrattuale in cui governare il salario variabile e tutti quei meccanismi come i sistemi organizzativi che attengono all'impresa e alle specificità territoriali.

Con il prossimo rinnovo contrattuale partiremo con il creare un'area riservata alle aziende del terziario avanzato e di *information technology* senza i livelli contrattuali: non ha senso applicarli in questo campo. Se riuscissimo nel prossimo Ccnl a semplificare i 7 livelli esistenti e ad inserire un'area non direttamente rientrante nel commercio avremmo fatto un grande passo in avanti. Il sindacato ci ha dato una risposta incoraggiante ed al congresso della Filcams, il segretario generale Martini ha dichiarato possibile introdurre nel contratto regolamentazioni differenti per alcune aree. Ed il fatto che mi si dica «disarticoliamo il contratto per aree» è già un buon risultato.

Vedremo cosa ne uscirà fuori. Vero è che quelli che di mestiere fanno il sindacale tendono sempre a partire da quel che c'è, immaginando come possono trasformarlo, mentre io credo che i passi in avanti si facciano immaginando quello che non c'è per cercare poi di avvicinare quello che c'è a quello che si immagina come approdo. Non è solo un gioco dialettico!

*Presidente, nel parlarci della sua idea di Ccnl, ha accennato a una terza parte dedicata al welfare contrattuale. Può dirci qualcosa in più?*

Il welfare contrattuale è un tema di negoziato, non bilaterale, ma tripartito: governo, sindacato ed imprenditori ne sono le parti attive. Non perché lo abbiamo voluto noi, ma perché lo ha voluto il governo che è entrato in istituti contrattuali a gamba tesa ed io mi aspetto, a tal proposito, che il ministro Sacconi, dia una risposta all'interpello dei consulenti del lavoro sull'obbligatorietà dell'iscrizione al Fondo EST in termini positivi.

Se l'interpello sarà negativo dovremo rimeditare complessivamente i fondi di natura contrattuale. Non perché io non creda alla sanità integrativa ma perché, se è vero che il Paese ha bisogno che anche il privato si muova su fasce di bisogni non soddisfatti dal pubblico, non si può rendere carsica la base contributiva. Non esiste! È una invenzione di burocrati che non sanno fare i conti. Questi istituti hanno natura retributiva e sono costo del lavoro. Io amo definirli "salario diversamente reso" (in termini di servizi, previdenza, assistenza) e devono essere considerati obbligatori. Anche per non creare *dumping* aziendale.

Non sono soddisfatto delle risposte del ministro quando dice di inserire l'elemento compensativo, così come fatto dagli artigiani, perché è eticamente inaccettabile, mina il principio della solidarietà e della mutualità.

*A proposito di enti bilaterali e di bilateralità, la Confcommercio e i sindacati hanno da poco messo in pratica la governance.*

Per mia *forma mentis* faccio sempre molta fatica a giudicare quanto è stato fatto nel passato, ma tendo a guardare sempre in avanti. Quando ho affrontato questo tema con il sindacato ho utilizzato una metafora calcistica.

C'è il campo di allenamento e poi c'è San Siro. È giunto il momento di lasciare il campo di allenamento e di iniziare a giocare: siamo pronti, perché abbiamo importanti strumenti, ma bisogna farne l'uso giusto.

Bisogna inserire una cultura aziendale e gli enti bilaterali non possono considerarsi il posteggio di chi non ha ruoli nelle organizzazioni di provenienza. Chi entra nel sistema della bilateralità deve avere un profilo adeguato, non pretendiamo che siano dei tecnici ma devono avere una giusta visione politico-strategica.

L'organizzazione deve poi essere snella. Nel valutare i diversi enti abbiamo trovato, in particolare al Fondo EST, trentasei membri del Consiglio di Amministrazione e cinque organi di governo.

Poi se non parliamo dei fondi, ma degli altri enti il discorso si complica ancora di più, perché quando un ente bilaterale destina l'80% del bilancio ai costi di gestione c'è qualcosa che non va; bisogna quindi formare adeguatamente le persone che sono alla guida.

*Presidente, ci ha parlato dei giovani e delle loro potenzialità, se vogliamo, talvolta non espresse. Per quanto riguarda le donne? Tuttora, si sostiene che per loro sia ancora più difficile emergere e che pertanto rientrano nelle cosiddette fasce deboli. Lei cosa ne pensa?*

Ammetto che per le donne fare carriera è senz'altro più difficoltoso. Alcune sono riuscite ad emergere ma hanno rinunciato alla vita privata. È necessario trovare una via per conciliare la professione con gli impegni personali. Pur lavorando molto io e mia moglie abbiamo costruito una bella famiglia, abbiamo 3 figli con 7 anni di differenza l'uno dall'altro che mi hanno costretto, come dico sempre, a fare la prima elementare 3 volte in 21 anni! La chiave è la condivisione.

*Un'ultima domanda sul personale. Come riesce a conciliare la sua attività, di presidente di una grande società e direttore della Confindustria, con la sua vita familiare?*

Nell'approssimarsi la fine del mio mandato come amministratore delegato della Rewe ho visto turbamento in famiglia! I miei figli mi chiedevano: ma vai in pensione? Erano preoccupati e sto ancora tentando di interpretare questa preoccupazione...

Mia moglie è medico e lavora moltissimo come me, quindi abbiamo poche ore a disposizione da passare in famiglia, ma sono molto intense ed i figli li controlliamo a distanza, anche se ormai non si fanno più controllare!

A parte tutto ritengo che sia importante riuscire a comunicare alla propria famiglia ed ai figli in particolare l'entusiasmo che si ha nel lavorare perché, anche se il tempo da dedicare agli affetti è senz'altro fondamentale, la qualità dei rapporti lo è ancora di più.



# OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

---

## **Conciliazione vita e lavoro**

- *permesso per genitori di figli portatori di handicap (1.1.)*

## **Dimissioni**

- *annullamento per incapacità naturale (2.1.)*

## **Lavoro pubblico**

- *dirigenza: incarichi regionali esterni e principio del concorso (3.1.)*

- *vice-dirigenza: presupposti e ruolo della contrattazione collettiva (3.2. – 3.4.)*

## **Previdenza**

- *DURC: settore edilizia, legittimazione al rilascio (4.1.)*

## **Sospensione del rapporto di lavoro**

- *malattia: accertamenti sanitari (5.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza italiana (\*)*

**I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in [www.adapt.it](http://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. Conciliazione vita e lavoro

**1.1. Cass. 25 febbraio 2010, n. 4623** (in  *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 27).

**Conciliazione vita e lavoro - Permessi retribuiti ex art. 33, comma 2, l. n. 104/1992 - Cumulabilità in caso di più figli di età inferiore ai tre anni, portatori di handicap grave - Ammissibilità - Fondamento.**

*In tema di permessi giornalieri retribuiti per i lavoratori, ai sensi dell'art. 33, comma 2, l. 5 febbraio 1992, n. 104, la lavoratrice madre o il lavoratore padre di una pluralità di minori portatori di handicap in situazione di gravità hanno diritto, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, a usufruire di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino sino al compimento del terzo anno di età, dovendosi ritenere prevalente rispetto alle esigenze connesse alla prestazione lavorativa l'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti.*

### **Cumulabilità del permesso giornaliero in caso di più figli con handicap grave**

**Sommario:** 1. Il quadro normativo di riferimento. – 2. Il contributo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. – 3. Il caso di specie: la tutela prioritaria dello sviluppo e della salute del bambino quali diritti fondamentali dell'individuo.

1. L'art. 7, comma 2, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, stabiliva che «la lavoratrice ha diritto [...] ad assentarsi dal lavoro durante le malattie del bambino di età inferiore a tre anni, dietro presentazione di certificato medico». Tale diritto è stato poi riconosciuto, in alternativa, al padre, dall'art. 7, comma 1, l. 9 dicembre 1977, n. 903, diretta a realizzare la parità di trattamento fra uomini e donne in materia di lavoro.

La giurisprudenza ha quasi sempre interpretato tali norme con un certo grado di ampiezza applicativa: così, per esempio, le ha ritenute applicabili, altresì, agli episodi morbosi di minor gravità, che non richiedessero una assistenza continua (cfr. Cass. 27 aprile 1987, n. 4079, in *FI*, 1988, I, 203, la quale ha ammesso che la madre possa anche allontanarsi dall'abitazione «per qualche ora al giorno, e non tutti i giorni», al fine di svolgere una limitata attività «che per le modalità di esecuzione [...] e per ogni altra caratteristica del caso concreto non sia incompatibile con il compito di attendere alle cure e all'assistenza in favore del figlio malato») e al periodo della convalescenza (cfr. Cass. 6 febbraio 1988, n. 1293, in *FI*, 1988, I, 784; Cass. 4 aprile 1997, n. 2953, in *MGL*, 1997, 396), osservando come, anche in presenza di un superamento della fase acuta del morbo, le cure del genitore possono risultare ancora necessarie al fine di evitare il pericolo di ricadute.

Un limite insuperabile era, peraltro, costituito in un primo momento dal concetto stesso di malattia: quest'ultima, infatti, secondo l'insegnamento dominante, veniva intesa come alterazione transitoria delle normali condizioni psicofisiche, cui non erano pertanto riconducibili malformazioni congenite, difetti costituzionali, o, in genere, patologie di carattere cronico (cfr., sul punto, A. FONTANA, *Permessi per assistenza a minori con handicap e loro frazionabilità*, in *GM*, 1999, 6, 1125), in tal modo sfuggendo alla previsione normativa proprio i casi più bisognosi di tutela (si veda Trib. Vercelli 27 settembre 1980, in *MGL*, 1981, 43, con riferimento a un caso di linfatismo e adenopatia; Pret. Torino 14 aprile 1983, in *Giurisprudenza piemontese*, 1984, 76; Trib. Catania 28 dicembre 1987, in *DPL*, 1988, 1269).

A colmare questa lacuna ha così provveduto la l. 5 febbraio 1992, n. 104 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) che contempla, all'art. 33, agevolazioni per i lavoratori che assistono soggetti portatori di handicap, la cui condizione deve essere accertata dalle unità sanitarie locali mediante le commissioni mediche di cui all'art. 4 della stessa legge, non essendo consentita la sua dimostrazione mediante documentazione medica di diversa provenienza (in tal senso, *ex plurimis*, Cass. 27 maggio 2003, n. 8436, in *MGC*, 2003, 5, secondo la quale il rigore accertativo *de quo* ripone la propria *ratio* nella circostanza che le agevolazioni previste dalla succitata norma costituiscono forme di intervento assistenziale riconosciute ai portatori di handicap, *sub specie* di agevolazioni concesse a favore di coloro che si occupano dei predetti).

La portata delle agevolazioni concesse dalla norma summenzionata varia a seconda dell'età del bambino: all'origine della disciplina contenuta nel citato art. 33, si pone la convinzione che anche la persona portatrice di handicap, crescendo, può acquisire un certo grado di autonomia rispetto ai propri genitori, e avere quindi meno bisogno di loro, derivandone così due regimi nettamente differenziati con rilevanza attribuita al limite di età di tre anni. Finché questo non sia superato, e «a condizione che il bambino non sia ricoverato a tempo pieno presso istituti specializzati» (art. 33, comma 1, l. n. 104/1992), ai genitori è consentita la scelta fra due possibilità: l'astensione facoltativa dal lavoro, ovvero i permessi retribuiti di due ore al giorno (cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali, familiari e formativi*, in *RIDL*, 2000, I, 156).

Tali istituti erano già noti, entrambi, al sistema precedente, su cui la l. n. 104/1992 è venuta a innestarsi con una integrazione che, nello specifico, è stata realizzata ammettendo il ricorso ad essi per un periodo più lungo di quello inizialmente previsto. L'astensione facoltativa – così denominata poiché nella previsione originaria della l. n. 1204/1971 seguiva il periodo dell'astensione obbligatoria comprendente i due mesi precedenti il parto e i tre successivi, caratterizzati dal divieto di adibire le donne al lavoro – con diritto alla conservazione del posto e a una indennità pari al 30% della retribuzione era, infatti, assoggettata, dall'art. 7, comma 1, l. n. 1204/1971, a due restrizioni di carattere

temporale: aveva una durata massima di sei mesi e la madre poteva goderne solo entro il primo anno di vita del figlio.

L'art. 7, l. n. 903/1977 aveva aggiunto – come sopra ricordato – che, in caso di rinuncia da parte della madre, documentata con apposita dichiarazione, ovvero quando il figlio fosse affidato a lui soltanto, potesse avvalersene il padre, mantenendo, tuttavia, anche per lui, le due limitazioni cronologiche di cui si è appena detto (cfr. A. FONTANA, *Il lento e faticoso sviluppo della disciplina sui c.d. "permessi di paternità"*, in *DL*, 1999, I, 407).

Anche con riferimento ai permessi giornalieri la madre, in base all'art. 10, comma 1, l. n. 1204/1971, poteva giovare solo «durante il primo anno di vita del bambino»; quanto al padre, la formulazione originaria dell'art. 7, l. n. 903/1977, lo escludeva, occorrendo successivamente due note sentenze della Corte costituzionale per dare attuazione, anche su questo punto, al principio di parità.

La prima, infatti, C. Cost. 19 gennaio 1987, n. 1 (in *NLCC*, 1987, 427, con nota di L. SILVAGNA, *Assistenza del figlio minore e diritti del padre lavoratore*), aveva limitato la dichiarazione d'illegittimità alle sole ipotesi in cui la madre non potesse prendersi cura del minore perché a sua volta gravemente inferma o deceduta; la seconda pronuncia, C. Cost. 21 aprile 1993, n. 179 (in *MGL*, 1993, 43, con nota di S. SAETTA, *Il ruolo del padre lavoratore nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*; e in *GC*, 1993, I, 1419, 2317, con nota di D. BONAMORE, *Il bambino centro della tutela biologica e giuridica dell'ordinamento*), stabiliva la piena e definitiva equiparazione tra madre e padre.

Come è evidente, quindi, i due istituti si ponevano e si pongono in rapporto di reciproca esclusione: spetta ai genitori valutare se le cure, di cui il figlio ha bisogno, siano tali da assorbire interamente le energie di uno di essi, rendendo necessaria la sospensione del relativo rapporto di lavoro, o se basti invece la semplice pausa quotidiana, in cui si traduce la concessione del permesso.

La disposizione dell'art. 33, l. n. 104/1992, è stata, peraltro, recepita, nel d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 42, comma 1, recante *Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma della l. 8 marzo 2000, n. 53, art. 15* (sul completamento della evoluzione normativa, cfr. G. NICOLINI, *Congedi parentali*, Giuffrè, Milano, 2000, 9; R. NUNIN, *Riequilibrio dei ruoli nel lavoro di cura e ricomposizione del conflitto tra lavoro "esterno" e responsabilità familiari: le risposte della nuova normativa in materia dei genitori lavoratori*, in M. MISCIONE (a cura di), *I congedi parentali*, Ipsoa, Milano, 2001, 37). Per tale permesso (che l'art. 42, comma 1, l. n. 104/1992, definisce «riposo giornaliero retribuito») è dovuta un'indennità, a carico dell'ente assicuratore, pari all'intero ammontare della retribuzione, che viene anticipata dal datore di lavoro e viene portata a conguaglio con gli apporti contributivi dovuti all'ente (art. 43, comma 1, del TU); il periodo di permesso è computato nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti

relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità (art. 43, comma 2, e art. 34, comma 5, del TU).

2. Sul piano sistematico, come le sezioni unite della Suprema Corte hanno precisato con la recente sentenza n. 16102/2009, la configurazione giuridica delle posizioni soggettive riconosciute dalla l. n. 104/1992, art. 33, e i limiti del relativo esercizio all'interno del rapporto di lavoro devono essere individuati alla luce dei numerosi interventi della Corte costituzionale, che – collocando le agevolazioni in esame all'interno di un'ampia sfera di applicazione della legge, diretta ad assicurare, in termini quanto più possibile soddisfacenti, la tutela dei soggetti svantaggiati, destinata a incidere sul settore sanitario e assistenziale, sulla formazione professionale, sulle condizioni di lavoro, sulla integrazione scolastica – ha, tuttavia, precisato la discrezionalità del legislatore nell'individuare le diverse misure operative finalizzate a garantire la condizione del disabile mediante l'interrelazione e l'integrazione dei valori espressi dal disegno costituzionale (cfr. C. Cost. 29 ottobre 1992, n. 406, in *Diritto e giurisprudenza*, 1992, 910; C. Cost. 29 luglio 1996, n. 325, in *MGL*, 1997, 343).

In questa ottica, la misura prevista dall'art. 33, comma 2, deve intendersi come razionalmente inserita in un ampio complesso normativo – riconducibile ai principi sanciti dall'art. 3 Cost., comma 2, e dall'art. 32 Cost. – che deve trovare attuazione mediante meccanismi di solidarietà i quali, da un lato, non si identificano esclusivamente con l'assistenza familiare, e, dall'altro, devono coesistere e bilanciarsi con altri valori costituzionali.

Può osservarsi, al riguardo, secondo la Corte, che l'agevolazione è diretta non tanto a garantire la presenza del lavoratore nel proprio nucleo familiare, quanto a evitare che il bambino handicappato resti privo di assistenza, di modo che possa risultare compromessa la sua tutela psicofisica e la sua integrazione nella famiglia e nella collettività; così confermandosi che, in generale, il destinatario reale della tutela realizzata mediante le agevolazioni previste dalla legge non è il nucleo familiare in sé considerato, ovvero il lavoratore-familiare onerato dell'assistenza, bensì la persona portatrice di handicap. In tal senso, C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 19 (in *RIDL*, 2009, 4, 842, con nota di G. DE SIMONE; e in *q. Rivista*, 2009, 2, 413), richiamante un principio consolidato attraverso immediati precedenti (da un lato, C. Cost. 8 maggio 2007, n. 158 – su cui E. RAIMONDI, *Tutela del disabile e congedi straordinari retribuiti: un'importante decisione della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 2007, II, 776; G. MANNACCIO, *Sul diritto del coniuge dell'handicappato al congedo retribuito*, in *MGL*, 2007, 700; R. NUNIN, *La Consulta estende al coniuge del disabile il diritto al congedo straordinario retribuito*, in *Famiglia e diritto*, 2007, 869 –, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 42, comma 5, del TU in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, nella parte in cui non prevede, in via prioritaria rispetto agli altri congiunti indicati dalla norma, anche per il coniuge convivente con «soggetto con handicap in situazione di gravità», il diritto a fruire del congedo straordinario retribuito ivi indicato, at-

teso, tra l'altro, che, ai sensi dell'art. 433 c.c., il coniuge è tenuto al primo posto all'adempimento degli obblighi di assistenza morale e materiale del proprio consorte; dall'altro lato, C. Cost. 16 giugno 2005, n. 233 – su cui P. ALBI, *I fratelli di persona con handicap grave hanno diritto ai permessi per assisterla in caso di totale inabilità dei genitori*, in *RIDL*, 2006, II, 22; M. TATARRELLI, *L'estensione del beneficio può garantire salute psicofisica e cura del disabile*, in *GLav*, 2005, 27, 41; R. NUNIN, *Diritto al congedo anche per i fratelli di un disabile se i genitori sono impossibilitati all'assistenza*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 577 –, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 42, comma 5, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, nella parte in cui non prevede il diritto di uno dei fratelli o delle sorelle conviventi con soggetto con *handicap* in situazione di gravità a fruire del congedo ivi indicato, nell'ipotesi in cui i genitori siano impossibilitati a provvedere all'assistenza del figlio handicappato perché totalmente inabili).

Una configurazione, d'altronde, anche in linea con la definizione contenuta nella convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, approvata il 13 dicembre 2006, in cui la finalità comune dei diversi ordinamenti viene identificata nella piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri, nonché con la nuova classificazione adottata nel 1999 dalla Organizzazione mondiale della sanità, che ha definito la disabilità come difficoltà all'espletamento delle «attività personali» e alla «partecipazione sociale» (cfr. Cass., sez. un., n. 16102/2009, cit.).

**3.** La pronuncia in commento, che si distingue per lucidità e chiarezza di motivazione, appare in linea con il summenzionato orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità.

Il lavoratore, nei primi due gradi di giudizio, si era visto respingere le sue richieste – accertamento del suo diritto a usufruire di due permessi giornalieri retribuiti, ai sensi della l. n. 104/1992, art. 33, e del d.lgs. n. 151/2001, art. 42, e, quindi, doppio rispetto a quello ordinario, essendo padre di due gemelli riconosciuti portatori di «handicap in situazione di gravità», di età inferiore ai tre anni – motivando il rigetto sia per la mancanza di una normativa che contemplasse tali permessi (la normativa previdenziale considera l'erogazione di doppi permessi solo in caso di allattamento di parti plurimi), sia perché usufruendo di doppi permessi il lavoratore non sarebbe stato in grado di garantire una adeguata prestazione dal punto di vista lavorativo.

La Corte Suprema di Cassazione ha, invece, ribaltato la sentenza sostenendo che nei vari gradi di giudizio era stata smarrita, con estrema evidenza, la ragione principale che ha dato luogo alla nascita dei permessi retribuiti previsti dalla l. n. 104/1992, ossia l'assistenza alle persone colpite da grave handicap e il fine di agevolarne l'inserimento nella società.

Per l'ipotesi, infatti, di lavoratori che assistono figli con handicap grave – evidenza la Corte – il legislatore, in ragione della concomitanza degli implicati valori di rilievo costituzionale (quali l'esigenza del bambino di ricevere un'assistenza continua e adeguata dai propri genitori, l'interesse del datore di

lavoro a ricevere la prestazione e la compatibilità economica delle prestazioni assistenziali con la generale funzione di assicurazione sociale svolta dall'istituto assistenziale), ha definito con esattezza – come si è visto – l'agevolazione spettante prevedendo il diritto della madre-lavoratrice, o del padre-lavoratore, a fruire, in alternativa al prolungamento del congedo parentale, di permessi giornalieri di due ore per il bambino sino a tre anni di età.

In tal modo, la norma in esame esprime certamente una precisa scelta di valori che è collegata alla primaria necessità di assistenza secondo uno "standard" orario – all'interno della giornata di lavoro – commisurato alla presenza di un bambino disabile e che si realizza con la previsione di un esteso arco temporale di tutela, in caso di opzione per la non sospensione del rapporto lavorativo, rispetto all'ipotesi del bambino senza handicap; scelta che risulterebbe, evidentemente, del tutto vanificata ove si escludesse che, in ipotesi di pluralità di bambini con handicap, spetti un permesso giornaliero di due ore per ciascun bambino.

Si configurerebbe, in tal caso, una evidente alterazione rispetto al predetto parametro (due ore al giorno per ogni bambino), e, peraltro, si determinerebbe un'irragionevole disparità, in senso del tutto opposto alla *intentio legis*, rispetto all'ipotesi di pluralità di bambini non svantaggiati, per i quali viene espressamente prevista, dall'art. 41 del TU cit., la moltiplicazione dei periodi di riposo giornaliero, che i genitori di due bambini senza handicap fruirebbero, di quattro ore al giorno, mentre per due bambini con handicap spetterebbero solo due ore.

Si evidenzia, inoltre, in sentenza, che è consentito il cumulo fra permessi giornalieri (per bambini «con handicap grave» sino a tre anni di età) e mensili di tre giorni (oltre tale età) e, dunque, *a fortiori* esso si giustifica in relazione alla necessità di assistere durante la stessa giornata due bambini con disabilità, entrambi di età inferiore a tre anni.

In merito, infine, all'interesse del datore di lavoro a ottenere una prestazione lavorativa apprezzabile – cosa evidenziata nella sentenza d'appello – il Supremo Collegio non può non osservare che la lavoratrice, o il lavoratore, potrebbe optare per il prolungamento del congedo parentale sino a tre anni, secondo il diritto potestativo esplicitamente riconosciuto dalla stessa norma: in tal caso, il rapporto di lavoro resterebbe sospeso e la prestazione sarebbe del tutto assente, con un rilevante pregiudizio anche per il datore di lavoro (oltre che per la lavoratrice, o il lavoratore, che subirebbe la decurtazione della retribuzione e dovrebbe sopportare anche la perdita di professionalità conseguente al distacco dal lavoro).


A parere della Suprema Corte, dunque, il bilanciamento dei diversi interessi coinvolti non può che ragionevolmente presupporre la prevalenza dell'interesse del bambino e la tutela, prioritaria, del suo sviluppo e della sua salute quali diritti fondamentali dell'individuo (*ex* art. 3, comma 2, e art. 32 Cost.): di conseguenza, alla luce di un'interpretazione dell'art. 33, comma 2, l. n. 104/1992, orientata alla complessiva considerazione di tale prevalente tute-



la, deve riconoscersi il diritto della lavoratrice madre, o del lavoratore padre, di figli «con handicap in situazione di gravità», a usufruire, in alternativa al prolungamento fino a tre anni del congedo parentale, di due ore di permesso giornaliero retribuito per ciascun bambino sino al compimento del terzo anno di vita (e, quindi, di un permesso doppio in caso di figli gemelli, entrambi con grave handicap).

*Matteo Di Francesco*  
*Dottorando di ricerca in Autonomia individuale e Autonomia collettiva*  
*Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*

## 2. Dimissioni

**2.1. Cass. 14 aprile 2010, n. 8886** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 28).

**Dimissioni - Incapacità naturale - Annullamento ex art. 428, comma 1, c.c. - Diritto alle retribuzioni - Decorrenza.**

*In caso di dimissioni date dal lavoratore in stato di incapacità naturale, il diritto a riprendere il lavoro nasce con la sentenza di annullamento ex art. 428 c.c., i cui effetti retroagiscono al momento della domanda, stante il principio secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vincitrice. Solo da quel momento nasce il diritto alla retribuzione. Infatti, l'efficacia totalmente ripristinatoria dell'annullamento del negozio unilaterale risolutivo del rapporto di lavoro non si estende al diritto alla retribuzione, di regola, e salvo espressa eccezione di legge, non dovuta in caso di mancanza di attività lavorativa.*

### **Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore e diritto alle retribuzioni: la soluzione “inedita” della Corte di Cassazione**

*Sommario:* **1.** Premessa. – **2.** Le dimissioni quale atto unilaterale recettizio: una fattispecie a cavallo tra il primo ed il secondo comma dell'art. 428 c.c.? – **3.** Retroattività della sentenza di annullamento e sinallagmaticità del rapporto di lavoro: un raccordo difficile. – **4.** Conclusioni.

**1.** Il tema dell'annullamento delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore, ex art. 428 c.c., non è né nuovo né sporadico nel panorama giurisprudenziale e dottrinale giuslavoristico; anzi, molte delle questioni interpretative ad esso connesse risultano, se non pacificamente acquisite, assestate su orientamenti dominanti. Nondimeno, la recente sentenza della Corte di Cassazione, qui annotata, desta particolare interesse, distinguendosi per l'affermazione di un principio “inedito” – in relazione alle conseguenze della sentenza costituti-

va di annullamento sul piano dei rapporti contrattuali – di cui si darà conto nelle riflessioni che seguono.

In linea generale è opportuno ricordare che l'art. 428 c.c. assolve ad una funzione di valvola di sicurezza del sistema, consentendo l'annullamento degli atti posti in essere da chi, ancorché non interdetto o inabilitato, si è trovato in una condizione (sia pure transitoria) di incapacità di intendere e di volere (cfr. P. FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, sub art. 428, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, 53 ss.).

Il legislatore declina la tutela del soggetto in stato di incapacità naturale a seconda che l'azione di annullamento abbia ad oggetto un atto unilaterale ovvero un contratto: in quest'ultimo caso, infatti, è più accentuata l'esigenza di contemperare la tutela dell'effettiva volontà del soggetto, ancorché transitoriamente incapace, con quella dell'affidamento (E. LECCESE, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Jovene, Napoli, 1999, 83 ss.).

In tale prospettiva si giustifica il diverso tenore del comma 2 dell'art. 428 c.c. che, con specifico riferimento ai contratti, prevede che l'annullamento «non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che ne sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere e di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta *la malafede dell'altro contraente*» [corsivo dell'A.], rispetto al comma 1 che, invece, riguardo agli atti unilaterali, richiede (soltanto) l'esistenza di un grave pregiudizio all'autore.

2. Dalla nutrita casistica giurisprudenziale disponibile in materia emerge che l'ambito privilegiato di operatività del rimedio generale contemplato nell'art. 428 c.c. sia rappresentato, per gli atti unilaterali, proprio dalle dimissioni del lavoratore (così M. CAROPPOLI, *Mi dimetto, anzi no: ecco quando il lavoratore può ripensarci*, nota a Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in *D&G*, 2004, 7, 40, pubblicata anche in *RCP*, 2005, 467, con nota di D. GUIZZETTI, *Inefficacia delle dimissioni per incapacità naturale del dipendente*).

Al fine di visualizzare i requisiti della fattispecie delineata nell'art. 428 c.c., oggetto della pronuncia in commento, può essere opportuno precisare subito che l'affermazione comune e tratizia secondo cui alle dimissioni, in quanto atto unilaterale, ancorché recettizio, si applicherebbe solo il comma 1 dell'art. 428 c.c. (Cass. 18 marzo 2008, n. 7292, con nota di F. BUFFA, *Dimissioni del lavoratore incapace*, in *GC*, 2009, I, 452; App. Milano 4 settembre 2006, in *LG*, 2007, 525), e non anche il comma 2 – che postula l'accertamento della malafede dell'altro contraente –, non sia unanimemente accettata. Parte della dottrina (R. ALTAVILLA, *Sui requisiti necessari per l'annullamento delle dimissioni rese in stato di incapacità di intendere e di volere*, in *RIDL*, 2004, II, 136) e della giurisprudenza di merito (Trib. Milano 18 dicembre 1999, in *OGL*, 1999, I, 989), per il vero minoritarie, hanno sostenuto che, in ragione della natura di atto recettizio delle dimissioni, la tutela dell'affidamento, in ordine alla valida cessazione del rapporto, cristallizzata nel comma 2 dell'art. 428 c.c., dovrebbe ritenersi estensibile anche al datore di lavoro. Segnatamen-

te, l'accertamento della "malafede" (*rectius* conoscenza dello stato di incapacità naturale del dimissionario) varrebbe a scongiurare il pregiudizio che potrebbe scaturire dall'obbligo di riammissione in servizio – statuito nella sentenza di annullamento – a quel datore di lavoro che, inconsapevole dello stato di incapacità naturale del dimissionario, avesse già provveduto alla sua sostituzione.

Sul requisito primo, su cui si fonda l'azione di annullamento *ex art.* 428 c.c., cioè lo stato di incapacità di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto, è consolidato, invece, il principio secondo cui l'incapacità naturale non presuppone la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente che esse risultino alterate ovvero diminuite in modo da impedire o da ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente (*ex plurimis*, Cass. n. 515/2004, cit.; Cass. 14 maggio 2003, n. 7485, in *RIDL*, 2004, II, 136 e riferimenti ivi contenuti). Nondimeno, la volatilità della nozione di incapacità naturale aperta anche ad affezioni od alterazioni della sfera psichica non integranti un'infermità mentale, ovvero una malattia in senso stretto (Cass. 8 agosto 1997, n. 7344, in *MGC*, 1997, 1366), si traduce nella necessità di un particolare rigore, tanto nell'acquisizione della prova (così Cass. 26 maggio 2000, n. 6999, in *I contratti*, 2001, 25) che – sebbene sia pacificamente ammessa in ogni forma, anche indiziaria (*ex plurimis*, Cass. n. 515/2004, cit.; Cass. 28 marzo 2002, n. 4539, in *MGC*, 2002, 542; Cass. 7 aprile 2000, n. 4344, in *MGC*, 2000, 740) – «deve rappresentare non semplici opinioni, ma fatti obiettivi e specifici dai quali emerga la grave alterazione mentale» (così P. FORCHIELLI, *op. cit.*, 60), quanto nella ricostruzione dell'iter argomentativo seguito dal giudice, le cui determinazioni costituiscono un apprezzamento di fatto insindacabile in sede di legittimità, se immune da vizi logici e giuridici (Cass. 5 novembre 1990, n. 10577, in *MGC*, 1990; Cass. 17 aprile 1984, n. 2499, in *DL*, 1984, II, 446).

Meno pacifiche appaiono le soluzioni adottate dalla giurisprudenza riguardo la natura e la prova del requisito del «grave pregiudizio» all'autore dell'atto, nella *species* delle dimissioni. Sul punto si registra un'evoluzione giurisprudenziale che, probabilmente condizionata dai mutamenti sociali e dalle incerte prospettive occupazionali, si caratterizza per un progressivo abbandono della posizione che richiede la prova stringente della gravità del pregiudizio (Cass. n. 2499/1984, cit.; Cass. n. 10577/1990, cit.) e l'approdo verso la convinzione che tale gravità possa ravvisarsi intrinsecamente nell'atto delle dimissioni. Nelle decisioni più recenti, infatti, l'accertamento del grave pregiudizio viene ravvisato, sempre più di frequente, *in re ipsa*, ossia nella perdita del posto di lavoro e nei risvolti negativi che conseguono sul piano patrimoniale, familiare e sociale (*ex plurimis*, Cass. n. 7485/2003, cit.; per un rilievo critico si veda M. CAROPPOLI, *op. cit.*).

**3.** Nella sentenza in commento non si fa questione né dell'esistenza dello stato di incapacità naturale né della sussistenza del grave pregiudizio in capo

all'autore, elementi che la Suprema Corte ravvisa nell'esauriente ed insindacabile motivazione della sentenza impugnata.

Il punto su cui si concentra l'attenzione della Suprema Corte è piuttosto quello della ricaduta dell'annullamento delle dimissioni sul diritto alle retribuzioni. In altri termini, la questione di diritto su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi corrisponde all'interrogativo se l'efficacia retroattiva della sentenza di annullamento involga o meno il diritto alle retribuzioni maturate (meglio, che sarebbero maturate) dalla data delle dimissioni a quella della riammissione in servizio.

Nel caso di specie, la Suprema Corte critica la decisione adottata dalla Corte di Appello «per aver riconosciuto gli arretrati a M. a decorrere dalla data in cui la società ha ricevuto l'offerta delle prestazioni lavorative», ritenendo non corretto il principio di diritto applicato.

Sul punto, invero, vi è traccia di discordanza anche nei repertori della giurisprudenza di legittimità, senza che la diversità di soluzioni abbia mai raggiunto le dimensioni di un vero contrasto giurisprudenziale.

Infatti, solo in casi isolati la Suprema Corte, in adesione ai generali principi civilistici, ha sostenuto che la sentenza di annullamento, avendo «l'effetto di toglier di mezzo il negozio e quindi anche di privarlo di efficacia» (F. MESSINEO, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, 1958, II, 480) produce effetti retroattivi anche rispetto alle retribuzioni, determinando il ripristino della pregressa situazione di fatto e di diritto, e ricostituendo, dunque, il sinallagma genetico e funzionale del rapporto di lavoro (Cass. 15 giugno 1995, n. 6756, in *NGL*, 1996, 98; cfr. Cass. 19 gennaio 1996, n. 415, in *MGC*, 1996, 83).

Mentre, più di frequente, ed in modo più convincente, la giurisprudenza di legittimità ha affermato – a partire dalla fine degli anni Novanta pressoché unanimemente – che «nell'ipotesi di annullamento delle dimissioni presentate dal lavoratore (nella specie, per incapacità naturale) il principio secondo il quale l'annullamento di un negozio giuridico ha efficacia retroattiva non comporta il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dalla data delle dimissioni a quella della riammissione al lavoro, atteso che la retribuzione presuppone la prestazione dell'attività lavorativa, onde il pagamento della prima in mancanza della seconda rappresenta un'eccezione che, come nelle ipotesi di malattia o licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, deve essere espressamente prevista dalla legge, a nulla rilevando che le dimissioni siano state immediatamente revocate, giacché le dimissioni producono istantaneamente lo scioglimento del rapporto di lavoro, onde la successiva revoca, in mancanza di consenso del datore di lavoro, non è idonea a ripristinare il suddetto rapporto» (così Cass. 6 novembre 2000, n. 14438, in *NGL*, 2001, 227; ma anche, tra le altre, Cass. n. 515/2004, cit.; Cass. 12 marzo 2004, n. 5159, con nota di P. TESSITORE, *Annullamento delle dimissioni per incapacità naturale*, in *q. Rivista*, 2005, 175; Cass. 5 luglio 1996, n. 6166, con nota di P.

TULLINI, *Sulle conseguenze dell'annullamento giudiziale delle dimissioni per incapacità naturale del lavoratore*, in *GC*, 1997, I, 763).

A quest'ultimo indirizzo aderisce la Suprema Corte con la sentenza in esame, sia pure con la precisazione, di non poco momento, che «a parziale modifica di tale orientamento, deve ritenersi che gli effetti retributivi non debbano essere riportati alla sentenza, bensì alla domanda giudiziaria, in ragione del principio generale per il quale la durata del processo non deve mai andare a detrimento della parte vincitrice».

Affermando questo principio, la Corte di Cassazione inaugura una soluzione che si discosta sia dall'orientamento che, facendo applicazione dei principi civilistici in tema di annullamento, riconosce il diritto alle retribuzioni (retroattivamente) sin dal momento delle dimissioni, sia da quello (consolidato) che, coniugando il principio di retroattività dell'annullamento con la corrispettività delle prestazioni di lavoro, riporta il diritto alle retribuzioni alla sentenza (cfr., in generale, R. SACCO, voce *Nullità ed annullabilità*, in *DDPCiv*, 1995, XII, 309, il quale, non ignorando che l'efficacia retroattiva della sentenza di annullamento possa scontrarsi con le impossibilità intervenute *medio tempore*, specifica, appunto, che con la sentenza di annullamento si elimina o *si rettifica* il negozio).

4. La soluzione cui perviene la Suprema Corte non persuade fino in fondo e sembra avere più il sapore di un compromesso, che non risulta appieno rispettoso, né del principio di sinallagmaticità del rapporto di lavoro, né dei principi che governano l'esercizio dell'azione giudiziale, nel caso di specie di annullamento.

Che le retribuzioni non possano retroagire al momento della domanda giudiziale – quand'anche il lavoratore dimissionario avesse offerto la prestazione di lavoro – è spiegato dal fatto che non può inverarsi un'ipotesi di mora del datore di lavoro rispetto ad un rapporto che, una volta intervenute le dimissioni, deve considerarsi definitivamente estinto. Infatti, come deriva pure dall'insegnamento delle sezioni unite (il riferimento è a Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334, in *GC*, 1991, I, 831, sulla questione della successione di contratti a termine), nessuna rilevanza potrebbe assumere l'offerta delle prestazioni del lavoratore in assenza di un vincolo contrattuale, dal momento che «un comportamento unilaterale non può in alcun modo determinare il sorgere di posizioni soggettive attive o passive». Ne consegue che «l'effetto delle dimissioni permane fino alla data della sentenza, non essendo configurabile alcun obbligo del datore di lavoro di accettare il lavoratore in azienda prima di tale momento e non potendo quindi profilarsi un'ipotesi di mora del datore di lavoro rispetto ad un rapporto che, prima della sentenza di annullamento, deve considerarsi inesistente» (Cass. n. 515/2004, cit.; così pure, P. TULLINI, *op. cit.*, 767).

Per questo motivo l'affermazione secondo cui «gli effetti retributivi non debbano essere riportati alla sentenza, bensì alla domanda giudiziaria, in ragione del principio generale per il quale la durata del processo non deve mai andare

a detrimento della parte vincitrice» è sì suggestiva ma, a parere di chi scrive, impropria e fuorviante (sull'impossibilità di enucleare un principio generale di retroattività della sentenza alla domanda si veda R. ORIANI, voce *Domanda giudiziale*, in *EGT*, 1988, XII, § 8 e 14).

Invero, il basilare principio «per il quale si deve impedire che la necessità del processo per la difesa del diritto, ed il lasso temporale che quello per sua naturale necessità comporta, torni a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chiedere ragione» (C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *DDPCiv*, 1991, VII, 86), che fu oggetto di ampia teorizzazione da parte di uno dei padri del diritto processuale civile (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1928, 136 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1947, I, 141 ss.), vale a spiegare la *ratio* di una serie di fenomeni (*id est* di norme) di diritto sostanziale e processuale che sinteticamente sono racchiusi entro la generale indicazione di «effetti della domanda». Ma quel principio non può significare (anche, e di più), come sembra asserire la Corte nella sentenza in commento, che qualsivoglia conseguenza pregiudizievole debba ricadere sulla parte soccombente, a prescindere dall'inverarsi dei presupposti, primo tra tutti la costituzione in mora, cui il legislatore ricollega la produzione di quegli effetti (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 144; R. ORIANI, *op. cit.*, § 9).


Valga, infine, richiamare, a conferma dell'equivoco in cui, a nostro avviso, è incorsa la Corte di Cassazione, la fondamentale distinzione tra azione di condanna ed azione costitutiva (si veda *amplius*, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Giappichelli, Torino, 1997, 71 ss.), ed il principio correlato secondo cui ciò che si fa valere con l'azione costitutiva di annullamento è il diritto (potestativo) ad una modificazione giuridica che, a differenza di un'azione di condanna, non postula necessariamente una violazione, e quindi una responsabilità della parte soccombente (cfr. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 14 ss.). Responsabilità (*rectius* mora) che, nel caso di specie, non potrebbe ravvisarsi *de plano* in capo al datore di lavoro, in ossequio al principio, sostenuto dalla stessa Corte di legittimità, secondo cui l'azione di annullamento delle dimissioni, *ex art. 428 c.c.*, comma 1, neppure implica l'accertamento della riconoscibilità, in capo al datore di lavoro, dello stato di incapacità naturale del lavoratore (si veda *supra*, § 2).

Non resta che concludere osservando come il legame sinallagmatico tra prestazione e retribuzione (relazione che «rende la prestazione non solo necessario presupposto bensì immanente e permanente ragione della retribuzione»), da una parte, e la difficoltà di attribuire alla domanda di annullamento delle dimissioni, *ex art. 428 c.c.*, comma 1, l'effetto automatico della costituzione in mora del datore di lavoro, dall'altra, fondino l'ineludibile corollario in virtù del quale «la retroattiva efficacia dell'annullamento [delle dimissioni invalide

ex art. 428 c.c.] non trova normativa corrispondenza in una retroattiva efficacia del diritto alle retribuzioni» (Cass. 17 giugno 2005, n. 13045, in *FI*, 2006, I, 165).

*Marta Mondelli*  
*Dottoranda di Diritto del lavoro e relazioni industriali*  
*Università degli Studi di Pavia*

### 3. Lavoro pubblico

**3.1. C. Cost. 15 gennaio 2010, n. 9** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 5).

**Lavoro pubblico - Norme della Regione Piemonte - Disciplina della organizzazione degli uffici e disposizioni concernenti la dirigenza regionale - Conferimento degli incarichi dirigenziali a soggetti estranei all'amministrazione regionale entro il limite del 30% dei posti - Deroga al principio del concorso pubblico non sorretta da specifiche esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarla - Illegittimità costituzionale.**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 24, comma 2, della l.r. Piemonte 28 luglio 2008, n. 23, secondo cui gli incarichi di direttore regionale possono essere conferiti, entro il limite del 30% dei rispettivi posti, a persone esterne alla amministrazione regionale, per violazione dell'art. 97, comma 3, Cost. La disposizione impugnata, infatti, oltre a prevedere assunzioni a tempo determinato, con contratto che può avere una durata massima di cinque anni e che è rinnovabile senza alcun limite, e a non richiedere la ricorrenza di alcun presupposto oggettivo perché un incarico di direttore regionale sia affidato ad un soggetto esterno piuttosto che ad un dirigente appartenente ai ruoli dell'amministrazione, contempla una deroga di notevole consistenza al principio del concorso pubblico non circoscritta a casi nei quali ricorrano specifiche esigenze di interesse pubblico, le sole idonee a giustificarla.*

#### **Gli incarichi dirigenziali regionali tra derive fiduciarie e principio del concorso**

*Sommario:* **1.** Note metodologiche. – **2.** L'iter argomentativo della Consulta. – **3.** Le proiezioni del principio costituzionale del buon andamento: l'equilibrio tra dirigenti "interni" ed "esterni". – **3.1.** Spazi per una lettura "regionalista" fondata sull'accentuazione della "legalità di risultato". – **3.2.** I temperamenti della giurisprudenza costituzionale: tra tendenze alla "fiduciarità" ed esigenze di continuità istituzionale. – **4.** La questione della potestà regionale sugli incarichi dirigenziali. – **5.** Conclusioni.

**1.** Con la sentenza 15 gennaio 2010, n. 9, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 24, comma 2, della l.r. Piemonte 28 luglio 2008, n. 23,

recante la *Disciplina dell'organizzazione degli uffici regionali e disposizioni concernenti la dirigenza ed il personale*. La disposizione normativa censurata, relativa agli *Incarichi dirigenziali esterni*, consente alla Regione di conferire incarichi dirigenziali di direttore regionale a soggetti *esterni* alla amministrazione, nel limite del 30% dei posti.

In base alla ricostruzione interpretativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, la suddetta previsione normativa si pone in contrasto con il principio di imparzialità nell'accesso agli impieghi pubblici (artt. 3 e 97 Cost.), che ammette eventuali e limitate deroghe, in presenza tuttavia di specifiche motivazioni, assenti nel caso di specie.

L'impugnata disposizione ed il connesso e relativo giudizio costituzionale rivelano interesse per la riflessione giuslavoristica. Anzitutto, fanno risaltare la centralità sistemica della dirigenza nell'assetto organizzativo regionale, da sempre in posizione distinta da quella del restante personale, proprio per la sua intrinseca ambivalenza funzionale: fattore di contrappeso istituzionale rispetto al potere politico, da un lato, "personificazione" del datore di lavoro, dall'altro lato (M. RUSCIANO, *Le vicende della privatizzazione del pubblico impiego*, in Atti dei Convegni Lincei, Bardi, Roma, 2006, 157 ss.; L. ZOPPOLI, *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2007, n. 63; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Il Mulino, Bologna, 2006; C. ZOLI, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, Cedam, Padova, 2005, 1535 ss.).

In secondo luogo, pongono l'attenzione su almeno due ordini di problemi interpretativi, tra loro strettamente intrecciati: a) la pronuncia riporta l'attenzione sull'area degli incarichi dirigenziali, sia pure intesi nella particolare e specifica accezione di incarichi a soggetti esterni; il ricorso all'esterno, implicando una difficile ricerca di equilibrio, induce la riflessione, più in generale, sul complicato rapporto di strumentalità che deve intercorrere tra la quota di dirigenza, individuata dall'ente, ed il raggiungimento degli obiettivi costituzionalmente imposti del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. – valori racchiusi, entrambi, nella regola del concorso; b) l'area degli incarichi esterni diventa così terreno privilegiato su cui sperimentare le soluzioni teoriche relative alla concreta individuazione dei confini tra potestà regionale c.d. residuale e competenza statale "esclusiva".

2. Il percorso interpretativo seguito dalla Corte costituzionale è schematico ed essenziale. Secondo un'impostazione logico-giuridica, che potremmo definire classica, le questioni di merito vengono affrontate soltanto dopo aver chiarito i profili difensivi che assumono rilevanza preliminare.

E così, in via preliminare appunto, la Consulta fissa alcuni importanti paletti:



a) non può trarsi motivo di infondatezza del ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri dalla circostanza secondo cui la disposizione regionale impugnata ricalca una identica disposizione contenuta in un precedente testo normativo mai impugnato (segnatamente si allude alla l.r. Piemonte 8 agosto 1997, n. 51). L'esistenza di una disciplina contenuta in un precedente testo normativo non impedisce l'impugnazione in via principale di una successiva legge che, novando la fonte, riproduca la medesima disciplina (punto 2 del *Considerato in diritto*).

E, comunque, tra i due testi normativi non c'è assoluta identità, in quanto le disposizioni regionali del 2008 si differenziano dal previgente testo normativo quanto a durata degli incarichi conferiti, possibilità di rinnovo, requisiti soggettivi richiesti agli esterni (la precedente normativa stabiliva che i contratti stipulati con i soggetti esterni avevano durata quadriennale, quella attuale che tali contratti hanno durata non superiore a cinque anni; sul rinnovo, il precedente testo prevedeva che i contratti in questione potessero essere rinnovati per una sola volta: questo limite scompare nella nuova formulazione normativa). La conferma della percentuale del 30% dei conferimenti agli esterni si colloca pertanto in un diverso contesto normativo, che caratterizza in maniera differente rispetto al passato quei conferimenti e, quindi, di riflesso, anche il particolare profilo della quota di incarichi attribuibili agli esterni;

b) rientra sempre nei profili preliminari la questione relativa alla motivazione delle censure di parte ricorrente: secondo la Consulta vengono offerti elementi sufficienti a conferire a queste carattere di adeguata specificità;

c) i giudici costituzionali ripropongono poi l'argomento, di ordine sistematico (già utilizzato, in particolare, nella sentenza n. 274/2003), concernente l'ambito entro cui lo Stato può proporre impugnazioni in via principale avverso leggi regionali: l'impugnazione può riferirsi a qualsiasi parametro costituzionale e non solo a quelli concernenti il riparto delle reciproche competenze legislative (punto 3.2 del *Considerato in diritto*);

d) la Consulta infine dichiara inaccoglibile l'istanza della Regione Piemonte relativa alla nuova formulazione normativa dell'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, a seguito delle modifiche operate dal d.lgs. n. 150/2009: in questa maniera, evita di entrare nel merito di una disposizione normativa che indubbiamente riporta la questione del riparto di potestà in un'area di crescente criticità. La formale inaccoglibilità dell'istanza – legata al rispetto del fondamentale principio del *tempus regit actum* –, tuttavia, non implica, sul piano interpretativo, assoluta assenza di interferenza della decisione in esame anche, in via indiretta, sul nuovo quadro normativo come modificato dal recente d.lgs. n. 150/2009 (lo si vedrà di qui a poco).

Nel merito delle questioni sollevate, le argomentazioni della Corte costituzionale sono racchiuse essenzialmente nella regola del "concorso", e quindi sull'art. 97, comma 3, Cost. L'art. 24, comma 2, della l.r. Piemonte – affermano i giudici – contrasta con l'art. 97, comma 3, Cost., in quanto «contempla una deroga al principio del concorso pubblico di notevole consistenza»

(punto 4 del *Considerato in diritto*). Siffatta deroga non è ancorata a «casi nei quali ricorrano specifiche esigenze di interesse pubblico» (*ibidem*) ed è pertanto illegittima. La illegittimità delle disposizioni è altresì corroborata da altri elementi su cui la sentenza fa un passaggio rapido: gli incarichi in oggetto configurano assunzioni a tempo determinato, con contratto che può avere una durata massima di cinque anni e che è rinnovabile senza alcun limite; inoltre, non è richiesta la ricorrenza di alcun presupposto oggettivo perché un incarico di direttore regionale sia affidato ad un soggetto esterno, piuttosto che ad un dirigente appartenente ai ruoli dell'amministrazione.

3. Nella sequenza logica osservata dalla Consulta, mi pare decisivo un passaggio: esso riguarda l'assimilazione postulata tra accesso alla qualifica dirigenziale, nelle forme del concorso, ed affidamento di incarichi dirigenziali. A parere della Consulta vi è piena sovrapposizione tra le due aree, soprattutto perché la configurazione degli incarichi profilati dalla norma impugnata si caratterizza per la totale incontrollabilità sia del rinnovo dell'incarico (non viene previsto alcun limite), sia per l'assenza di presupposti per scegliere tra "interno" ed "esterno". Queste caratteristiche strutturali dell'incarico determinerebbero una lesione diretta del principio del concorso.

Qui la Corte costituzionale, in maniera piuttosto ermetica, va a precisare quella che potremmo definire la proiezione concreta del principio del "buon andamento" di cui all'art. 97 Cost. Per rispondere ai canoni del buon andamento, l'azione amministrativa non deve tradursi in azione «slegata e frammentaria» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*, dove vengono riportate le argomentazioni spese dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che possono ritenersi, almeno implicitamente, fatte proprie dalla Consulta); deve piuttosto tendere alla valorizzazione del personale e, quindi, delle professionalità esistenti nell'apparato amministrativo.

Al contrario, l'impugnata previsione di l.r. scardina il binomio costituzionale: la consistenza quantitativa del ricorso all'esterno (il 30% dei posti di direttore regionale) coniugata con la temporaneità degli incarichi medesimi è tale cioè da destrutturate, o quantomeno mettere a rischio, la compattezza amministrativa costruita all'interno dell'organizzazione, senza peraltro esplicitare le ragioni della previsione derogatoria.

Questo è il primo passaggio argomentativo di rilievo nella pronuncia in esame e come tale merita di essere approfondito: esso esplicita il significato ultimo dei valori costituzionali in materia, giungendo ad esiti interpretativi coerenti con la precedente elaborazione della Consulta, là dove questa ha colpito disposizioni regionali che, con modalità di segno contrario a quelle oggi censurate, premiavano logiche di *favor* per gli interni, a scapito delle professionalità esterne all'amministrazione. Sia nell'uno sia nell'altro caso, il *modus operandi* dell'amministrazione regionale, secondo i giudici costituzionali, si pone in contrasto con gli interessi di cui all'art. 97 Cost.

Secondo la Consulta, il ricorso all'esterno, tenuto su parametri quantitativi così elevati, spezzerebbe quel binomio di coerenza tra "reclutamento" ed "inte-

resse generale all'efficienza organizzativa", che assicura la continuità e compattezza amministrativa: ripercuotendosi, in maniera circolare, sulla stessa finalità del reclutamento che risulterebbe nei fatti frustrata, in assenza di dimostrate esigenze derogatorie.

Il ragionamento della Corte trascina la riflessione principalmente sul versante dell'accesso, e quindi dell'ampia elaborazione sul concorso nelle amministrazioni non statali. Purtroppo, l'elaborazione sul concorso – che può dirsi consolidata – assume, in questa decisione, un significato peculiare: l'illegittimità delle disposizioni regionali viene declinata essenzialmente nei termini della irragionevolezza delle norme medesime, in quanto al di fuori dello schema costituzionale di (ragionevole, appunto) individuazione dei dirigenti. Il punto centrale della questione allora attiene non tanto all'*an* della derogabilità in sede regionale, quanto piuttosto al *quomodo* della derogabilità. La regola generale può soffrire di eccezioni, a patto che queste si rivelino ragionevoli: il sindacato dei giudici costituzionali è pertanto, anzitutto, un sindacato di ragionevolezza (G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, 179 ss.).

**3.1. *Prima facie***, dal passaggio interpretativo appena descritto, si potrebbe essere indotti a ricavare, non sembri un paradosso, spazi per un riconoscimento più ampio della potestà regionale in materia.

L'obbligo della motivazione della deroga, per l'ente, assume contorni giuridici del tutto peculiari, che si condensano sul profilo cruciale della soglia quantitativa al di sotto della quale la scelta è consentita. È evidente che nella impugnata legge regionale non è ipotizzabile consacrare una volta per tutte la motivazione organizzativa che giustifica la deroga: la previsione regionale, nel porre la facoltà per l'ente, sposta il problema della verifica anzitutto sul risultato dell'azione amministrativa, nel pieno spirito della "privatizzazione". Se il criterio-guida è quello dell'autonomia/specificità dell'organizzazione nella scelta, è evidente che l'individuazione della soglia quantitativa risponde ad un criterio di ragionevolezza intrinseca alla stessa organizzazione e sindacabile dall'esterno soltanto se viola i canoni costituzionali. Di per sé un eventuale innalzamento della soglia non sarebbe indicatore di contrasto con le previsioni costituzionali. Lo sarebbe nel momento in cui esso diventa strumento per aggirare le regole dell'accesso, improntate appunto all'imparzialità ed al buon andamento. Allora, dovrebbe dedursi che il problema si sposta sull'utilizzazione della facoltà, di volta in volta, da parte dell'ente: è su questo che si scaricherà il potere di verifica del giudice. L'innalzamento della soglia è soltanto un elemento che determina un automatico obbligo per l'ente di aumentare il tasso di attenzione nella motivazione della scelta e di razionalità organizzativa a supporto, non è certo di per sé fattore di illegittimità della previsione. Anche perché l'articolazione tipologica dei predetti incarichi è tale da non consentire *ex ante*, ma solo *ex post*, la valutazione del reale impatto di essi sull'efficienza amministrativa. Sia perché gli incarichi possono rivolgersi a

direttori regionali esterni, ma con qualifica dirigenziale (presso altre amministrazioni pubbliche) o esterni, ma con comprovata e corrispondente qualificazione professionale (ed, infatti, anche su questo argomento fa leva la difesa della Regione Piemonte; cfr. punto 3.2 del *Ritenuto in fatto*: «il conferimento, sia ad interni, sia ad esterni, dell'incarico di direttore regionale – come precisato dalla Regione – è soggetto ad un procedimento ad evidenza pubblica (disciplinato dalla delibera dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale del 22 dicembre 2008, n. 185) che garantisce ampiamente i principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento e, dunque, rispetta l'art. 97, terzo comma, della Costituzione»); sia perché, quanto alla durata, essi mantengono il parallelismo con le norme esistenti in materia di dirigenza statale. Sia perché, si potrebbe obiettare, non sempre è chiaro quale sia la soglia di base su cui calcolare la percentuale: la soglia complessiva del 30% potrebbe non riguardare l'intero organico, ma solamente la quota dei nuovi conferimenti di incarichi.

Il punto centrale è quindi solo quello del rapporto di proporzionalità tra “interni” ed “esterni”: l'ottica è prevalentemente di contemperamento tra le esigenze del contenimento della spesa, da un lato, e l'aumento di efficienza amministrativa, dall'altro. Nelle scelte regionali quindi si potrebbero aprire varchi, attraverso la motivazione della deroga, importanti per quanto riguarda la differenziazione dei modi di reclutare.

**3.2.** Questa conclusione, sul piano teorico, potrebbe essere supportata da una lettura dell'art. 97 Cost. che accentua fortemente il momento del risultato, che sta a valle del processo organizzativo, su cui soltanto si andrà a spostare la verifica della ragionevolezza della scelta regionale (il tema della c.d. “amministrazione di risultato” è oggetto di un vivo dibattito, anche in ambito amministrativistico: per una ricostruzione delle diverse posizioni cfr. M. CERBONE, F. ROTA, *Dalla “legalità” in senso formale alla intrinseca “legislatività” dell'organizzazione pubblica*, in R. MERCURIO, A. ZOPPOLI (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 3 ss. In particolare, va segnalata la posizione critica di chi (cfr. F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione “bicamerale”*, in *FA*, 1997, 3302) contesta il ridimensionamento del principio di legalità come corollario dell'affermazione del principio di efficienza della pubblica amministrazione. Il criterio di efficienza in effetti sarebbe riferibile esclusivamente alle organizzazioni industriali e commerciali, ed assolutamente inadeguato ad esprimere un principio organizzativo per le amministrazioni pubbliche). Sennonché essa deve essere messa a raffronto con tutta la precedente elaborazione della Consulta (in particolare, si veda C. Cost. n. 233/2006, con nota di M. CERBONE, *Limiti costituzionali dello spoils system della dirigenza regionale*, in *DLM*, 2006, 711 ss.; C. Cost. n. 103/2007 e C. Cost. n. 104/2007, con nota di M. RUSCIANO, *Dirigenze pubbliche e spoils system*, in *www.astrid-online.it*, 2007; la stessa impostazione è ripresa anche nella sentenza n. 351/2008, con

nota di A. ZOPPOLI, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, in *DLM*, 111 ss.), ripresa anche nella successiva sentenza n. 81/2006, in materia di *spoils system*. Da questo raffronto la lettura interpretativa sinora offerta sembra subire qualche temperamento: la Corte ha chiaramente mostrato – peraltro anche in taluni passaggi della decisione in commento – i tratti essenziali e le ricadute sistemiche del suo sindacato di ragionevolezza sulle norme regionali. Esso si sostanzia nell'individuazione del punto di temperamento tra le esigenze dell'adeguamento regionale, come postulato dal d.lgs. n. 165/2001 (art. 27), e la generalità dello schema costituzionale dell'art. 97 Cost. La Consulta ha mostrato, sul tema dei concorsi, una lettura "restrittiva" della clausola di adeguamento, in ragione della invalicabilità dello schema del concorso pubblico. La questione si concretizza nella fissazione della soglia percentuale invalicabile della quota di dirigenza esterna. Qui il punto di contatto con la elaborazione richiamata sullo *spoils system* è evidente, anche se ermetico nel testo della pronuncia in esame. La direzione è quella della restrizione ed eccezionalità degli spazi regionali di individuazione della quota fiduciaria della dirigenza, in quanto l'allargamento degli spazi è inversamente proporzionale al mantenimento dell'equilibrio costituzionale tra buon andamento ed imparzialità. Tale equilibrio si concretizza, nella ricostruzione della Consulta, nello schema generale fissato dalla legge statale con l'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001. Essa si profila come una prima e *generale* applicazione costituzionalmente compatibile, che individua il punto di massima espansione della decisione organizzativa pubblica.

Questa parte dell'impianto motivazionale della sentenza non approfondisce invece il profilo della difficile scomposizione interna della dirigenza regionale: la caratterizzazione soggettiva della figura, infatti, è elemento da non trascurare ai fini della corretta fissazione dei limiti di ragionevolezza dell'intervento regionale. Evidentemente, nel caso esaminato, tale questione è assorbita dalla considerazione prevalente che lo scostamento quantitativo si è profilato in maniera così dirompente da giustificare un suo immediato rigetto.

4. L'interesse della pronuncia rifluisce a questo punto sulla questione, ben più complessa ed articolata, dei concreti confini della potestà normativa regionale. La Corte, con la sua consolidata elaborazione in tema di concorsi, suggella la indiscussa centralità, in linea di principio, del concorso quale regola per l'accesso all'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (in questo senso è sufficiente ricordare le numerose pronunce, tra l'altro richiamate alcune anche dalla sentenza in commento). Il concorso è pertanto regola generale, derogabile soltanto in presenza di «peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico» (sentenza n. 81/2006). È evidente allora che il sindacato della Consulta rispetto alle Regioni pone un problema di verifica e delimitazione dei confini di potestà normativa sull'organizzazione amministrativa, alla luce del dato costituzionale che recupera alla competenza residuale regionale ogni materia non nominata (art. 117, comma 4, Cost.).

Più di otto anni di pronunce hanno ingenerato l'idea di una pesante riscrittura della riforma del 2001 ad opera della Corte costituzionale, con un chiaro ridimensionamento proprio delle spinte più regionaliste (T. GROPPI, *Il Titolo V, 5 anni dopo: ovvero, la Costituzione di carta*, in *Le Regioni*, 2007; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V*, in *QCost*, 2003; S. GAMBINO, *Autonomie territoriali e riforme*, in *www.federalismi.it*, 2009. Va detto che, in una prima fase storica, la lettura della dottrina accreditava invece soluzioni più ispirate al riconoscimento delle autonomie). Questo approdo tuttavia, a mio parere, si è fondato su una evidente necessità politico-istituzionale di conferire coerenza logico-giuridica al sistema costituzionale: coerenza e razionalità non appartenenti al DNA di quella riforma. Tale indirizzo non esclude però che, esaurita la fase di messa a regime, il sistema normativo, nella stessa lettura corretta che ne dà la Corte, contenga gli spazi e le ragioni per un'esaltazione delle specificità locali, per il tramite della ricordata disposizione sulla potestà residuale delle Regioni. Certo, oggi, questa specificità deve meritare il superamento di un più difficile test, anzitutto di ragionevolezza e di stringente collegamento con il dato, più sfuggente, ma decisivo, della caratterizzazione appunto specifica dell'una organizzazione rispetto all'altra. In altre parole, la pronuncia in esame, nel richiamare la necessità di un interesse pubblico a sostegno della derogabilità della regola generale, non spegne, ma al contrario rivitalizza l'autonomia normativa regionale sulla propria organizzazione. I confini dell'interesse pubblico, per definizione mobili, si materializzano e vengono fissati soltanto *in base alle specifiche e dimostrate esigenze dell'organizzazione amministrativa regionale*.

Questa conclusione, sul piano dei principi, è coerente con il sistema costituzionale: però, come visto, se proiettata nell'applicazione concreta, essa si ridimensiona, tramutandosi in un riconoscimento di autonomia per la Regione di difficile gestione. Di certo, essa non potrà comunque mai condurre all'alterazione della impostazione terza ed imparziale del reclutamento dei dirigenti, che resta fissa in quanto ampia e generale (C. Cost. n. 293/2009). Si potrà arrivare ad un'accentuazione o caratterizzazione di profili specifici in virtù di precise esigenze dell'organizzazione; ma l'operazione si arresterà comunque innanzi alla inderogabilità del significato più profondo e generale della regola concorsuale: porsi come strumento teso a garantire il carattere aperto e la natura comparativa della procedura concorsuale medesima, fino al punto di entrare anche nelle procedure. In pratica, il significato ontologico della regola concorsuale è talmente immanente alla qualificazione "pubblica" della procedura da riaffiorare sempre e comunque nella valutazione del legislatore regionale.

**5.** In conclusione, la vicenda esaminata fornisce un importante contributo alla sistemazione teorica della disciplina del lavoro dirigenziale regionale. Una sistemazione interpretativa già avviata in dottrina da alcuni studiosi, che però subisce ora l'influenza dell'autorevole voce della Corte costituzionale.

La pronuncia del giudice delle leggi è importante soprattutto nell'ottica di rintracciare, sul piano interpretativo, quei raccordi strutturali tra le tendenze al decentramento istituzionale, in via di sviluppo nel nostro ordinamento dal 2001, e le logiche proprie della disciplina, in senso privatistico, del lavoro pubblico regionale (e locale).

Essa consente di recuperare al sistema costituzionale il suo significato più "regionalista": di un regionalismo però inscritto in una cornice di contemperamento di valori unitari, tali perché fissati dalla Costituzione.


La pronuncia in esame mostra pertanto una sua intrinseca ambivalenza, che è il vero dato innovativo della decisione: per un verso, è restrittiva, volendo limitare le "esuberanze" del legislatore regionale che si porti oltre i confini del buon andamento e dell'imparzialità; per altro verso, valorizza l'autonomia normativa della Regione su un ambito cruciale quale l'accesso agli incarichi dirigenziali, come corollario del dato dell'autonomia organizzativa che appartiene all'identità strutturale della c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico.

Alle Regioni spetterà, d'ora in avanti, la corretta interpretazione, volta per volta, di questa importante ambivalenza, che si staglia come caratteristica immanente alla struttura stessa del rapporto di lavoro dirigenziale.

Mario Cerbone


Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro  
Università degli Studi del Sannio di Benevento

### 3. Lavoro pubblico (*segue*)

**3.2. Trib. Roma 17 luglio 2009** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 29).


**Lavoro pubblico - Vice-dirigenza - Immediata precettività dell'art. 17-bis del d.lgs. n. 165/2001 - Irrilevanza della mancata previsione contrattuale - Disapplicazione dell'art. 8 della l. n. 15/2009 - Diritto all'inquadramento nell'area della vice-dirigenza e al risarcimento del danno - Sussistenza.**

*È riconoscibile il diritto all'inquadramento nell'area della vice-dirigenza dei dipendenti che siano in possesso dei requisiti individuati dall'art. 17-bis del d.lgs. n. 165/2001, a nulla rilevando l'inesistenza di una disciplina della vice-dirigenza a livello di contrattazione collettiva, stante la natura immediatamente precettiva della disposizione di cui al citato art. 17-bis. La norma di interpretazione autentica di cui all'art. 8 della l. n. 15/2009 appare superflua, poiché afferma quel che è già immanente al sistema costituzionale, ossia che le parti sociali sono abilitate a stipulare contratti collettivi. A ciò consegue che la norma interpretativa può essere disapplicata, sostenendosi la permanenza della natura precettiva dell'art. 17-bis anche nella vigenza del citato art. 8 e, quindi, dell'interesse del ricorrente ad agire anche nel nuovo quadro normativo.*

**3.3. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana 19 gennaio 2010, n. 43** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 29).

**Organi della Regione - Vice-dirigenza - Art. 17-bis, d.lgs. n. 165/2001 - Immediata applicazione nella Regione siciliana - Sussistenza - Effetti.**

*L'art. 17-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, trova immediata applicazione nella Regione siciliana in ragione del rinvio dinamico operato dalla l.r. n. 10/2000 al d.lgs. n. 29/1993 e successive modificazioni ed integrazioni e dell'assenza di specifica regolamentazione regionale della vice-dirigenza, da cui consegue l'obbligo della Regione di esprimere con chiarezza le proprie determinazioni in ordine alla scelta di prevedere, o meno, la vice-dirigenza tramite l'emanazione di precisi indirizzi alla contrattazione collettiva.*

**3.4. C. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 204** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 5).

**Impiegato dello Stato e pubblico in genere - Vice-dirigenza - Istituzione della relativa area separata - Controversie - Giurisdizione del giudice ordinario.**

*Posto che l'istituzione dell'area separata della vice-dirigenza è rimessa alle determinazioni con carattere costitutivo della contrattazione collettiva nazionale di comparto, va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia concernente l'introduzione della suddetta area nell'ordinamento professionale dell'amministrazione.*

**(3.2. – 3.4.) Vice-dirigenza e lavoro pubblico: i contrasti interpretativi proseguono anche a seguito dell'articolo 8 della legge n. 15/2009**

*Sommario: 1. Premessa. – 2. Le vicissitudini della vice-dirigenza. – 3. La pronuncia del Tribunale di Roma 17 luglio 2009. – 4. Le pronunce della giurisprudenza amministrativa: Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana 19 gennaio 2010, n. 43. – 4.1. Segue: Consiglio di Stato 22 gennaio 2010, n. 204. – 5. Osservazioni conclusive.*

**1.** Le tre sentenze in commento tornano sull'istituto della vice-dirigenza nel pubblico impiego, affrontandone i profili di maggiore criticità alla luce dei più recenti interventi normativi e, segnatamente, dell'art. 8, l. n. 15/2009. Proprio la diversa considerazione della portata di quest'ultima norma, con cui il legislatore "interpreta" il rinvio contenuto nell'art. 17-bis d.lgs. n. 165/2001 alla contrattazione collettiva, costituisce il profilo di maggiore interesse delle pronunce in esame.



Il Tribunale di Roma si interroga circa la sussistenza in capo al pubblico dipendente, collocato all'apice della carriera impiegatizia e svolgente funzioni di responsabilità, di un diritto ad essere inquadrato nell'area della vice-dirigenza, anche in assenza di un intervento sul punto della contrattazione collettiva.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ed il Consiglio di Stato si chiedono invece se l'atto di indirizzo – che, ai sensi dell'art. 10, comma 3, l. n. 145/2002 il Ministro della funzione pubblica deve trasmettere all'Aran e che costituisce un presupposto necessario per l'avvio dei tavoli di contrattazione sulla vice-dirigenza – costituisca un atto amministrativo e, quindi, se possa configurarsi un interesse legittimo (giudizialmente tutelabile) del dipendente pubblico all'emanazione e alla trasmissione dell'atto stesso. Una questione la cui soluzione passa anche attraverso l'analisi del ruolo attribuito dal legislatore alla contrattazione collettiva per l'effettiva introduzione dell'area della vice-dirigenza.

2. La questione relativa all'istituzione nel pubblico impiego di una categoria intermedia tra impiegati e dirigenti rappresenta una delle più dibattute degli ultimi quindici anni (per una ricostruzione si vedano F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, in *LPA*, 2005, 747 ss.; P. MATTEINI, *Le amministrazioni pubbliche e i «quadri»: un problema complesso che non ha bisogno di semplificazioni e automatismi*, in *LPA*, 2002, 440 ss.).

A seguito della privatizzazione del lavoro pubblico alcuni dipendenti avevano rivendicato la sussistenza di un proprio diritto ad un differente e superiore inquadramento adducendo quali motivazioni l'applicabilità nei loro confronti (ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 29/1993, poi art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001) della l. n. 190/1985 istitutiva dei quadri nel settore privato in ragione della sua affermata immediata precettività (cfr. Cass. 27 febbraio 1995, n. 2246, in *GI*, 1996, I, 120, con nota di P. PIZZI).

Tali rivendicazioni non avevano però trovato riscontro nella giurisprudenza che, ancora nel 2005 (Cass. 5 luglio 2005, n. 14193, in *LPA*, 2005, 1095, con nota di P. MATTEINI, *La Cassazione e i «quadri» nel settore pubblico*, e in *ADL*, 2006, 577, con nota critica di L. SGARBI, *La Cassazione nega il riconoscimento giudiziale dei quadri nelle amministrazioni pubbliche*, il quale, a p. 584, parla di «distorsione della *ratio* originaria del c.d. «trasformatore»»); in termini critici, ancorché incidentalmente, F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, cit., 750), escludeva la possibilità di estendere l'applicazione della l. n. 190/1985 oltre l'area del lavoro privato in forza dei permanenti profili di specialità che caratterizzano il pubblico impiego.

L'art. 7, comma 3, l. n. 145/2002, nell'introdurre nel corpo nel d.lgs. n. 165/2001 un nuovo art. 17-bis, con cui si è affidato alla contrattazione collettiva del comparto Ministeri il compito di disciplinare l'istituzione di un'apposita e separata (parola aggiunta successivamente dall'art. 14-octies, d.l. n. 115/2005) area della vice-dirigenza, ha riaperto il dibattito in materia.

Come noto, la norma al comma 1 nell'operare un espresso rinvio all'autonomia collettiva, precisa i soggetti componenti l'istituenda nuova area, chiarendo come nella stessa debba ricomprendersi il personale laureato appartenente alle posizioni C2 e C3, con almeno cinque anni di anzianità in tali posizioni o nelle corrispondenti qualifiche VIII e IX del precedente ordinamento, nonché – seppur solo in sede di prima applicazione della norma stessa – il personale non laureato che, in possesso degli altri requisiti richiesti, sia risultato vincitore di procedure concorsuali per l'accesso alla *ex* carriera direttiva.

Il legislatore nel secondo periodo del medesimo comma ha, altresì, specificato le "attribuzioni" dei vicedirigenti, sancendo che i dirigenti possono delegare ai vicedirigenti parte delle competenze di cui all'art. 17, d.lgs. n. 165/2001 (per un rapporto tra tale previsione e quella del comma 1-*bis* dell'art. 17, d.lgs. n. 165/2001, si veda, senza pretesa di esaustività, con specifico riguardo agli scritti in materia di vice-dirigenza, F. PANTANO, *L'applicazione per via giudiziale dell'art. 17-bis del d.lgs. n. 165/2001: il riconoscimento della vice dirigenza*, in *LPA*, 2008, 348; F. ALVARO, *Problemi vecchi e nuovi, risolti e irrisolti dalla legge n. 145/2002 sulla dirigenza pubblica*, in *DL*, 2003, I, spec. 262; G. GOLISANO, *La vicedirigenza nell'impiego pubblico*, in *RGL*, 2004, I, 280).

Il secondo e ultimo comma dell'art. 17-*bis* ha infine previsto l'applicabilità della descritta normativa, ove compatibile, al personale di altri comparti di contrattazione impiegati in posizioni equivalenti alle posizioni C2 e C3 del comparto Ministeri, previa adozione di un decreto interministeriale di equiparazione delle posizioni professionali. Vengono altresì espressamente fatte salve le competenze delle regioni e degli enti locali secondo quanto stabilito dall'art. 27 del medesimo d.lgs. n. 165/2001.

Se è evidente la finalità della norma di valorizzare quelle figure professionali che all'interno della struttura organizzativa della pubblica amministrazione rivestono funzioni di rilievo organizzativo, dotate di una elevata qualificazione professionale pur senza aver acquisito la qualifica dirigenziale (F. PANTANO, *op. cit.*, 345), è altresì indubbio che la sua emanazione non ha risolto i problemi esistenti, ma ne ha sollevati di nuovi.

Innanzitutto si è posta la questione di armonizzare la nuova area con altri istituti preesistenti, quali le posizioni organizzative, le figure professionali di cui all'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (nella versione precedente alla riforma del 2009) e la delega temporanea di alcune funzioni di cui all'art. 17, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 165/2001 (in dottrina per una differenziazione si veda M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *LPA*, 2002, 873; P. LAMBERTUCCI, *Brevi note sull'emersione dei quadri nella pubblica amministrazione: l'istituzione dell'area della vicedirigenza*, in *LPA*, 2003, 33 ss.; F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, *cit.*, 761; L. RATTI, *Posizioni organizzative e temporaneità dell'incarico*, in *LPA*, 2006, 155 ss., spec. 162 ss.; C. SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professio-*

*nalità*, in *LPA*, 2005, 55 ss., spec. 59 ss.; nonché sulle differenti deleghe possibili si veda G. GOLISANO, *op. cit.*, spec. 290 ss.).

Inoltre, l'ambiguità dell'art. 17-*bis* ha suscitato divergenze in merito alla vice-dirigenza stessa, non risultando chiaro agli interpreti né il ruolo (costitutivo o di implementazione) assegnato alla contrattazione collettiva, né la natura della medesima vice-dirigenza. Accanto a chi, muovendo dalla lettera del dato normativo, ritiene che quest'ultima sia una nuova area contrattuale (F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, cit., spec. 755), vi è infatti chi la configura come un'area meramente professionale (una soluzione, quest'ultima, che peraltro impone di chiedersi se la vice-dirigenza debba essere disciplinata dalla contrattazione dell'area dirigenziale o del comparto Ministeri) (in merito si veda P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 40 ss., che, nel riconoscere nella contrattazione collettiva l'unica fonte abilitata all'istituzione della vice-dirigenza, propende per l'allargamento dell'area dirigenziale; invece, A. VALLEBONA, *La vicedirigenza nel lavoro pubblico tra legge e contratti*, in *DL*, 2002, I, 310, e C. SPINELLI, *Posizioni organizzative e valorizzazione delle alte professionalità*, cit., 62, propendono per la riconduzione nell'ambito dei contratti di comparto).

Tale situazione di incertezza, sommata alla diffidenza del sindacalismo federale per ogni nuova possibile area contrattuale (si veda A. VALLEBONA, *op. loc. cit.*; si veda anche F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2009, n. 88, 43), nonché alla previsione di una serie di passaggi "amministrativi" propedeutici (atto di indirizzo del Ministero della funzione pubblica all'Aran, decreto interministeriale di equiparazione delle posizioni professionali) ha consentito il prodursi di un totale immobilismo. Nessun tavolo di contrattazione è stato avviato tempestivamente e ancora nel Ccnl Ministeri 2006-2009, stipulato il 14 settembre 2007, le parti collettive hanno rinviato ad un confronto successivo all'approvazione della legge finanziaria per il 2008 la definizione di una regolamentazione organica e completa della disciplina delle elevate professionalità (art. 37 Ccnl). Nella successiva tornata contrattuale (il 23 gennaio 2009 è stato sottoscritto il Ccnl del comparto Ministeri relativo al biennio economico 2008-2009) però non solo non si rinviene alcun riferimento diretto alla vice-dirigenza, ma nemmeno alcun richiamo alle elevate professionalità (ritiene che sia nullo il contratto collettivo privo di disposizioni in materia di vice-dirigenza, essendo queste ultime disposizioni necessarie, A. VALLEBONA, *op. cit.*, spec. 311). Tutto ciò nonostante – lo si riporta per completezza ricostruttiva – l'organismo di coordinamento dei Comitati di settore avesse approvato in data 15 marzo 2006 l'atto di indirizzo per la ridefinizione dei comparti di contrattazione per il quadriennio 2006-2009 con cui si impartiva all'Aran, nell'occasione della stipula del contratto quadro, di costituire, nel comparto Ministeri, un'apposita area separata per la vice-dirigenza. Un'indicazione del

tutto disattesa dal successivo Accordo Quadro dell'11 giugno 2007 e dal successivo contratto di comparto.

La descritta inerzia delle parti contrattuali non aveva tuttavia impedito al legislatore di porre a bilancio fondi per l'istituzione della vice-dirigenza con riferimento al comparto Ministeri: in particolare, con l'art. 1, comma 227, l. n. 266/2005 è stata stanziata la somma di quindici milioni di euro per l'anno 2006 e di venti milioni di euro a decorrere dall'anno 2007 (in merito, si veda, da ultimo, M. LOVO, *Le norme transitorie e di immediata applicazione contenute nella legge n. 15/2009*, in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, 175).

La contrastata situazione normativa ha dato luogo ad una pluralità di ricorsi tanto all'autorità giudiziaria ordinaria, quanto ai giudici amministrativi.

L'autorità giudiziaria ordinaria, rammentato quanto già accaduto con la categoria dei quadri nel settore privato, ha preso le mosse dalla specificità dell'art. 17-bis (che a differenza della l. n. 190/1985 individua soggetti e funzioni), per sancire l'immediata precettività ed inderogabilità della norma in questione (per un parallelo tra la l. n. 190/1985 e l'art. 17-bis si vedano F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, cit., 751; P. LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 37; L. SGARBI, *op. cit.*, 591). Alla contrattazione collettiva è stata così attribuita la funzione di definire la disciplina di dettaglio, al contempo negandosi che l'intempestività della contrattazione stessa fosse idonea ad impedire la costituzione dell'area della vice-dirigenza (Trib. Roma 7 marzo 2008, in *ADL*, 2009, 476, con nota adesiva di L. DEL VECCHIO, *Vicedirigenza tra contrattazione collettiva, disciplina legale ed intervento giudiziale*; in *LPA*, 2008, 341, con nota di F. PANTANO, *op. cit.*; e in *D&L*, 2008, II, 755, con nota sempre adesiva di G. BULGARINI D'ELCI, *Vicedirigenza e pubblico impiego: arriva la prima pronuncia favorevole. Contra* in giurisprudenza Trib. Grosseto 8 febbraio 2007, in *LG*, 2007, 1046, e in dottrina F. ALVARO, *op. loc. cit.*). In conseguenza, alcuni dipendenti dei Ministeri sono stati giudizialmente re-inquadrati come vicedirigenti, con ulteriore liquidazione del danno retributivo e da perdita di *chances* patito.

I giudici amministrativi sono stati investiti di domande volte ad accertare la sussistenza di un interesse legittimo del dipendente pubblico a che l'Aran riceva i necessari atti di indirizzo e/o che sia emanato il decreto interministeriale di equivalenza delle posizioni. Azioni, queste, che hanno portato anche a sentenze di condanna nei confronti delle autorità inerti (TAR Lazio, sez. I, 10 maggio 2007, in *LPO*, 2008, 1185, che ha ordinato al Presidente del consiglio dei ministri, al Ministro per la funzione pubblica e al Ministro dell'economia e delle finanze di riscontrare l'istanza di parte ricorrente entro sei mesi) e che hanno in seguito condotto alla predisposizione degli atti amministrativi presupposti di indirizzo (su cui si veda sopra) senza però che si sia addivenuti alla successiva istituzione per via contrattuale della vice-dirigenza.

Mentre si iniziava a formare una lettura giurisprudenziale dell'art. 17-bis, il legislatore è intervenuto con l'art. 8, l. n. 15/2009 (*Norma interpretativa in*

*materia di vice-dirigenza*) con cui si è affermato che spetta alla contrattazione collettiva nazionale del comparto di riferimento il potere di costituire la vice-dirigenza, non essendo quindi possibile l'inquadramento in tale area in assenza di accordo collettivo (seppur con salvezza degli effetti dei giudicati). Una norma che ha formato oggetto di differenti interpretazioni in sede dottrinale e che risulta diversamente considerata anche dalle tre pronunce in esame.

**3.** La sentenza del Tribunale di Roma (su cui già A. TAGLIALATELA, *Vicedirigenza: il Tribunale di Roma disapplica la norma di interpretazione autentica*, in *LPA*, 2009, 882 ss.), nell'accogliere il ricorso presentato da un dipendente del Ministero di giustizia inquadrato nell'area C, posizione economica C3, afferma la sussistenza in capo all'organo giudicante del potere di inquadrare nell'area della vice-dirigenza il dipendente pubblico in possesso dei requisiti di legge, non potendo ritenersi a ciò ostativo né l'assenza di qualsivoglia determinazione dell'autonomia collettiva, né l'art. 8, l. n. 15/2009 (*contra*, successivamente all'emanazione del citato art. 8, Trib. Firenze 9 aprile 2009, in *D&L*, 2009, 600; Trib. Pavia 14 gennaio 2010, in *GD*, 2010, 17, 72) e per l'effetto condanna la pubblica amministrazione al pagamento del risarcimento dei danni (liquidati in via equitativa in 15.000,00) causati sia dal mancato adeguamento della retribuzione in sede contrattuale, sia dalla frustrazione professionale per la mancata progressione in carriera.

Quanto al primo profilo (l'assenza di qualsivoglia determinazione della autonomia collettiva) due sono le argomentazioni esposte dal Tribunale a fondamento della sua irrilevanza: il ritardo accumulato dalla contrattazione collettiva rispetto ai termini fissati dal legislatore (l'art. 10, comma 3, l. n. 145/2002 dispone che la disciplina relativa alle disposizioni in materia di vice-dirigenza «si applicano a decorrere dal periodo contrattuale successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore della presente legge») e l'immediata precettività dell'art. 17-*bis*. Precettività derivante dalla *ratio* della norma e dalla specificità della sua lettera (che, come già detto, precisa i requisiti di accesso alla vice-dirigenza), e confermata dalla scelta del legislatore di stanziare a bilancio i fondi necessari, anche in assenza di contrattazione collettiva, a seguito della comunicazione da parte delle singole amministrazioni al Dipartimento della funzione pubblica del contingente numerico degli aventi diritto a suddetta qualifica.

Se tali motivazioni non paiono di particolare originalità (si veda Trib. Roma 7 marzo 2008, cit.), al contrario totalmente innovativa risulta la chiosa sull'art. 8, l. n. 15/2009.

Secondo il Tribunale di Roma tale norma si presterebbe a due differenti interpretazioni, potendosi ravvisare nell'art. 8 una delega piena ed esclusiva a favore dell'autonomia collettiva in materia di vice-dirigenza, ovvero un riconoscimento della liceità di un intervento di mera specificazione del dettato legislativo.

Nel primo caso, ad avviso del Tribunale di Roma, l'art. 8 sarebbe illegittimo. Il giudice ritiene che «la disposizione in esame incorrerebbe in una censura di

palese incostituzionalità perché operante, attraverso uno svuotamento di fatto della norma di cui all'art. 17 *bis* [...], con la delega piena ed esclusiva alla contrattazione collettiva di regolamentare la materia, quasi abdicando alla funzione legislativa stessa, una abrogazione mascherata ed al di fuori degli ordinari canali indicati dall'art. 15 disp. prel. c.c.» dell'originario art. 17-*bis*.

Nel secondo caso, invece, l'art. 8 sarebbe *inutiliter dato* limitandosi a ribadire una libertà di azione e contrattazione che già l'art. 39 Cost. ampiamente afferma e tutela.

Muovendo da tali assunti, il Tribunale di Roma decide di disapplicare l'art. 8 e ribadire l'immediata precettività dell'art. 17-*bis*, e, in conseguenza, riconosce il diritto del ricorrente ad essere inquadrato nell'area della vice-dirigenza, oltre al risarcimento del danno patito in termini di perdite retributive e lesioni alla progressione nella carriera professionale.

La pronuncia presenta spunti interessanti, seppur discutibili, forse anche a causa della scarsa organicità del pensiero espresso dal giudicante.

Così, laddove si ritenesse che l'art. 8 non interpreta, ma implicitamente abroga e novella l'art. 17-*bis*, non si potrebbe che convenire con il Tribunale di Roma, quanto all'illegittimità dello stesso art. 8: infatti, quest'ultimo, essendo stato dotato dal legislatore della veste formale di norma di interpretazione autentica, esplica efficacia retroattiva (per una critica si veda già F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, cit., 43; nonché in generale sulle leggi di interpretazione autentica si veda A. PUGIOTTO, *La legge di interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003).

Tale lettura deve però necessariamente confrontarsi con la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui le leggi di interpretazione autentica sono illegittime solo se ledono il giudicato già formatosi, ovvero se sono intenzionalmente dirette ad incidere sui giudizi in corso, o, ancora se intervengono su norme che – essendo già di per sé chiare – non hanno dato luogo in sede giurisprudenziale a contrastanti applicazioni (si vedano, *ex multis*, C. Cost. 4 aprile 1990, n. 155, in *GCost*, 1990, 952, con nota di M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*; e C. Cost. 10 dicembre 1981, n. 187, in *GCost*, 1981, 1869, con nota di D. NOCILLA, *A proposito di diritto «vivente»*. In senso critico A. TAGLIALATELA, *op. cit.*, 890, per la quale la cautela dimostrata dalla Corte costituzionale nel censurare le leggi di interpretazione autentica ha indotto «taluni giudici [...] ad adottare rimedi giurisdizionali autarchici, controllando essi stessi, caso per caso, la vera natura dell'atto legislativo e disapplicandolo per il passato, in ipotesi di natura innovativa e solo apparentemente interpretativa»).

Analogamente, per quanto concerne i dubbi di costituzionalità sollevati dal Tribunale si constata che se gli stessi paiono infondati con riferimento ad una supposta «abdicazione del potere legislativo», viceversa sembrano plausibili in relazione ad una possibile violazione dell'art. 97 Cost. Infatti, come si avrà

modo di ribadire anche in sede di osservazioni conclusive, alla luce della vigente normativa, la contrattazione collettiva risulta titolare della facoltà di istituire un'area che ha una propria rilevanza sul piano organizzativo e l'accesso a detta area pare rimesso a meccanismi automatici aconcorsuali (sul punto mi sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, spec. 58 ss.; ma già L. ZOPPOLI, *La (piccola) "controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in *LPA*, 2002, 922).

Totalmente privo di fondamento appare invece il potere di disapplicazione a cui il giudice fa ricorso per espungere di fatto dall'ordinamento una norma (l'art. 8, l. n. 15/2009) a lui evidentemente non gradita. Come noto, infatti, l'unica forma di sindacato diffuso prevista nel vigente ordinamento italiano concerne l'ipotesi di un contrasto tra norma interna e norma comunitaria, essendo il giudizio di costituzionalità rimesso alla sola Corte costituzionale.

**4.** La sentenza del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (di riforma della sentenza di TAR Sicilia Palermo, sez. III, 28 maggio 2008, n. 711, in *FA TAR*, 2008, 1462) si occupa dell'ammissibilità di una pronuncia giudiziale atta a sindacare il silenzio rifiuto opposto dalla Amministrazione pubblica convenuta (nella specie la Regione) al dipendente pubblico che ha richiesto l'emanazione e la trasmissione degli atti di indirizzo necessari ad avviare il tavolo contrattuale in materia di vice-dirigenza.

Il Consiglio, in via preliminare, afferma la sussistenza, in capo alla Regione Sicilia di una potestà legislativa esclusiva in tema di lavoro alle dipendenze di uffici ed enti della Regione stessa (per un'analisi si veda M. MARINELLI, *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *LPA*, 2004, 391).

Tale affermazione è solo in apparenza in contrasto con l'art. 117 Cost. L'art. 10 della l.cost. 18 ottobre 2001, n. 3, dispone, infatti, che «Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Previsione in seguito confermata dall'art. 11 della l. 5 giugno 2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*, c.d. legge La Loggia) il cui comma 1 ribadisce che «Per le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano resta fermo quanto previsto dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione, nonché dall'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» (in dottrina si veda R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e il nuovo art. 117 Cost. all'esame della Corte costituzionale*, in *LPA*, 2003, 595 ss., spec. 600 ss.).

Lo Statuto speciale della Regione Sicilia (adottato con l.cost. n. 2/1948 e, quindi, fonte pari-ordinata alla Costituzione) attribuisce alla medesima Regione una potestà legislativa esclusiva relativamente all'«ordinamento degli uffici»

ci e degli enti regionali» ed allo «stato giuridico ed economico degli impiegati e funzionari della Regione» (così l'art. 14, l.cost. n. 2/1948). Una potestà che – come chiarito dallo stesso Consiglio nella pronuncia in commento – la Regione Sicilia ha esercitato emanando la l.r. 10/2000, la quale ha disciplinato i rapporti di lavoro alle dipendenze della Regione stessa, disponendo un rinvio “dinamico” al d.lgs. n. 29/1993 e successive modifiche ed integrazioni (così anche TAR Palermo Sicilia, sez. III, 20 marzo 2008, n. 364, in *FA TAR*, 2008, 884).

Si precisa altresì che la norma regionale che prevede il rinvio all'ordinamento statale non richiede particolari condizioni per il recepimento della normativa statale riguardante la materia del lavoro pubblico. L'unico presupposto richiesto consiste nell'esistenza di una lacuna nel tessuto legislativo regionale.

Acclarato che la materia della vice-dirigenza è priva di una specifica disciplina regionale la Corte siciliana si chiede se la disposizione della legislazione statale possa operare immediatamente, oppure se (come ritenuto dal Tribunale amministrativo in primo grado) sia necessaria un'apposita interposizione legislativa regionale. Il che assume rilievo in quanto solo nel primo caso può essere considerato ammissibile il ricorso giurisdizionale avverso l'annullamento del silenzio rifiuto tenuto dagli organi intimati all'emanazione di indirizzi per la definizione mediante contrattazione collettiva dell'area autonoma della vice-dirigenza.

Il giudice d'appello, riformando la sentenza di primo grado, afferma che «attraverso il rinvio dinamico il legislatore regionale ha recepito tutte le disposizioni statali in materia di vice-dirigenza, realizzando, senza alcuna necessità di ulteriori atti normativi, i contenuti della disciplina dell'art. 17 *bis*». E precisa che la prospettata lettura interpretativa – tale da condurre ad una piena assimilazione sul piano sostanziale tra la normativa statale e quella regionale nel settore specifico della vice-dirigenza – «non scalfisce affatto l'autonomia costituzionale della Regione siciliana perché l'indicata identità di disciplina non è imposta dalla normativa statale (neppure in via meramente sussidiaria), ma avviene sulla base di una scelta del tutto autonoma della Regione, compiuta attraverso il rinvio dinamico alla legislazione nazionale».

Né – aggiunge il Consiglio di Giustizia amministrativa – sulla indicata conclusione incide l'art. 8 della l. n. 15/2009 secondo cui «non vi è più un obbligo rigido di attivare l'istituto della vice-dirigenza, sia pure attraverso lo strumento della contrattazione collettiva». Infatti – prosegue la Corte – «anche nel nuovo contesto legislativo resta sempre ferma la necessità che l'amministrazione indichi con chiarezza le proprie determinazioni in ordine alla scelta di prevedere, o meno, la vie dirigenza». Argomentazioni che, sul presupposto della qualificazione dell'atto di indirizzo quale atto amministrativo presupposto e distinto dalla contrattazione (in senso critico F. CARINCI, *La vice-dirigenza in dirittura d'arrivo*, cit., spec. 760, il quale comunque ammette il ricorso alla via giudiziale; nel senso della natura di atto amministrativo si veda, invece, TAR Lazio, sez. I, 10 maggio 2007, cit., 1187, secondo cui



l'atto di indirizzo configura un provvedimento amministrativo dal punto di vista soggettivo, in ragione del soggetto proponente e dal punto di vista oggettivo, in quanto il medesimo si colloca in una fase prenegoziale; per una ricostruzione della controversa questione relativa alla natura giuridica degli atti di indirizzo si veda V. LUCIANI, C. LOMBARDO, *Sub art. 41*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2007, II ed., 501 ss.), portano il Consiglio a riconoscere la propria giurisdizione ed a dichiarare «l'obbligo della Regione di rispondere alla richiesta formulata dai dipendenti interessati, indicando quali atti l'amministrazione intende adottare nella materia considerata» (analogamente, con riguardo alle amministrazioni centrali si veda TAR Lazio, sez. I, 10 maggio 2007, cit.).

**4.1.** La sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 204 (di conferma di TAR Lazio, sez. I, 29 maggio 2009, n. 5342) affronta la medesima questione analizzata dalla Corte siciliana, ma giunge a conclusioni diverse.

Il procedimento muove dal ricorso di un dipendente del Ministero per i beni e le attività culturali e verte sulla sussistenza della giurisdizione amministrativa con riferimento al silenzio rifiuto formatosi a fronte di un atto di diffida intimato all'amministrazione e teso all'avvio della procedura per l'attuazione della separata area della vice-dirigenza.

Il Consiglio di Stato, ritenuto che l'atto previsto dalla l. n. 145/2002 per la prima fase del procedimento teso all'istituzione dell'area della vice-dirigenza non è un atto di organizzazione, ma un atto di indirizzo «avente in quanto tale lo scopo di dettare alla contrattazione da svolgersi tra le parti i criteri per pervenire, mediante il Ccnl, alla istituzione della posizione di cui si tratta», osserva che «la natura autoritativa pur riconoscibile nell'atto di indirizzo alla contrattazione [...] non può oggettivamente elidere il fatto che l'attività di indirizzo si muove in un ambito che potrebbe definirsi "precontrattuale", poiché prodromico ad una forma di regolazione del rapporto di lavoro attraverso la stipula di un atto contrattuale».

Ed aggiunge che è «incontestabile che, ai sensi di legge, peculiare funzione di questa fonte pattizia è nella specie istituire l'area di cui si controverte, sicché emerge con sufficiente evidenza come le questioni attinenti alla mancata istituzione dell'area della vice-dirigenza, i relativi criteri e, conseguentemente, il collocamento nell'area stessa dei dipendenti che vi aspirano, rappresentino problematiche che, in quanto inerenti alla regolamentazione del rapporto di lavoro del dipendente pubblico, debbono essere sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario». Una conclusione che risulta confermata dalla successiva affermazione secondo cui «deve attribuirsi carattere assolutamente prioritario alla contrattazione collettiva nazionale di comparto di riferimento che ha il compito di disciplinare l'istituzione della vice-dirigenza con determinazioni di carattere costitutivo, come espressamente precisato dalla sopravvenuta norma interpretativa in proposito, di cui all'art. 8 della legge 4 marzo 2009, n. 15».

La qualificazione dell'atto di indirizzo come mera attività prodromica alla successiva fase contrattuale che, sola, ha potere costitutivo dell'area della vice-dirigenza, porta il Consiglio di Stato ad escludere la propria giurisdizione a favore di quella del giudice ordinario (così anche C. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 203, in *FA CdS*, 2010, 120; C. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2009, n. 8928, in *FA CdS*, 2009, 2837).

5. Dall'analisi dei principi affermati dalle pronunce sopra richiamate si trae la conferma dell'eterogeneità delle soluzioni espresse dalla giurisprudenza e dell'esistenza di un contesto interpretativo ancora in divenire.

Il Tribunale di Roma, conformandosi ai propri precedenti, riconosce il diritto soggettivo dei dipendenti di qualifica C2 e C3 ad essere inquadrati nella categoria della vice-dirigenza anche in assenza di una previsione del contratto collettivo che preveda l'istituzione della categoria. All'opposto si pone il Consiglio di Stato che, pur dichiarando il proprio difetto di giurisdizione, sembra comunque postulare che l'introduzione dell'area separata della vice-dirigenza sia rimessa alle determinazioni di carattere costitutivo della contrattazione collettiva. In posizione intermedia si pone il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana con una pronuncia dalla motivazione ambivalente, ma che sembra anch'essa escludere la sussistenza di un diritto degli "impiegati di vertice" ad essere inquadrati nella vice-dirigenza. Infatti la Corte siciliana, da un lato riconosce la diretta applicabilità dell'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 165/2001 anche nei confronti dei dipendenti della Regione Sicilia, parendo di condividere la tesi della diretta precettività della norma, ma dall'altro lato pone in capo alla Regione medesima l'obbligo di assumere determinazioni in merito all'istituzione, o meno, dell'area della vice-dirigenza, sì da avvalorare l'idea che la stessa scelta di istituire (e non di indicare le sole modalità di istituzione) sia rimessa ad una decisione dell'organo politico, non risultando però chiaro in che modo sia successivamente vincolata la contrattazione collettiva.

Diversa è anche la portata assegnata all'art. 8 della l. n. 15/2009 per giungere a dette conclusioni: norma da disapplicare per il Tribunale di Roma, norma che conferma il ruolo costitutivo della contrattazione collettiva per il Consiglio di Stato, norma che fa venire meno l'obbligo rigido di attivare l'istituto della vice-dirigenza, sia pure attraverso lo strumento della contrattazione collettiva per la Corte siciliana.

In presenza del composito quadro interpretativo, pare opportuno svolgere alcune brevi considerazioni conclusive.

Chi scrive ha già espresso perplessità circa l'opportunità dell'istituzione di un'area della vice-dirigenza. Nel richiamare in sintesi argomentazioni già diffusamente esposte (sia consentito rinviare a A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 216 ss.) si sottolinea che l'attribuzione di compiti da parte dei dirigenti alla vice-dirigenza è meramente eventuale, deponendo in questo senso la chiara lettera dell'art. 17-*bis* («I dirigenti *possono* delegare ai vicedirigenti parte delle competenze di cui all'articolo 17»): corsivo di chi scrive), da cui consegue la po-

tenziale istituzione di una categoria carente di una propria specifica connotazione “funzionale”. Nondimeno, l’eventuale effettiva delega di alcuni compiti alla vice-dirigenza pare idonea a creare situazioni poco virtuose, in ragione dell’espansione dei possibili centri di responsabilità. Il che in concreto rischia di tradursi in una irresponsabilità diffusa.

Nel contesto così delineato l’art. 8, l. n. 15/2009, non sembra aggiungere nulla a quanto già evincibile dalla formulazione dell’art. 17-*bis* che non ha istituito l’area della vice-dirigenza, ma ha più semplicemente attribuito tale compito alla libera determinazione delle parti sociali, prevedendo tuttavia il contenuto minimo della relativa disciplina. Dunque, la norma del 2009 non fa altro che ribadire ciò che (a parere di chi scrive) era già chiaramente desumibile dall’art. 17-*bis* e che, invece, in sede di interpretazione giudiziale è stato talvolta oggetto di alcune forzature, ovvero il compito costitutivo della categoria attribuito alla contrattazione collettiva.

Peraltro configurare nel corpo dell’art. 17-*bis* l’esistenza di un obbligo a contrarre in capo alle parti sociali pone molteplici dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 39 Cost. È vero che la Suprema Corte ha affermato che «nel momento in cui la legge rinvii al contratto collettivo perché esso detti la disciplina di dettaglio, tra la fonte primaria e quella secondaria si viene ad istituire una particolare relazione, caratterizzata dal fatto che il contratto collettivo assume la funzione di gestione degli assetti che la legge ha disegnato nelle linee fondamentali». E che «quindi in base ad un criterio di coerenza (correlato d’altra parte al principio di ragionevolezza delle scelte legislative) questa limitata funzione non consente al contratto collettivo di assumere un contenuto contrastante con la legge. Ove ciò avvenga, la salvaguardia della coerenza delle scelte legislative è affidata ai consueti criteri di soluzione delle antinomie, in particolare a quello derivante dalla posizione gerarchicamente sovraordinata della legge al contratto» (Cass. 23 settembre 2005, n. 18655, in *GC*, 2006, I, 205). È tuttavia evidente come la situazione considerata dalla Cassazione, riferita ad un’ipotesi in cui il contratto collettivo è intervenuto ponendo regole in contrasto con quelle derivanti dalla legge, è diversa rispetto a quella di cui si discute, ovvero relativa all’inerzia delle parti sociali. Né può sostenersi la nullità dell’intero contratto collettivo che non abbia previsto l’istituzione della vice-dirigenza, atteso che detta previsione non rappresenta certamente un contenuto essenziale del contratto.

Nondimeno anche il riconoscimento alla fonte collettiva della mera facoltà di introdurre la categoria della vice-dirigenza non si sottrae ad alcuni dubbi di legittimità costituzionale. Non solo perché si attribuisce alla contrattazione collettiva la facoltà di istituire una categoria che riveste una precisa valenza organizzativa, ma soprattutto in quanto l’inserimento nella autonoma area della vice-dirigenza avverrebbe in via automatica, al di fuori di una procedura concorsuale, in contrasto con quanto previsto dall’art. 97 Cost., anche in ragione di quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di progressioni verticale.

Da ultimo occorre considerare l'art. 17-*bis* alla luce dell'evoluzione del sistema di inquadramento del personale pubblico, segnatamente di quello del comparto Ministeri, avendo riguardo alla disciplina legislativa ed a quella della contrattazione collettiva.

Oggi, come nel 2002, data di entrata in vigore del più volte citato art. 17-*bis*, il comma 6 dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 rinvia alla contrattazione collettiva l'individuazione del sistema di inquadramento. Oggi, però, a differenza del 2002, il novellato art. 52, comma 1, riferisce la nozione di equivalenza delle mansioni «nell'ambito dell'area di inquadramento», mentre la previgente formulazione operava detto riferimento «nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi»,

L'evoluzione del dettato normativo deve essere considerato congiuntamente all'evoluzione delle previsioni contrattuali. Così il Ccnl Ministeri 1998-2001 sottoscritto in data 16 febbraio 1999 nel classificare il personale non dirigente del comparto in tre aree attribuiva alle posizioni economiche all'interno delle categorie anche valore normativo, sì da non far risultare equivalenti le mansioni riferibili alle diverse posizioni economiche all'interno delle categorie stesse. Ed è a questo sistema di classificazione che si riferisce l'art. 17-*bis*. Il successivo Ccnl Ministeri 2002-2005, sottoscritto in data 12 giugno 2003, ha confermato il sistema di classificazione del Ccnl del precedente quadriennio normativo. Da ultimo il Ccnl Ministeri 2006-2009, sottoscritto il 14 settembre 2007, ha rivisto profondamente il sistema di inquadramento. Nel confermare la classificazione del personale in tre aree individuate mediante declaratorie che descrivono «l'insieme dei requisiti indispensabili per l'inquadramento nell'area» ha specificato che esse «corrispondono a livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento di una vasta e diversificata gamma di attività lavorative» (da ultimo, per una puntuale ricostruzione, si veda M. VENDRAMIN, *L'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico "privatizzato" all'indomani della riforma Brunetta tra modelli negoziali e interpretazioni giudiziali*, in *LPA*, 2009, 997 ss., spec. 1014 ss.). Dunque alle posizioni economiche all'interno delle varie aree corrisponde solo una diversa retribuzione e non differenti compiti.

Le circostanze sopra evidenziate per cui il sistema di inquadramento del personale è rimesso dalla legge alla contrattazione collettiva, per cui l'equivalenza è espressamente riferita dalla legge all'area di inquadramento, per cui il Ccnl 2006-2009 del comparto Ministeri riferisce l'equivalenza all'area e non più alle posizioni economiche all'interno dell'area, paiono avvalorare la tesi che configura l'imprescindibile ruolo della contrattazione collettiva nell'introduzione della categoria della vice-dirigenza.


Tuttavia nel quadro così delineato l'istituzione per via contrattuale della categoria della vice-dirigenza pare lungi dal divenire realtà (si veda Atto di indirizzo quadro per la determinazione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva per il triennio 2010-2012 inviato dal Dipartimento della funzione pubblica all'Aran che non opera alcun cenno in materia), lasciando alle aule

giudiziarie la soluzione delle singole questioni concrete (si vedano, da ultimo, per il riconoscimento della vice-dirigenza, entrambe a quanto consta inedite, Trib. Roma 16 marzo 2010, n. 4663, e Trib. L'Aquila 7 luglio 2010, n. 229).

*Alessandro Boscati*

*Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano*

#### 4. Previdenza

**4.1. Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana 28 aprile 2010, n. 635** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 21).

**Previdenza - DURC - Edilizia - Soggetto legittimato al rilascio - Ubicazione territoriale dei cantieri - Cassa edile - Capacità di attestare situazione contributiva globale dell'impresa - Rilevanza.**

*Il DURC utile ai fini dell'ammissione alle gare d'appalto dev'essere tale da fotografare la situazione globale dell'impresa, indipendentemente dal luogo o dai luoghi dove essa abbia attivato i propri singoli cantieri. Esso deve dunque esser rilasciato da una Cassa edile in grado di attestare la situazione contributiva globale dell'impresa, indipendentemente dalla sua ubicazione territoriale.*

#### La legittimazione al rilascio del DURC nel settore dell'edilizia

*Sommario:* 1. Inquadramento della questione. – 2. Orientamento del TAR Sicilia. – 3. Argomentazioni ulteriori del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

1. Con la sentenza n. 635 del 2010 (in epigrafe), il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana torna sul tema della legittimazione al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (d'ora in poi DURC), con specifico riguardo alla natura di condizione essenziale che quest'ultimo riveste ai fini della partecipazione a gare di appalto.

La vicenda da cui trae origine la sentenza in esame prende le mosse dal ricorso proposto dal titolare di un'impresa edile classificatasi seconda in una gara pubblica, bandita dalla Provincia di Caltanissetta, per l'aggiudicazione di un appalto di opere presso una scuola.

Parte ricorrente lamentava, nello specifico, l'erroneità dell'ammissione alla gara dell'impresa risultata aggiudicatrice dell'appalto, avendo la stessa prodotto, ai fini dell'ammissione, un DURC non rispondente ai requisiti di legge in quanto rilasciato da soggetto non abilitato a garantire l'effettivo controllo della regolarità contributiva dell'impresa su tutto il territorio nazionale. A parere del ricorrente, infatti, il soggetto legittimato a rilasciare il documento uni-

co di regolarità contributiva avrebbe dovuto essere, nel caso concreto, la Cassa edile territorialmente competente – che sarebbe stata, in relazione alla sede dell'impresa, quella di Caltanissetta – piuttosto che, come invece avvenuto nel caso di specie, la Edilcassa, vale a dire, la Cassa edile regionale per l'artigianato e le piccole imprese della Sicilia.

2. Tale argomentazione ha trovato accoglimento nella sentenza n. 1099/2008, pronunciata in primo grado dal TAR Sicilia. Per giungere alla conclusione suddetta, il Collegio ha ripercorso in motivazione l'intero iter delle leggi e delle normative di settore che, nel corso degli anni, si sono susseguite nella regolamentazione della materia in oggetto, partendo dalla fonte che ha dato i natali al documento unico di regolarità contributiva, l'art. 2 del d.l. 210/2002, convertito in l. n. 266 dello stesso anno. Al primo comma di detto articolo si legge: «le imprese che risultano affidatarie di un appalto pubblico sono tenute a presentare alla stazione appaltante la certificazione relativa alla regolarità contributiva a pena di revoca dell'affidamento». Ai sensi di quanto stabilito dal secondo comma, «[...] l'Inps e l'Inail stipulano convenzioni al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva». Le successive modifiche apportate all'art. 3, comma 8, del d.lgs. 494/1996, dall'art. 86, comma 10, del d.lgs. n. 276/2003, hanno avuto l'effetto di estendere anche alle Casse edili la legittimazione a rilasciare il DURC: «tale certificato [di regolarità contributiva] può essere rilasciato oltre che dall'Inps e dall'Inail, per quanto di rispettiva competenza, anche dalle Casse edili le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva».

Le menzionate normative hanno pertanto dato luogo, in un primo momento – in data 3 dicembre 2003 – alla stipula di una convenzione tra Inps ed Inail e, successivamente, in esito all'ampliamento dell'oggetto del DURC ai lavori privati, alla sottoscrizione – in data 15 aprile 2004 – di una seconda convenzione tra Inps, Inail e Casse edili tesa a regolare, in particolare, il settore dei lavori in edilizia. È quest'ultima convenzione, come sottolinea in motivazione il TAR Sicilia, a prevedere, in via generale, che al rilascio del documento unico di regolarità contributiva debba provvedere la Cassa edile competente per territorio. Detto rilascio, tuttavia, è subordinato non solo all'esito positivo dell'accertamento della regolarità contributiva, ma anche alla verifica circa la non inclusione tra le imprese segnalate come irregolari: verifica da compiersi, come si legge nella convenzione, “a livello nazionale”.

Nella Regione Sicilia, la materia forma oggetto, per quanto attiene ai lavori pubblici, delle specifiche disposizioni di cui all'art. 19, commi 10 e seguenti, della l. n. 109/1994, nel testo coordinato con la l.r. n. 7/2002 e successive modifiche ed integrazioni. In particolare, il comma 12-*bis*, aggiunto dall'art. 1, comma 12, della l.r. n. 16/2005, dispone che «relativamente ai soli lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, i concorrenti unitamente alla documentazione prevista dalle vigenti leggi, dimostrano la rego-

larità contributiva mediante la produzione di certificazione rilasciata dall'Inps, dall'Inail e dalla Cassa edile. In difetto di tale produzione i concorrenti sono esclusi dalla partecipazione a dette procedure e non possono stipulare i relativi contratti».

A disciplinare le modalità attuative della suddetta normativa è il decreto dell'Assessore regionale per i lavori pubblici, datato 24 febbraio 2006, il quale, oltre a dar suggello alla possibilità di certificare la regolarità contributiva attraverso la produzione del DURC, espressamente detta la seguente regola: «ai fini dell'art. 19, comma 12 *bis*, l. n. 109/94, non sono valide le attestazioni rilasciate dalle Casse Edili se riferite a uno o più cantieri, dovendo le Casse attestare la regolarità contributiva senza limitazione a singoli appalti».

È questo, dunque, il nodo centrale della questione. È su tale assunto che il Collegio giunge a sostenere l'inidoneità del DURC prodotto dall'impresa aggiudicatrice, concludendo con l'annullamento del provvedimento impugnato. Pertanto, pur a voler ammettere che possa riconoscersi alla Edilcassa, come dalla stessa sostenuto in occasione del suo intervento *ad opponendum*, la legittimazione ad emettere il DURC con competenza su base regionale, tale limitazione "territoriale" degli effetti del documento così rilasciato risulterebbe comunque in aperto contrasto con la normativa di settore innanzi descritta. S'è visto, infatti, che è a livello nazionale che deve esser verificata la posizione dei singoli concorrenti nei casi in cui la produzione del DURC sia finalizzata alla partecipazione a gare di appalto: nessun contrasto si rinverrebbe, invece, nei casi in cui quest'ultimo sia richiesto, ad esempio, per l'emissione degli stati di avanzamento dei singoli appalti.

Il Collegio osserva, altresì, come già in altre occasioni abbia avuto modo di pronunciarsi sulla questione, assestandosi, parimenti, sulle medesime posizioni. Si legge, ad esempio, in una sentenza della stessa Sezione giudicante il caso in esame che «il DURC utile ai fini dell'ammissione alle gare d'appalto dev'essere tale da fotografare la situazione globale dell'impresa, indipendentemente dal luogo o dai luoghi dove essa abbia attivato i propri singoli cantieri», e che, pertanto, «il DURC richiesto dall'art. 2 del D.A. 24.2.2006 [...] non può che ascrivere alla competenza della Cassa edile del luogo dove ha sede l'impresa, ossia con riguardo a tutti i cantieri dell'impresa [...]» (TAR Sicilia, Palermo, III, 8 giugno 2007, n. 1645).

**3.** All'esito del giudizio di primo grado, la Edilcassa Sicilia proponeva appello innanzi al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, per veder ivi riformata la sentenza che escludeva la propria legittimazione a certificare la regolarità contributiva, e che la dichiarava inidonea ad emettere DURC validi sull'intero territorio nazionale.

L'impresa edile il cui ricorso in primo grado era stato accolto, costituitasi in giudizio, ribadiva la suddetta inidoneità della Edilcassa al rilascio del DURC richiesto ai fini della partecipazione a gare di appalto, risultando infatti assenti appositi accordi a livello nazionale tra la Edilcassa e gli Enti previdenziali, con conseguente riferibilità dei dati ai soli cantieri operanti nel territorio re-

gionale. La delimitazione all'ambito della Sicilia impedirebbe, infatti, di monitorare eventuali posizioni, pur potenzialmente rilevanti, al di fuori di tale territorio.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana non ha inteso discostarsi dalle conclusioni cui era giunto il TAR Sicilia, condividendo e ribadendo le argomentazioni addotte a base della motivazione della decisione di primo grado.

Conferma, infatti, il Giudice del gravame, come la Edilcassa non possenga i requisiti richiesti dalla normativa di settore. Ripercorrendo nuovamente l'evoluzione legislativa che ha visto nascere, e progressivamente affermarsi il DURC in ambiti e contesti sempre più ampi, il Consiglio di Giustizia amministrativa osserva come il documento in questione, ai fini della partecipazione alle gare di appalto, debba esser rilasciato da una Cassa edile in grado di attestare la situazione contributiva globale dell'impresa, anche indipendentemente dalla sua ubicazione territoriale. Come già affermato in una recente sentenza, infatti, «quel che rileva non è l'ubicazione territoriale della Cassa edile che abbia rilasciato il DURC prodotto per partecipare a una gara, bensì la completezza delle attestazioni in esso contenute» (Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, n. 662/2008).

Nel sistema informatico centralizzato cui ciascuna Cassa edile ha normativamente accesso, la certificazione che sia stata rilasciata per la partecipazione alla gara deve essere riferita, dunque, all'insieme di tutte le posizioni aperte dall'impresa, ovunque ubicate.

L'esclusione della possibilità, per la Edilcassa, di rilasciare DURC validi per i fini su indicati, è stata altresì comprovata dai risultati dell'esame cautelare richiesto dalla stessa ricorrente nel tentativo di dimostrare la propria legittimazione all'emissione del documento unico di regolarità contributiva conformemente ai requisiti di legge. Il corso dell'istruttoria, non ne ha smentito gli esiti.

Diverse sono, infatti, le osservazioni alla luce delle quali il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana è giunto a formare il proprio convincimento riguardo alla questione oggetto della presente analisi.

In primo luogo è addirittura escluso il carattere bilaterale dell'Edilcassa, considerato che l'Unione generale del lavoro, alla quale essa aderisce, non risulta firmataria del contratto collettivo nazionale di lavoro dell'edilizia. Invero, dalla circ. Inail n. 38/2005 e dalla circ. Inps n. 92/2005, nonché dalla comunicazione della Commissione nazionale paritetica delle Casse edili n. 272/2005, disciplinanti le modalità di rilascio del DURC nel settore edile, emerge come il rilascio della certificazione di regolarità contributiva – ai sensi dell'art. 9, comma 76, della l. n. 415/1998 – possa essere effettuato esclusivamente dalle Casse edili regolarmente costituite a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro che siano, per ciascuna parte, comparativamente più rappresentative nell'ambito del settore edile.




In secondo luogo è rilevata la circostanza secondo cui, in occasione dell'intesa per il rilascio del DURC con valenza nazionale, intercorsa tra l'Assessorato ai lavori pubblici della Regione Sicilia, l'Inps, l'Inail e le Casse edili siciliane, la Edilcassa fosse rimasta esclusa dall'elenco dei firmatari.

Non solo. Risulta, infatti, che essa neppure abbia accesso alla banca dati delle Casse edili, nella quale sono registrate tutte le irregolarità contributive dei datori di lavoro, e che rappresenta, dunque, lo strumento indispensabile ai fini del monitoraggio delle posizioni delle imprese su tutto il territorio nazionale. I dati che è in grado di fornire la ricorrente, parziali in quanto afferenti al solo contesto regionale, non sono sufficienti ad ottemperare alla *ratio* sottesa alla scelta del legislatore di imporre, ai fini della valida partecipazione alle gare di appalto, il documento unico di regolarità contributiva. Tale *ratio* è rinvenibile, infatti, nell'obiettivo di ostacolare la concorrenza sleale nella partecipazione alle gare di appalto, favorendo la creazione e l'affermarsi di un sistema di mercato virtuoso in cui le imprese che vi operino sappiano rispettarne le regole di funzionamento, in specie quelle concernenti la regolarità degli adempimenti contributivi.

*Lavinia Serrani*

*Tirocinante – Ministero del lavoro e delle politiche sociali*

## 5. Sospensione del rapporto di lavoro

**5.1. Cass. 9 marzo 2010, n. 5718** (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 29).

**Sospensione del rapporto di lavoro - Malattia del lavoratore - Visita di controllo ex art. 5 Stat. lav. - Assenza durante le fasce di reperibilità - Giustificato motivo - Esigenze di solidarietà e vicinanza familiare alla madre ricoverata in ospedale e indifferibilità dell'assenza - Sussistenza.**

*L'assenza alla visita di controllo, per non essere sanzionata dalla perdita del trattamento economico di malattia, può essere giustificata, oltre che dal caso di forza maggiore, da ogni situazione la quale, ancorché non insuperabile e nemmeno tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza personale dell'assicurato, per soddisfare un'esigenza di solidarietà e di vicinanza familiare, senz'altro meritevole di tutela nell'ambito dei rapporti etico-sociali garantiti dalla Costituzione (art. 29 Cost.).*

### **Giustificato motivo di assenza del lavoratore alla visita medica di controllo per ragioni familiari**

**Sommario:** 1. La fattispecie concreta. – 2. Il bilanciamento di interessi operato dal legislatore. – 3. L'*acquis* giurisprudenziale sul "giustificato motivo". – 4. Interessi

meritevoli di tutela ed indifferibilità dell'assenza. – 5. La risoluzione del caso di specie.

1. La pronuncia in commento fornisce lo spunto per alcune riflessioni sulla nozione di “giustificato motivo” di assenza del lavoratore, di cui all'art. 5, comma 14, l. 11 novembre 1983, n. 638, alla visita medica di controllo *ex art. 5 Stat. lav.*, effettuata durante le c.d. fasce di reperibilità.

Si tratta di una questione che ha costantemente impegnato giurisprudenza, dottrina, prassi amministrativa ed autonomia collettiva sin dall'introduzione della citata legge del 1983. E, ciò, sia per le strutturali incertezze applicative che derivano da una norma elastica (la previsione, appunto, di un “giustificato motivo” di assenza); sia, e se vogliamo ancor prima, per una mancata chiarificazione del significato del concetto; sia, infine, per la sua frequente rilevanza pratica e per le delicate conseguenze in capo al lavoratore (la decadenza dall'indennità di malattia a carico dell'ente previdenziale; la perdita del diritto alla indennità integrativa a carico del datore, eventualmente prevista dal contratto collettivo; l'irrogazione di sanzioni disciplinari).

Nel caso al nostro esame, un lavoratore, risultato irreperibile alla visita medica di controllo da parte dell'Inps in periodo di assenza per malattia durante le fasce orarie prescritte, e per questo considerato decaduto dal trattamento economico previdenziale, si giustifica dimostrando di essersi recato dalla madre ricoverata in ospedale per un delicato intervento chirurgico, in adempimento di un dovere di solidarietà e di assistenza familiare (tanto più che la donna era divorziata e non avrebbe potuto contare sulla presenza di altri congiunti). L'ente previdenziale contesta che la motivazione addotta dal lavoratore sia riconducibile al “giustificato motivo” di legge, dovendo questo presentare piuttosto un carattere di “cogenza” e non di una semplice «apprezzabile utilità, anche morale». Tesi, quest'ultima, respinta dalla Suprema Corte.

2. Ai fini di un corretto inquadramento della fattispecie, occorre collocare la specifica questione interpretativa del “giustificato motivo” nella più generale cornice del sistema dei controlli dello stato di malattia del lavoratore, ai sensi dell'art. 5 Stat. lav. e delle successive norme di legge e regolamentari che hanno concorso a delinearne la disciplina complessiva.

La reperibilità del lavoratore al domicilio dichiarato, durante le fasce orarie prestabilite, costituisce l'oggetto di un obbligo «di cooperazione» (così ad esempio P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 93; T. RENZI, *Le ipotesi tradizionali di sospensione*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 1998, 1166; così anche C. Cost. 26 gennaio 1988, n. 78), finalizzato a consentire all'ente previdenziale e al datore di lavoro il controllo sull'effettivo stato di malattia, come attestato dal certificato medico. Più precisamente, il sistema delle fasce costituisce il punto di equilibrio di diversi interessi: quello del lavoratore alla libertà personale, che sarebbe eccessivamente compressa da una reperibilità senza limiti temporali; quello del datore di lavoro all'esercizio di un potere di con-

trollo finalizzato sia alla tutela dell'organizzazione del lavoro, sia alla verifica della sussistenza del titolo su cui si fonda l'eventuale prestazione economica a proprio carico; quello dell'ente previdenziale all'accertamento dei presupposti per l'erogazione dell'indennità pubblicistica di malattia (cfr. R. DEL PUNTA, *Artt. 2110-2111 – La sospensione del rapporto di lavoro – Malattia, infortunio, maternità, servizio militare*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992, 165 ss.).

La previsione di un "giustificato motivo" di assenza si iscrive proprio in questo delicato bilanciamento di interessi (cfr. A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1991, 400 ss.), a contrappeso delle conseguenze patrimoniali legate al mero dato oggettivo dell'irreperibilità del lavoratore al domicilio nelle fasce orarie (la perdita delle indennità, oltre ad eventuali conseguenze disciplinari). Il legislatore, cioè, pur avendo già limitato in concorso con la normativa secondaria attuativa (d.m. 25 febbraio 1984 e 8 gennaio 1985 della Ministro della sanità; d.m. 15 luglio 1986 del Ministero del lavoro) la compressione della libertà personale del lavoratore, circoscrivendo il tempo di reperibilità a quattro ore giornaliere (obbligo, secondo C. Cost. 26 gennaio 1988, n. 78, già di per sé «non vessatorio» e passibile di adempimento con un «minimo di diligenza»), ha altresì inteso consentire al lavoratore di addurre un giustificato motivo di assenza, ricorrendo il quale egli non è assoggettabile a sanzione alcuna.

**3.** "Giustificato motivo", come si diceva, è concetto normativo elastico e se presenta, da un lato, un pregio di apertura a situazioni reali ipoteticamente meritevoli di protezione, ma non esaustivamente prevedibili dalla legge o dalla normativa secondaria, dall'altro ha ingenerato dubbi applicativi, talora accresciuti da qualche incertezza nella comprensione del concetto. Nella sua interpretazione si è comunque coagulato un consenso su alcuni aspetti.

Si conviene ad esempio sul fatto che il giustificato motivo non coincida con i concetti di forza maggiore (*ex multis*, si veda Cass. 23 novembre 2004, n. 22065) o di stato di necessità (Cass. 29 novembre 2002, n. 16996; *contra*, ma *obiter dictum*, Cass. 4 gennaio 2002, n. 50). Anzitutto perché la stessa formulazione – giustificato motivo – richiama situazioni diverse da quelle evocate dal concetto di *vis maior* o, appunto, di stato di necessità *ex art. 2045 c.c.*; e, poi, perché questi probabilmente non avrebbero richiesto una specifica previsione legislativa, potendosi già dedurre dai principi in materia di obbligazioni (per uno spunto in tal senso, si veda E. BALLETTI, *Sanzionabilità dell'assenza alla visita sanitaria di controllo del lavoratore in malattia* (nota a Pret. Napoli 10 dicembre 1984), in *RIDL*, 1986, II, 155, n. 23). Per gli stessi motivi, non è condivisibile l'orientamento secondo cui l'assenza alla visita, per dirsi giustificata, dovrebbe presentare il carattere della «necessità assoluta ed indifferibile» (così invece si esprime Cass. 9 marzo 1995, n. 2756; si veda anche Cass. 10 agosto 2004, n. 15446: anche se a principio così rigoroso non corrispondono sempre applicazioni al caso concreto altrettanto severe) della presenza altrove del lavoratore e della altrimenti possibile «lesione di beni primari» (e-

spressione ormai tralatizia: si veda ad esempio Cass. 22 giugno 2001, n. 8544).

Per converso, l'elasticità del precetto non comporta ovviamente l'ammissibilità di una sua declinazione meramente soggettiva (per cui non qualunque motivo invocato dal lavoratore, anche se riferito allo stato di salute, è idoneo a giustificare l'assenza: cfr. Cass. 19 luglio 1993, n. 7977, in *RIDL*, 1994, II, 509 ss., con nota di A. PIZZOFERRATO, *Giustificato motivo di assenza nelle fasce orarie di reperibilità e visita medica ambulatoriale*, che cassa sul punto Trib. Milano 29 maggio 1990) o, similmente, di un suo utilizzo «arbitrario» (Cass. 30 marzo 1990, n. 2604) o per ragioni di mera «convenienza o opportunità» (così Cass. 2 agosto 2004, n. 14735), il che darebbe altrimenti adito a facili elusioni. Esso presenta invece una obiettiva portata precettiva, il cui ambito può precisarsi almeno per approssimazione, ad esempio attraverso il ricorso alla *ratio legis*, all'interpretazione sistematica, all'interpretazione costituzionalmente orientata.

Condivisibile è infine l'assunto secondo cui l'onere della prova grava sul lavoratore (tra le tante, si veda Cass. 25 marzo 2002, n. 4233): e questo sia perché egli, ricorrendo in giudizio per ottenere l'indennità negata a causa dell'assenza, dovrà provare il presupposto su cui si fonda la domanda, ovvero il motivo di giustificazione, in base all'ordinaria regola di cui all'art. 2697 c.c.; sia perché l'erogazione dell'indennità di malattia in caso di assenza alla visita di controllo è ipotesi prevista in via di eccezione rispetto alla regola della sua privazione, per cui sarà onere dell'interessato dimostrare in giudizio la sussistenza della fattispecie giustificante.

**4.** Se attraverso l'interpretazione sistematica si è potuta escludere l'identificazione del "giustificato motivo" con la forza maggiore o lo stato di necessità, ulteriore ausilio ermeneutico è offerto dalla *ratio legis*.

È da credere che il legislatore, nell'ambito del bilanciamento di interessi sopra tratteggiato, abbia accettato il sacrificio del controllo pubblicistico sullo stato di malattia del lavoratore (sacrificio, peraltro, solo provvisorio, che l'accesso medico-ispettivo potrà quasi sempre reiterarsi in momenti successivi), per tutelarlo in caso di contrasto di posizioni giuridiche soggettive, derivante dall'esigenza del prestatore di esercitare diritti o di adempiere obblighi, *indifferibilmente*, durante le fasce di reperibilità.

Non è sufficiente, tuttavia, il verificarsi di un conflitto di diritti o di obblighi, ma occorre formulare un giudizio di pari- o sovra-ordinazione dell'esigenza del lavoratore rispetto all'adempimento dell'obbligo di reperibilità, al fine di giustificare la soccombenza di questo (in questi termini, Cass. 12 dicembre 1997, n. 12575). Ed a tal proposito potrà considerarsi il rango costituzionale del bene a rischio di compromissione in detto conflitto.

È ciò che del resto sembra fare la giurisprudenza, seppure non sempre *expressis verbis*: così, per la necessità di visite mediche (inerenti o meno allo specifico stato di malattia) si fa talora richiamo alla salute, *ex art. 32 Cost.*, come «diritto fondamentale» (Cass. 20 febbraio 2007, n. 3921; 23 novembre 2004,

n. 22065) o come «interesse meritevole di tutela» (Cass. 27 aprile 1991, n. 4686); in un caso si è richiamato l'art. 2 Cost., al fine di considerare il bilanciamento con il «dovere inderogabile di solidarietà» attuato attraverso l'esercizio di opera di volontariato (Cass. 30 marzo 1990, n. 2604). Mentre in dottrina si è prospettata la necessità di tutela del diritto al lavoro e della tutela previdenziale per il prestatore part-time che, compatibilmente con lo stato di malattia, svolga altra attività lavorativa durante le fasce orarie (si vedano M. TATARELLI, *I poteri del datore di lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 1996, 160; M. CINELLI, *La disciplina previdenziale dei contratti di lavoro a tempo parziale e dei contratti di formazione e lavoro*, in *RIDL*, 1986, I, 93).

In altri e più numerosi casi, infine, si è più genericamente e variamente fatto cenno a ragioni «valide», «serie» o «molto serie», «fondate», «socialmente apprezzabili», o ad interessi «apprezzabili sul piano giuridico-sociale» (cfr. Cass. 2 marzo 2004, n. 4247), comunque riconducibili, per lo più, alle esigenze sanitarie del lavoratore. Si è invece negato il giustificato motivo di assenza al fine di assistere alla Messa domenicale (nella fattispecie però accessibile anche ad altro orario: Pret. Como 12 novembre 1987, in *DPL*, 1988, 307), considerata come mera esigenza spirituale. In casi più risalenti si è giustificata l'assenza al fine di recarsi in azienda per ritirare lo stipendio e sopperire così ad esigenze familiari (Pret. Torino 21 maggio 1985, in *FI*, 1985, I, 3030; Pret. Napoli 10 dicembre 1984, in *RIDL*, 1986, II, 141).

Quanto alla modalità di verifica della indifferibilità dell'adempimento – il secondo requisito integrante il giustificato motivo, per giurisprudenza costante – esso dovrebbe postulare non tanto una valutazione di “assoluta” improrogabilità di esso (si veda *supra*, § 3), bensì, come implicitamente sembra ritenere la giurisprudenza maggioritaria (al di là del dato letterale delle pronunce), una verifica improntata ai principi della correttezza e della buona fede, per mezzo della quale – anche in base a dati di tipicità sociale – si potrà valutare il sacrificio esigibile, da parte del lavoratore, ad una diversa programmazione del momento di esercizio del diritto che ha causato l'assenza al domicilio. Dunque, si potrebbe dire, non una indifferibilità assoluta, ma relativa. E ciò coerentemente con l'asserita natura di obbligo di “cooperazione” della reperibilità alla visita di controllo (cfr. Cass. 9 novembre 2002, n. 15773). Così, ad esempio, si è ritenuto che il lavoratore non sia costretto, al fine di rendersi presente alla visita, a cambiare medico (Cass. 23 novembre 2004, n. 22065), né ad invitare il medico di fiducia, che riceva sempre in coincidenza con le fasce di reperibilità, al proprio domicilio (Cass. 29 novembre 2002, n. 16996; diverso il caso di una prestazione sanitaria effettuata da un familiare: Cass. 12 dicembre 1997, n. 12575), e nemmeno a richiedere uno spostamento di un appuntamento «stante le ben note difficoltà in cui versa il servizio sanitario» (Cass. 21 luglio 2008, n. 20080, in *RGL*, 2009, II, 111 ss., con nota di G.P. EVANGELISTI, *Giustificato motivo di assenza alla visita di controllo domiciliare*). Al contrario, in un caso di assenza dovuta ad un appuntamento presso un centro fisioterapico, la Suprema Corte non ha considerato giustificato il lavoratore

che non abbia dedotto l'inesistenza di altre strutture accessibili in orari compatibili con le fasce (Cass. 10 agosto 2004, n. 15664).

5. Dei criteri suesposti sembra aver fatto applicazione la Suprema Corte nella sentenza in commento. Dopo aver premesso la non coincidenza del concetto di giustificato motivo con quello di "forza maggiore" e, correlativamente, aver negato che la situazione giustificante l'assenza debba essere "insuperabile" o «tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari», la Corte ha incentrato la propria argomentazione dapprima sulla meritevolezza della tutela della situazione invocata dal lavoratore, quindi sulla indifferibilità della medesima, secondo un canone (implicitamente) di buona fede e di correttezza. Sul primo punto, ha infatti considerato tutelata dall'art. 29 Cost. la «esigenza di solidarietà e di vicinanza familiare» alla madre ricoverata per un importante intervento chirurgico e priva di altri familiari. E si rilevi, incidentalmente, come avrebbe potuto già essere di per sé risolutiva, ai fini della decisione, la circ. Inps 8 agosto 1984, n. 183, per la quale si considera giustificata l'assenza dettata dalla «necessità da parte dell'assicurato di assolvere a doveri di carattere "morale" connessi a fatti o situazioni concernenti il proprio nucleo familiare, quali, ad esempio, ricoveri ospedalieri».

Quanto al requisito della indifferibilità, la Corte ha puntualmente verificato le modalità di soddisfacimento di tale esigenza, rilevando che la visita alla madre fu prestata in coincidenza con gli orari di visite dei familiari e, per di più, che il rientro puntuale al domicilio rispetto agli orari di reperibilità fu ostacolato dal blocco del traffico stradale, sicché non si sarebbe potuto ragionevolmente esigere dal lavoratore una condotta diversa al fine di rendersi presente alla visita di controllo.

*Marco Ferraresi*

*Ricercatore di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Pavia*

# ***OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA***

---

## **Contrattazione collettiva**

- *contrattazione di secondo livello: prospettive (1.1.)*

## **Esternalizzazioni**

- *ruolo della responsabilità sociale (2.1.)*

## **Lavoro irregolare**

- *lavoro domestico e di cura: regolarizzazione (3.1. – 3.5.)*

## **Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro**

- *distacco e trasferta all'estero (4.1.)*

*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](http://www.adapt.it).**

\*\*\*\*\*

*Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.*


---

\* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confcommercio – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.





## 1. Contrattazione collettiva

1.1. Decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 6).

### Dai distretti produttivi ai contratti di rete: l'evoluzione consequenziale degli accordi collettivi di lavoro

**Sommario:** 1. Il d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, e la ripresa produttiva. – 2. Precedenti normativi ed orientamenti contrattuali riferiti ai processi di aggregazione tra imprese. – 3. Possibile evoluzione del sistema contrattuale: il rilievo della dimensione territoriale delle strutture di rappresentanza delle istanze datoriali e dei lavoratori. – 4. L'Osservatorio paritetico territoriale sull'industria metalmeccanica per la Provincia di Bergamo.

1. L'esigenza di aggregazione, fortemente avvertita dal sistema produttivo di molti territori, ha trovato da tempo riconoscimento legislativo nella formula dei "distretti d'impresa" (cfr. l. 5 ottobre 1991, n. 317, art. 36), intesi quali aree territoriali con alta concentrazione di piccole e medie imprese ad elevata specializzazione, caratterizzate da interdipendenza dei cicli produttivi ed elevata integrazione con l'ambiente socio-economico che le ospita (A. RICCIARDI, *Distretti industriali: nuovi modelli organizzativi*, in E. FACILE, A. GIACOMELLI (a cura di), *La Guida del Sole 24 Ore a Basilea 2. Il nuovo processo del credito alle imprese*, Il Sole 24 Ore Libri, Milano, 2008). Si consideri che già il censimento Istat 2001 aveva identificato in 156 le realtà distrettuali esistenti, prevalentemente diffuse nelle regioni del centro-nord, con una composizione settoriale corrispondente alle attività produttive tipiche del *made in Italy*.

Da allora il modello ha mantenuto un ruolo centrale nel sistema economico delle aree più industrializzate del Paese, pur attraverso un'evoluzione che ne ha parzialmente cambiato i caratteri costitutivi, adattandosi alle necessità e seguendo i bisogni legati ai diversi momenti economici. Una fenomenologia quindi che si presenta ancora vitale, giustificata dalla diffusione di un *asset* imprenditoriale fortemente centrato sulle PMI e che non sembra avere riscontro – quantitativamente e qualitativamente – in altri Stati europei (A. QUADRIO CURZIO, M. FORTIS, *Complessità e distretti industriali: dinamiche, modelli, casi reali*, Il Mulino, Bologna, 2002). In particolare, una recente analisi curata da A. Ricciardi, diffusa da Federmeccanica in occasione dell'assemblea generale 2010, all'esito di una campionatura di dieci realtà territoriali riferite al settore metalmeccanico, attribuisce al modello di sviluppo basato sui distretti industriali la capacità di recuperare, in alcuni casi, margini di competitività tali da contrastare efficacemente la crisi congiunturale del 2009. Si tratta di una propensione correlata al riscontro di alcuni elementi ricorrenti quali: cooperazione con altre imprese, sforzo congiunto nell'applicazione di innova-

zioni di prodotto e processo, strategie comuni di marketing e formazione del personale.

I distretti competitivi, in grado di imporsi creando redditività ed occupazione anche nei mercati fortemente penalizzati dall'involuzione di sistema che ha contraddistinto, a decorrere dal IV trimestre 2008, tutti i comparti produttivi, appaiono quindi – nelle disamine più recenti – parzialmente disomogenei rispetto al loro paradigma storico, rappresentato da gruppi di imprese tra loro integrate senza formalismi o rigidità, per generazione spontanea di rapporti derivanti da condizioni locali favorevoli alla diffusione di specializzazioni produttive. Del resto, già le prime interpretazioni promosse dalla dottrina (Cfr. G. VIESTI, *Come nascono i distretti industriali*, Laterza, Roma-Bari, 2000; A. NOVA, *L'economia delle imprese nei distretti italiani: redditività, dominanza e strategie differenziali*, in *Economia e Politica Industriale*, 2001, n. 111), in correlazione con il progressivo riconoscimento legislativo operato dai provvedimenti nazionali e regionali, riconoscevano nella dinamicità delle interrelazioni tra i cicli produttivi delle imprese partecipanti alle aggregazioni distrettuali un elemento imprescindibile del modello. La capacità di adattamento continuo e rapido, per l'assenza di vincoli procedurali o contrattuali, consentiva di supplire all'assenza di economie di scala, stante la ridotta dimensione media delle imprese partecipanti al modello, inoltre risultava conforme all'esigenza di promuovere esperienze riferite a nicchie produttive, lavorazioni particolari, innovazioni stilistiche o funzionali, caratterizzate da frequenti necessità di variazione delle produzioni per conservare posizioni di *leadership* talora quasi monopolistiche.

Il nuovo corso dell'esperienza dei distretti produttivi, imposto dall'esigenza di maggiore competitività che contraddistingue il sistema produttivo in conseguenza del perdurare della crisi economica intersettoriale sopra richiamata, è stato peraltro sancito anche dalla più recente produzione legislativa riguardante le "reti d'impresa", riconosciute come nuova forma di aggregazione tra aziende, meritevole di sostegno, dal d.l. n. 5 del 10 febbraio 2009, contenente «misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi», convertito dalla l. n. 33 del 9 aprile 2009. L'art. 3 al comma 4-ter definisce «contratto di rete» l'accordo privato con il quale «due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato», definendo poi nel dettaglio le modalità di redazione dell'atto e prevedendo, al comma 4-quinquies, la successiva «ricognizione di interventi agevolativi previsti dalle vigenti disposizioni applicabili alle imprese aderenti al contratto di rete». In particolare, la necessaria condivisione di un «programma di rete», comportante la formalizzazione degli obblighi assunti da ciascuna impresa partecipante, nonché l'istituzione di un fondo patrimoniale comune o la destinazione di un patrimonio all'affare determinano un legame strutturato tra i contraenti, non assimilabile alla formula, sostanzialmente priva di vincoli contrattuali, tipica dei primi distretti. Tale caratterizzazione e

l'obbligo di regolamentazione dei tempi di realizzazione degli obiettivi strategici, a base della rete, corrispondono peraltro all'evidente esigenza che i processi avviati dalle imprese, per incrementare la propria competitività, siano correlati alla regolamentazione permanente e dettagliata degli impegni assunti dai vari soggetti coinvolti, potendosi altrimenti riscontrare perdite di affidamento e conseguenti criticità nella realizzazione di soluzioni a più elevato rischio d'impresa. L'esigenza di maggiore certezza dei comportamenti degli attori con i quali sono sviluppate sinergie produttive o commerciali, imposta dalle tensioni che i mercati subiscono in conseguenza del vigente processo di internazionalizzazione, è peraltro acuita nell'attuale fase di attenuazione della crisi congiunturale, che tende a favorire le capacità di riposizionamento delle imprese fondate su strategie "d'attacco", contraddistinte da maggiori flessibilità organizzative e di costo del lavoro. Si consideri che le rilevazioni del Centro Studi di Confindustria Lombardia riferite al 2009 hanno infatti evidenziato, in un territorio regionale tradizionalmente competitivo, il contenimento quantitativo delle forme contrattuali c.d. *non standard* (contratto a termine, di inserimento, apprendistato, somministrazione), ma anche il permanere del ricorso generale a tali istituti: il solo contratto di lavoro a termine, pur rappresentando appena il 2,2% dei rapporti dipendenti in essere nella regione, ha interessato il 44,1% delle realtà aziendali campionate, la somministrazione a termine il 33,3%, l'apprendistato il 19,5% sicché è prospettabile, in fase di ripresa produttiva, l'utilizzo incrementale di questi strumenti di flessibilità comunque diffusamente presenti (E. DELLA TORRE, *Il mercato del lavoro in Lombardia – rapporto 2009*, a cura della Commissione Centro Studi Associazione lombarda). Analogamente è prevedibile il maggiore ricorso a forme di applicazione elastica dei tempi di lavoro (straordinario, orari pluriperiodali, banca delle ore, ecc.), che consentano di accompagnare l'evoluzione incerta della domanda di beni e servizi, attesa per i prossimi anni (A. COLLI, *La piccola impresa nello sviluppo economico italiano*, in L. PAOLAZZI (a cura di), *Libertà e benessere: l'Italia al futuro*, Centro Studi Confindustria, 2010), con adeguamenti gestionali. Tali processi peraltro possono risultare pienamente efficaci, nell'ambito delle aggregazioni di imprese, in presenza di comportamenti uniformi e sinergici, che evitino discrasie applicative e che possono essere favoriti da soluzioni contrattuali condivise.

**2.** La normativa giuslavoristica di fonte legale, riferita ai processi di aggregazione, sembra peraltro contraddistinta da una linea di indirizzo generale tendente ad armonizzare le gestioni dei rapporti di lavoro, uniformando le tutele economiche e normative. In particolare, la modifica dell'art. 2112 c.c., disposta dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, ha sancito, in relazione ai trasferimenti d'azienda o di ramo d'azienda, il principio dell'estensione all'impresa ceduta della contrattazione collettiva di primo e secondo livello dell'impresa cessionaria. Ne consegue, in assenza di accordi sindacali che dispongano diversamente, l'esecuzione di un procedimento automatico – immediato od operante alla scadenza della contrattazione a termine vigente presso il cedente – di

*reductio ad unum* dei contenuti di accordi sindacali risultanti da contrattazioni separate. È poi diffusa (è quanto sembra emergere anche dall'ultima indagine del Centro Studi Confindustria sul mercato del lavoro, relativa al 2009 e diffusa a luglio 2010 nelle imprese plurilocalizzate) la prassi di concordare forme di retribuzione premiale o soluzioni organizzative omogenee nei vari siti, stipulando intese di gruppo eventualmente adattate alle specificità territoriali ma conformi alle medesime strategie di sviluppo. È il caso, nel settore metalmeccanico, per quanto riguarda le esperienze contrattuali o proposte negoziali più recenti, di ABB Spa sul premio di risultato (2008), di Indesit Spa sulle flessibilità (2010), di Brembo Spa sui rapporti a tempo determinato (2010), di Finmeccanica sull'inquadramento (2007-2010) e di numerose altre imprese o gruppi di imprese di varie dimensioni, comparti d'appartenenza, origine ed impostazione. Peraltro, il graduale passaggio del sistema economico nazionale ad una forma di capitalismo in cui la componente dimensionale media, correlata alla formula della società per azioni, appare in crescita, sia in conseguenza del collasso delle grandi strutture imprenditoriali degli anni Ottanta sia per l'evoluzione delle microimprese verso forme più idonee a consentire l'estrinsecazione della capacità imprenditoriale e la gestione delle relazioni di fornitura (F. COLTORTI, *Il ruolo dell'industria: grandi e medie imprese*, in L. PAOLAZZI (a cura di), *op. cit.*), rende prospettabile un incremento della contrattazione collettiva, atteso che «a livello dimensionale la quota di imprese con una contrattazione aziendale è funzione positiva delle dimensioni aziendali». Infine, i rinnovi di Ccnl succedutisi dopo la riforma dettata dall'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 hanno definito, in applicazione delle intese realizzate, formule di supporto alla diffusione della contrattazione sui premi variabili di risultato basate su linee guida e modelli standardizzati, destinati alle imprese di dimensioni minori e gestiti, in assenza di RSU, dalle rappresentanze sindacali e datoriali di livello territoriale. L'approccio determinerà una tendenziale uniformazione della contrattazione di contenuto economico, per categoria e territorio, che potrebbe ingenerare analoghe evoluzioni delle discipline normative aziendali, attesa l'identità dei contraenti.

Il contesto legislativo e contrattuale più recente sembra pertanto orientato a valorizzare le discipline che, superando la dimensione aziendale, interessino una pluralità di imprese accomunate dall'appartenenza al medesimo gruppo, territorio, comparto. Tale processo, correlato alla crescente diffusione della media impresa e delle reti di imprese, indurrà prevedibilmente gli operatori aziendali e le rappresentanze sindacali all'adozione incrementale di approcci negoziali che, in linea con il progressivo decentramento della regolamentazione del mercato del lavoro (cfr. S. SPATTINI, *Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo*, Giuffrè, Milano, 2008, cap. V), promuovano la diffusione di accordi di secondo livello, di contenuto normativo, in ambiti ritenuti omogenei. In altri termini è ipotizzabile, nel breve periodo, un graduale adattamento dei confronti aziendali alle formule proposte dal-

la legislazione più recente riferita alle aggregazione d'impresa, che supporti l'esigenza di regolamentazione certa dei rapporti tra i soggetti aziendali con una tendenziale uniformità di disciplina del ricorso alle flessibilità organizzative e gestionali, trattandosi di elementi di competitività imprescindibili nel quadro economico sopra richiamato.

**3.** Si consideri poi che le esigenze di aggregazione tra imprese, che comportano l'evoluzione del modello del distretto industriale verso i contratti di rete, trovano espressione anche con modalità destrutturate. È infatti ricorrente, nelle analisi riferite all'evoluzione più recente del contesto produttivo, il riconoscimento della sussistenza di fatto di reti tecnico-operative con funzioni commerciali, distributive e logistiche, rappresentative di *cluster* non rigidamente disciplinati ma diffusi (AA.VV., *Modelli di crescita delle PMI*, Il Sole 24 Ore Libri, Milano, 2007, cap.1 e cap. 5), che affiancano le soluzioni più rigide regolamentate dalla normativa citata nelle precedenti annotazioni. In particolare, l'esigenza di crescita dimensionale sembra stimolare la partecipazione delle imprese a reti informali di collaborazione finalizzate all'acquisizione di nuove competenze, di innovazioni, ad incrementare le vendite, a favorire la riduzione dei costi. Si considerino, a titolo esemplificativo, gli esiti di una ricerca promossa dalla Camera Nazionale della Moda Italiana, che ha identificato nella maggiore sinergia tra aziende produttrici e società distributive e logistiche un elemento di competitività di sistema idoneo ad incrementare fortemente la performance di mercato, indipendentemente dalla modalità di controllo esercitata, purché idonea a consentire l'estensione dell'area di azione della singola impresa alle fasi marginali della filiera produttiva (AA.VV., *Crescere con l'Italian Style. Modelli strategie e trasformazioni delle imprese italiane del tessile e della moda*, Franco Angeli, Milano, 2008, cap. 2). Queste forme di integrazione tra imprese, già diffuse e talora sovrapposte all'esperienza dei distretti, in quanto afferenti le medesime realtà produttive, sono probabilmente destinate a permanere anche con la prossima prevedibile affermazione dei contratti di rete, in quanto rappresentano comunque una ulteriore sinergia tra competitori, che accresce il novero di soluzioni esperibili per rispondere alle crescenti esigenze di rafforzamento, per comune vantaggio, del sistema di appartenenza.

In particolare, si osservi che la presenza diffusa di aggregazioni produttive e distributive basate sia su normative di dettaglio sia su rapporti informali trova un parallelismo, nell'ambito delle relazioni industriali, nell'evoluzione progressiva della contrattazione collettiva verso modalità di confronto decentrate e talora destrutturate, stimolate dalla riforma promossa anche dall'Accordo interconfederale del 15 aprile 2009 e dalla conseguente accelerazione e moltiplicazione delle dinamiche negoziali, seppure in un quadro unitario. I primi rinnovi di Ccnl successivi all'intesa interconfederale hanno infatti riconosciuto, in misura contenuta e con modalità varie (e formule ancora da sviluppare operativamente) ma significative di un nuovo corso delle relazioni industriali,

un ruolo maggiore alla contrattazione sovra-aziendale, in precedenza meno valorizzata. Ad esempio:

– l'accordo tra SMI-ATI e Femca-Cisl, Filctem-Cgil, Uilta-Uil del 21 maggio 2010 di rinnovo del Ccnl per l'industria tessile ha introdotto, per le «aree caratterizzate da un elevato grado di omogeneità e da una significativa concentrazione di aziende del settore» momenti esigibili di «analisi e confronto congiunto» su tematiche produttive ed occupazionali. Si tratta di relazioni finalizzate alla presentazione di proposte comuni agli enti pubblici territoriali, ma l'approccio contempla l'individuazione esplicita di una dimensione di confronto nuova, espressamente definita «livello territoriale e/o di distretto industriale»;

– la parte II del Ccnl per l'industria chimica del 18 dicembre 2009, ratificato da Federchimica e dalle OO.SS. nazionali di categoria, ha confermato, rafforzandoli ulteriormente, i diritti di informazione sindacale esercitabili a livello di «gruppi industriali», intesi quali complessi «di particolare importanza nell'ambito dell'area settoriale, articolato in più unità produttive dislocate in più zone del territorio nazionale». Tale previsione disciplina evidentemente una fase di acquisizione di dati finalizzata ad uniformare l'iniziativa sindacale esercitata nell'ambito di una tipologia di aggregazione di aziende;

– l'accordo del 15 ottobre 2009 di rinnovo del Ccnl per l'industria metalmeccanica sottoscritto da Federmeccanica, Fim-Cisl e Uilm-Uil, nel rinviare ad un'apposita commissione la definizione di una disciplina integrativa per la contrattazione aziendale, ha disposto la prossima formalizzazione delle materie oggetto di confronto a livello aziendale, al fine di uniformare i contenuti dei negoziati attivati in tutte le imprese del medesimo ambito categoriale.

Le soluzioni sopra richiamate, tra loro diversificate come impostazione ed effetti, sono accomunate dall'intento condiviso, espresso dai contraenti, di orientare le negoziazioni verso la ricerca di formule contrattuali omogenee per gli ambiti interessati (distretti, gruppi industriali, categorie), coinvolgendo più unità produttive. In particolare, considerata l'evoluzione del sistema delle imprese verso le forme di integrazione sopra richiamate, l'evoluzione a livello aziendale di tale approccio, avviato dalla contrattazione nazionale, potrebbe comportare, in fase di declinazione operativa, la realizzazione di confronti che favoriscano l'adozione di intese uniformi per aggregati d'impresе, ossia aziende accomunate dall'appartenenza a reti informali, distretti industriali, dall'adesione a contratti di rete, dalla partecipazione ad un gruppo, ad un comparto oppure ad un'area territoriale omogenea. Il processo sembra perseguibile attraverso:

a) negoziazioni «trasversali», realizzate tra rappresentanze datoriali e dei lavoratori riferite a dimensioni sovra-aziendali;

b) negoziazioni «seriali», consistenti nella riproposizione presso più imprese delle medesime clausole contrattuali.

In entrambe le ipotesi, acquisisce rilievo la dimensione territoriale delle strutture di rappresentanza delle istanze datoriali e dei lavoratori, in quanto si tratta

del livello dotato degli elementi di conoscenza necessari per l'esecuzione di mediazioni complesse, fondate su equilibri non agevolmente impostabili a motivo del dinamismo dei mercati e della conseguente continua variazione delle esigenze dei soggetti interessati.

4. Una delle prime esperienze negoziali sviluppate in tal senso è rappresentata da un confronto avviato nel corrente anno in sede di Osservatorio paritetico territoriale sull'industria metalmeccanica per la Provincia di Bergamo, ricostituitosi con la finalità di acquisire elementi di conoscenza della situazione economica ed occupazionale delle imprese del settore e proporre successivamente eventuali strategie condivise di intervento. In particolare, in applicazione della previsione dell'art. 2, sezione I del Ccnl, le parti datoriali e sindacali partecipanti hanno ritenuto di esaminare congiuntamente, in incontri annuali, l'evoluzione della struttura organizzativa e produttiva dell'industria metalmeccanica locale, sia considerando le procedure di cessazione parziale, sospensione di attività, trasferimenti d'azienda, riduzione di personale, sia studiando «particolari casi di aggregazioni d'impresa». La formulazione, concordata a febbraio 2010, ricomprende pertanto tutte le soluzioni, formali ed informali, citate nelle precedenti annotazioni, analizzate allo scopo di consentire l'elaborazione di proposte «per occasioni di sviluppo del sistema produttivo, sempre nell'ambito della provincia di Bergamo». All'esito del confronto avviato nell'ambito dell'Osservatorio, il territorio provinciale – privo di realtà distrettuali non metalmeccaniche e di contratti di rete – è stato riconosciuto come contraddistinto da una propensione diffusa alle aggregazioni spontanee di imprese, diversamente strutturate: per indotto produttivo (a motivo della presenza di alcune realtà sovradimensionate fortemente integrate con il territorio), per sinergie produttive e distributive (dovute all'appartenenza alla medesima nicchia di mercato), per condivisione della ricerca di soluzioni alle comuni criticità territoriali (esigenze formative, problematiche di approvvigionamento od infrastrutturali, ecc.). Si è pertanto ritenuto, da parte datoriale, di avviare la sperimentazione di negoziati seriali, fondati sulla proposizione alle RSU/OO.SS. categoriali di clausole contrattuali risolutive di problematiche comuni a più aziende, rappresentative di un *cluster* variamente identificato. L'iniziativa, da poco avviata pertanto non ancora consuntivabile, è stata imposta con un approccio articolato, potendosi verificare nella diversa ipotesi di avvio di negoziati trasversali, condotti dalle rappresentanze datoriali e sindacali territoriali, un problema di rappresentatività, dovuto sia alla presenza consistente di forme di associazionismo riguardante le microimprese non riconducibile al sistema contrattuale di Confindustria, sia alla mancata partecipazione all'Osservatorio di una componente sindacale di rilievo nel settore metalmeccanico: condizioni che avrebbero entrambe potuto in parte depotenziare i risultati perseguibili. I temi affrontati dalla proposta datoriale, basata sugli elementi di conoscenza raccolti nelle riunioni dell'Osservatorio e presentata in tale sede, riguardano i tempi di lavoro, le prestazioni a tempo parziale, l'apprendistato professionalizzante, la somministrazione di lavoro ed i con-

tratti a termine. Sono stati pertanto esclusi negoziati afferenti trattamenti economici, riconoscendosi piuttosto nelle esigenze di flessibilità un ambito di confronto prioritario per favorire la ripresa produttiva. Il modello, concepito in forma di moduli scomposti per renderlo adattabile alle problematiche riscontrate in aggregati d'impresе variabili, è in fase di elaborazione per consentire all'occorrenza l'inserimento delle clausole-tipo indipendenti in accordi strutturati, più consoni ad accompagnare, quale ulteriore elemento di integrazione, i contenuti di eventuali contratti di rete di prossima realizzazione.

*Stefano Malandrini*

*Responsabile dell'area sindacale – Confindustria Bergamo*

## 2. Esternalizzazioni

2.1. Interpello 2 aprile 2010, n. 3 (CLAAI) (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 12).

### Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione

*Sommario:* 1. Introduzione. – 2. La responsabilità solidale nel contratto di appalto: ai sensi dell'art. 1676 c.c. – 2.1. *Segue:* ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. – 2.2. Responsabilità solidale nell'appalto e valorizzazione dell'autonomia delle parti. – 3. Responsabilità solidale, sicurezza sul lavoro e danno differenziale. – 4. Responsabilità solidale e somministrazione di lavoro. – 5. Responsabilità solidale nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda. – 6. Responsabilità solidale nel distacco transazionale. – 7. Alla ricerca di un inquadramento unitario: la responsabilità solidale tra ipotesi di codatorialità e di responsabilità da contatto sociale.

1. In un contesto di forte disintegrazione verticale dell'impresa, in cui l'esternalizzazione è utilizzata come strumento di flessibilità nella produzione, il nostro ordinamento si è progressivamente dotato di strumenti di responsabilizzazione per le imprese e di tutela per i lavoratori interessati.

Infatti, ad un vecchio approccio normativo diffidente e restrittivo rispetto alle esternalizzazioni, si sta progressivamente sostituendo una regolazione che si basa sulla responsabilità solidale tra partner commerciali, che opera come garanzia del regolare svolgimento dei rapporti di lavoro per i lavoratori interessati.

In questo contributo si affrontano alcune tipiche situazioni in cui l'impresa sceglie di esternalizzare la produzione, con le relative tutele dei lavoratori coinvolti, ed in particolare si presentano le ipotesi di responsabilità solidale nell'ambito del contratto di appalto, della somministrazione di lavoro, del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, e del distacco comunitario ai sensi della direttiva 96/71/CE. Tutti questi sono strumenti contrattuali commerciali a disposizione delle imprese che intendono operare in regime di decentramen-



to produttivo, utilizzando indirettamente il fattore produttivo lavoro attraverso rapporti di lavoro sempre più distanti e mediati dalla presenza di altre figure imprenditoriali. Si intende infine proporre, almeno schematicamente in considerazione della brevità necessaria al presente contesto (ci si propone fin d'ora di trattare l'argomento qui proposto, e soltanto tratteggiato, in un prossimo contributo opportunamente più ampio), soluzioni di inquadramento teorico comune delle diverse ipotesi di responsabilità solidale nei processi di esternalizzazione.

**2.** L'art. 1676 c.c., che prevede una prima forma di responsabilità solidale in materia di appalto, è tuttora vigente sebbene sul piano pratico abbia perso ormai importanza a seguito del ben più ampio regime solidale stabilito dalla riforma Biagi.

L'azione del lavoratore creditore nei confronti del committente prevista dall'art. 1676 c.c. si configura come un'azione diretta e sostitutiva. In primo luogo, infatti, essa determina l'estinzione o la modifica di due distinti rapporti obbligatori: quello tra committente/debitore ed appaltatore/creditore, e quello tra appaltatore/debitore e lavoratore. Inoltre, si tratta di azione sostitutiva, e non di azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), in quanto l'azione è esperibile nei confronti del committente in base ad un diritto di credito autonomo rispetto a quello dell'appaltatore. Quindi, in questa ipotesi di solidarietà, non avviene una sostituzione tra diversi creditori, ma piuttosto una sostituzione tra diversi debitori, in quanto la legge prevede che il committente si sostituisca come debitore all'appaltatore. In questo senso, qualora il committente possa vantare nei confronti dell'appaltatore anche altri crediti non derivanti dal contratto di appalto, ma da altre vicende obbligatorie tra essi sussistenti, è opinione consolidata che il dipendente dell'appaltatore possa esperire anche un'autonoma azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c.

Con riferimento all'oggetto della responsabilità solidale, si precisa che esso concerne la retribuzione del lavoratore dell'appaltatore, e non altre vicende obbligatorie che riguardano le parti del rapporto di lavoro. Sul piano soggettivo, poi, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'art. 1676 c.c. si riferisca ai soli lavoratori dipendenti dell'appaltatore, con esclusione quindi dei lavoratori autonomi e, si deve ritenere, anche dei lavoratori parasubordinati, come i collaboratori coordinati e continuativi anche nella modalità a progetto, e gli associati in partecipazione.

Il dipendente dell'appaltatore che non sia stato retribuito da quest'ultimo, quindi, può immediatamente esperire un'azione diretta nei confronti del committente, senza che sussista litisconsorzio necessario tra committente ed appaltatore. L'azione in questione, dunque, è del tutto distinta ed autonoma rispetto a quella che, eventualmente, venga simultaneamente proposta nei confronti dell'appaltatore-datore di lavoro (Cass. 4 settembre 2000, n. 11607). Sul piano processuale, l'azione diretta ai sensi dell'art. 1676 c.c. ha, in effetti, lo scopo di impedire che siano opponibili ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore eventuali adempimenti, del committente verso l'appaltatore,

successivi alla domanda giudiziale esperita dagli stessi lavoratori creditori dell'appaltatore (Cass. 19 aprile 2006, n. 9048). Ciò in quanto la responsabilità solidale in esame ha come limite oggettivo le somme non ancora corrisposte dal committente all'appaltatore in esecuzione dell'appalto.

È quindi da notare che, in considerazione del carattere di autonomia che riveste nell'ordinamento, l'azione diretta ai sensi dell'art. 1676 c.c. non è preclusa dall'eventuale apertura di un procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore (Cass. 10 marzo 2001, n. 3559).

**2.1.** Con la riforma Biagi, la responsabilità solidale diviene l'essenziale strumento di regolazione dei rapporti di lavoro per i lavoratori interessati all'esecuzione dell'appalto. In effetti, il regime di responsabilità solidale previsto dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 si aggiunge al regime di responsabilità solidale di origine codicistica.

A fronte di una riformata e semplificata regolamentazione dell'appalto, più adeguata ai mutati contesti produttivi ed organizzativi dell'impresa, e realizzata nel pieno superamento della l. n. 1369/1960, la legge chiede ai contraenti una reale assunzione di responsabilità nei confronti dei trattamenti retributivi e previdenziali di cui i lavoratori che eseguono l'appalto sono destinatari. In sostanza il legislatore del 2003, a fronte di un sistema economico caratterizzato da mercati in progressiva globalizzazione e da processi altrettanto globali di destrutturazione dell'organizzazione della produzione industriale, ha da un lato liberalizzato in maniera sostanziale i processi di esternalizzazione dell'impresa, rendendo molto meno restrittiva la legislazione sull'appalto (si pensi alla presunzione di illegittimità del contratto di appalto nel caso in cui l'appaltatore non fosse in possesso dei mezzi di produzione necessari per l'esecuzione dell'appalto ex art. 1, l. n. 1369/1960, oggi abrogato), e dall'altro ha richiamato gli operatori economici ad una dinamica degli affari seria ed affidabile, anche attraverso lo strumento regolatorio della responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi e contributivi a favore dei dipendenti dell'appaltatore o del subappaltatore.

Insomma, a fronte di una maggiore libertà degli operatori economici, si richiede agli stessi una maggiore affidabilità nell'esecuzione delle proprie obbligazioni, pena la responsabilità solidale del committente rispetto agli inadempimenti dell'appaltatore o del subappaltatore nei confronti dei propri dipendenti. Peraltro, l'obbligazione solidale, in questo sistema, non ha il limite oggettivo del *quantum debeatur* dal committente nei confronti dell'appaltatore a titolo di prezzo dell'appalto, ma si estende senza limiti quantitativi a quanto dovuto ai lavoratori ed agli Istituti previdenziali, ed è esperibile nel limite temporale di due anni dalla conclusione dell'appalto.

La norma prevede anche che l'ambito della responsabilità solidale si estenda pure ai crediti contributivi degli Istituti previdenziali relativi ai dipendenti dell'appaltatore o degli eventuali subappaltatori che hanno operato nell'esecuzione dell'appalto. Per "contributi previdenziali" si devono intendere tanto la contribuzione obbligatoria IVS nei confronti dell'Inps, quanto i

premi assicurativi obbligatori Inail. Sul punto, vale la pena osservare che non si ritiene che possano essere ricomprese nell'ambito della responsabilità solidale anche le c.d. "sanzioni civili" applicate dall'Istituto previdenziale in caso di ritardato o di omesso pagamento dell'obbligo contributivo ai sensi dell'art. 116, commi 8 ss., l. n. 388/2000, in considerazione della natura certamente sanzionatoria e non risarcitoria di dette maggiorazioni contributive. Infatti è la legge stessa che qualifica esplicitamente detti importi come sanzioni, e non come interessi compensativi e/o moratori (in senso esplicitamente opposto la prassi amministrativa. Si veda a proposito l'interpello del Ministero del lavoro del 2 aprile 2010, n. 3, in epigrafe. Secondo il Ministero del lavoro, infatti, le sanzioni civili previdenziali rientrano nell'ambito della solidarietà).

Sul piano soggettivo, poi, il regime di responsabilità solidale non riguarda soltanto il rapporto contrattuale diretto tra committente ed appaltatore, ma si estende all'intera catena dei subappalti, anche se la legge prevede espressamente come eccezione l'esclusione dalla solidarietà di quei soggetti che non svolgono professionalmente l'attività oggetto dell'appalto, come ad esempio il committente privato, nel caso in cui stipuli un appalto d'opera per la ristrutturazione della propria abitazione. Quindi, il regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 interessa tutti i soggetti professionali che fanno parte della catena dell'appalto: il committente, l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori. Ciò che di fatto può avvenire, dunque, è che il committente non avveduto, che non provveda a regolare contrattualmente in maniera efficace i propri rapporti commerciali con l'appaltatore, possa dover rispondere dei debiti retributivi e contributivi di altri soggetti, finanche dei subappaltatori coi quali egli non ha direttamente intrattenuto rapporti contrattuali. Fatta salva, ben inteso, l'eventuale azione di regresso.

Per completare la portata della regolamentazione legislativa della responsabilità solidale nelle catene degli appalti, poi, è intervenuto l'art. 35, comma 28, della l. n. 248/2006, che ha esplicitamente esteso il regime della responsabilità solidale non solo ai rapporti tra committente da un lato ed appaltatori e subappaltatori dall'altro, ma anche tra appaltatore e subappaltatori, esplicitando così il coinvolgimento nel regime della solidarietà di tutti i soggetti imprenditoriali che operano nella catena degli appalti. Questa norma, inoltre, amplia l'ambito della solidarietà nelle catene di appalti, che viene esteso anche alle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente.

**2.2.** Il regime di responsabilità solidale così configurato in materia di appalti suggerisce, o meglio impone, all'imprenditore strategie di scelta di partner commerciali affidabili, al fine di non dover incorrere nel rischio di essere chiamato a rispondere, nell'esecuzione dei propri contratti commerciali, di obbligazioni non proprie, connesse a rapporti di lavoro con dipendenti non propri.

In questo senso, diventa essenziale un'adeguata ed assennata gestione dello strumento contrattuale, mediante il quale tenere sotto controllo la solidarietà, attraverso l'apposizione di clausole di controllo dirette a garantire ai contraen-

ti la piena trasparenza sulle vicende delle obbligazioni retributive e contributive riguardanti i lavoratori impegnati nell'esecuzione degli appalti.

Al riguardo si può osservare che sono molteplici gli strumenti contrattuali utilizzabili, al fine di arginare e contenere, se non proprio escludere, la esposizione alla responsabilità solidale. In primo luogo, è possibile inserire nel contratto di appalto clausole fideiussorie e vincoli assicurativi. Al riguardo però, trattandosi di clausole particolarmente onerose, per quanto decisamente efficaci, si sottolinea l'opportunità di valutarne l'introduzione qualora il valore del contratto le giustifichi sul piano economico. Un altro strumento, efficace e certamente non particolarmente oneroso, è costituito dall'introduzione nel contratto di appalto di clausole di divieto del subappalto e di divieto di cessione del contratto, ovvero di clausole di gradimento espresso dell'impresa subappaltatrice da parte del committente. In questo caso, è bene che tali clausole siano rafforzate, in caso di violazione, da specifiche clausole di risoluzione espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c. Sarebbe anche opportuno, soprattutto con riferimento alle ipotesi di monocommittenza, che fosse prevista una clausola che obbliga l'appaltatore a comunicare preventivamente al committente i nomi dei lavoratori che egli intenda utilizzare nell'ambito dell'appalto. Questa clausola, peraltro, contribuirebbe anche a rendere effettivo, nei casi di appalto interno, l'obbligo di coordinamento e di cooperazione previsto ai fini prevenzionistici dall'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008.

Infine, un'efficace opzione contrattuale di controllo sulla gestione dei contratti di lavoro da parte dell'appaltatore potrebbe essere l'inserimento di una clausola che impegni l'appaltatore a presentare al committente, con riferimento ai lavoratori impiegati nell'appalto, l'estrazione delle registrazioni contenute nel libro unico del lavoro, la copia delle comunicazioni di assunzione al Centro per l'impiego, la copia del documento unico di regolarità contributiva (DURC), nonché la copia dei relativi versamenti retributivi e contributivi. Sebbene, infatti, questo genere di informazioni possa essere considerato certamente afferente alla riservatezza di terzi, i lavoratori appunto, la questione non appare insuperabile se si considera che il committente non è affatto estraneo al rapporto di lavoro tra appaltatore e lavoratore, ma risponde direttamente di eventuali inadempimenti nei confronti di quest'ultimo (sullo specifico punto, in questo senso, già si è espressa favorevolmente la prassi del Ministero del lavoro, *Vademecum sul libro unico del lavoro* del 5 dicembre 2008, parte B, punto 18).

**3.** Con riferimento alla posizione propria del committente, rispetto alla dimensione prevenzionistica dell'appalto, un aspetto particolare ed interessante per questo lavoro è rappresentato dalla responsabilità solidale disciplinata dall'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008, il c.d. TU sicurezza. Questa norma prevede una specifica responsabilità solidale del committente «per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato» dall'Inail.

Occorre precisare che la fattispecie in esame non è riconducibile alla tradizionale forma di responsabilità diretta da fatto illecito di cui il committente può trovarsi a dover rispondere se nel corso dell'esecuzione dell'appalto un terzo, e precisamente nel caso che qui interessa il dipendente dell'appaltatore, subisca un infortunio sul lavoro. Non ci si riferisce quindi alle ipotesi tradizionali di responsabilità del committente per *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, che sono caratterizzate dalla responsabilità diretta del committente per fatto illecito, ovvero dalla responsabilità del committente per fatto illecito commesso dal proprio dipendente o collaboratore (art. 2049 c.c.). Infatti, la responsabilità solidale prevista dall'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008, prescinde dalla effettiva responsabilità del committente nell'evento infortunistico occorso al dipendente dell'appaltatore o del subappaltatore. Si tratta insomma di una forma di responsabilità che può configurarsi come responsabilità solidale per fatto del terzo, in cui il committente risponde in via solidale indipendentemente dal riparto delle responsabilità tra il committente stesso e l'appaltatore nell'evento infortunistico. L'accertamento delle responsabilità tra questi soggetti, infatti, rileva solo nei rapporti interni tra i contraenti dell'appalto, ai fini di un eventuale regresso, ma è indifferente per il lavoratore infortunato, il cui credito può essere soddisfatto sia dall'appaltatore/datore di lavoro sia dal committente in via solidale.

Sul piano oggettivo, questa forma di responsabilità solidale è limitata nel *quantum* alle sole somme non indennizzate dall'Inail, riferendosi soltanto ai "danni differenziali". Inoltre, essa è esplicitamente esclusa nel caso in cui l'evento infortunistico sia avvenuto in conseguenza di un rischio specifico proprio dell'impresa appaltatrice.

Sul piano soggettivo, poi, la specifica responsabilità solidale in esame è letteralmente confinata ai danni subiti dai dipendenti dell'appaltatore. Seguendo dunque una interpretazione meramente letterale della norma, risulterebbero esclusi da tutela tutti i lavoratori parasubordinati e quei lavoratori che, pur subordinati, non sono formalmente alle dipendenze dell'appaltatore, come i lavoratori in somministrazione e quelli distaccati.

**4.** Una forma di responsabilità solidale è prevista dalla legge anche nell'ambito del contratto di somministrazione di lavoro tra somministratore ed utilizzatore, con riferimento ai trattamenti retributivi e contributivi dei lavoratori somministrati.

In effetti, sul piano economico la somministrazione è configurabile come internalizzazione di forza lavoro, piuttosto che come esternalizzazione produttiva; eppure anche la somministrazione di lavoro realizza una cesura tra la titolarità del contratto di lavoro da parte datoriale e la concreta gestione del rapporto di lavoro col dipendente. In questo senso, vale la pena analizzare la somministrazione di lavoro nel contesto di questo studio sulle esternalizzazioni, perché anch'essa realizza un'ipotesi di allontanamento del fattore produttivo lavoro dall'impresa.

La disposizione, prevista dall'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, deve essere letta in maniera sistematica con l'analoga previsione di responsabilità solidale nell'appalto tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori di cui all'art. 29, comma 2, della medesima norma, di cui si è trattato in precedenza. Infatti, tanto nell'appalto quanto nella somministrazione di lavoro, si realizza un collegamento negoziale tra contratto commerciale tra imprese (per l'appunto rispettivamente il contratto di appalto e quello di somministrazione di lavoro) e contratti di lavoro in essere tra il soggetto tecnicamente individuato dalla legge come datore di lavoro (l'appaltatore ed il somministratore) ed i lavoratori che materialmente eseguono la prestazione lavorativa. La legge, al riguardo, intende fornire una particolare tutela nei processi economici di esternalizzazione della produzione (appalto) e di internalizzazione di forza lavoro (somministrazione di lavoro), che consiste nell'assunzione, rispettivamente da parte del committente non datore di lavoro e dell'utilizzatore non datore di lavoro, della responsabilità solidale rispetto alle retribuzioni ed ai contributi che riguardano i lavoratori impiegati nell'operazione economica. Nel caso del contratto di somministrazione di lavoro, poi, la tutela del lavoratore somministrato è anche assicurata dall'obbligazione di parità di trattamento retributivo e normativo disposta dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

**5.** Il comma 2 dell'art. 2112 c.c. disciplina la responsabilità solidale tra cedente e cessionario nel caso di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda. Oggetto dell'obbligazione solidale sono i crediti dei lavoratori ceduti verso il cedente al momento del trasferimento. Quindi, il cessionario assume un obbligo solidale rispetto ai crediti dei lavoratori, sia a titolo retributivo che a diverso titolo, nei confronti del datore di lavoro cedente e maturati fino al momento del trasferimento dell'azienda o del ramo d'azienda; dunque fino a quel momento già entrati nel patrimonio dei lavoratori ceduti. Nell'attuale formulazione della norma, la solidarietà tra cedente e cessionario opera anche nel caso in cui i crediti dei lavoratori non fossero conosciuti dal cessionario al momento del trasferimento d'azienda (Cass. 17 luglio 2002, n. 10348).

Sebbene per lungo tempo la dottrina abbia discusso se i crediti dei lavoratori del cedente, in base a rapporti di lavoro cessati prima del trasferimento d'azienda, fossero da ricomprendere nell'ambito della responsabilità solidale di cui all'art. 2112, comma 2, del c.c., oggi la giurisprudenza di legittimità è chiaramente orientata in senso negativo, ritenendo che si configuri piuttosto a tutela di quei crediti la disposizione meno favorevole di cui all'art. 2560 c.c. (Cass. 19 dicembre 1997, n. 12899).

Appare utile sottolineare che, a differenza della responsabilità solidale negli appalti, quella relativa al trasferimento d'azienda non riguarda i crediti contributivi previdenziali ed assistenziali. Infatti, di questi ultimi non sono direttamente titolari i lavoratori, secondo quanto esplicitamente richiede la legge in tema di solidarietà, ma gli Istituti previdenziali sulla base dei rapporti di lavoro dei lavoratori ceduti (Cass. 16 giugno 2001, n. 8179). Anche per questi,

dunque, invece del regime della solidarietà, opera la tutela del credito prevista dall'art. 2560 c.c.

Sebbene il regime della responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i crediti dei lavoratori ceduti operi necessariamente, senza che i contraenti possano prevedere diversamente, tuttavia la legge consente che il lavoratore ceduto, in quanto titolare del diritto, possa rinunciare ad esso con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 c.c.

Sempre in tema di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, un secondo regime di responsabilità solidale è disciplinato dal comma 6 dell'art. 2112 c.c. La norma potrebbe anche apparire a prima vista pleonastica, in quanto si limita a richiamare la disciplina della responsabilità solidale generale in tema di appalto nel caso di re-internalizzazione mediante appalto del ramo d'azienda ceduto. Tuttavia, la portata innovativa di questa norma risiede non tanto nella disciplina della solidarietà nel caso dell'appalto, ma piuttosto nel fatto che essa sostanzialmente riconosce la legittimità e disciplina il contratto di *outsourcing*, che consiste in una operazione economica complessa perlopiù suddivisibile in due fasi: la prima di *outsourcing* in senso stretto, consistente nella cessione del ramo d'azienda, e la seconda di *insourcing*, cioè di re-internalizzazione del processo produttivo mediante contratti commerciali di appalto. Quindi, le due operazioni economiche, intese singolarmente, ricadono la prima nella disciplina del trasferimento di ramo d'azienda di cui all'art. 2112 c.c., e la seconda nella nozione di appalto di cui all'art. 1655 c.c. In effetti, però, l'operazione economica nel suo complesso è proprio il contratto di *outsourcing*, di cui il comma 6 dell'art. 2112 c.c. pare costituire il recepimento normativo all'interno del nostro ordinamento.

**6.** Una particolare forma di responsabilità solidale è prevista nel caso del distacco comunitario di personale ai sensi del d.lgs. n. 72/2000. Il distacco comunitario è una forma di prestazione temporanea di servizi all'interno dell'Unione europea disciplinata dalla direttiva 96/71/CE, che ha trovato attuazione nel nostro Paese col decreto legislativo n. 72/2000.

Nella sua formulazione originaria (art. 1, comma 3, della direttiva), l'Istituto in esame riguarda sostanzialmente tre distinte ipotesi: a) il caso di impresa comunitaria che distacchi temporaneamente lavoratori presso un diverso Stato membro per l'esecuzione di un appalto; b) il caso di distacco temporaneo di lavoratori all'interno del medesimo gruppo d'impresa; c) la cessione temporanea di lavoratori presso imprese utilizzatrici di un diverso Stato membro da parte di imprese di lavoro temporaneo. Nella prassi, comunque, attualmente l'ipotesi di gran lunga prevalente è la prima, vale a dire l'esecuzione di appalti transazionali come espressione del principio di libera circolazione dei servizi all'interno dell'Unione europea.

Nel recepimento della direttiva, quindi, l'ordinamento del nostro Paese ha previsto un regime speciale di responsabilità solidale ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 72/2000. In effetti, la responsabilità solidale ivi prevista non ricomprende tutte le tipologie di distacco comunitario, ma soltanto il

caso in cui esso si realizzi nell'ambito dell'esecuzione di un appalto interno, coinvolgendo sul piano soggettivo il committente in via solidale rispetto agli obblighi retributivi e normativi che l'impresa distaccante (appaltatore) sia inadempiente nei confronti dei lavoratori distaccati, che ne sono i beneficiari.

Con riferimento alla disciplina nazionale in materia di responsabilità solidale nel contratto di appalto, si deve registrare il fatto che la fattispecie prevista in materia di distacco comunitario potrebbe, in linea di principio, porsi come norma speciale rispetto al regime generale disposto dalla legge Biagi. Tuttavia, esaminando più a fondo la fattispecie particolare, essa risulta, sotto alcuni aspetti, meno estesa rispetto alla norma generale, in quanto si limita ad operare nel solo caso di appalti interni, e non nella generalità dei contratti di appalto. Inoltre, la norma in esame non estende la responsabilità solidale anche agli eventuali subappaltatori. Infine, essa opera entro un anno dalla conclusione dell'appalto, e non entro due anni come nel caso della norma generale. D'altro canto, sotto altri aspetti, la norma speciale appare più estesa rispetto alla disciplina generale sul piano oggettivo, in quanto prevede che la responsabilità solidale operi non solo con riferimento ai trattamenti retributivi, ma anche a non meglio specificati trattamenti normativi dei lavoratori.

Cercando poi di interpretare la norma in esame in rapporto al diritto comunitario, si può in primo luogo osservare che la Corte di Giustizia ha riconosciuto in via generale la legittimità del principio della responsabilità solidale tra impresa che opera in regime di distacco transnazionale ed impresa committente stabilita nel Paese di esecuzione dell'appalto (C. Giust. 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff v. Muller*).

Ciò premesso, però, si deve notare che la formulazione normativa della responsabilità solidale nell'appalto interno transnazionale ha sul piano letterale una portata eccessivamente ampia rispetto ai limiti previsti dalla direttiva. Infatti, l'applicazione del diritto del Paese ospitante, con riferimento alla regolazione dei rapporti di lavoro dei lavoratori distaccati, non può essere intesa come espressione di un principio generale di pari trattamento, perché questo eccederebbe assolutamente i confini della direttiva (per una lucida ed attenta critica del regime di responsabilità solidale *ex art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 72/2000*, si veda G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, XXVII, n. 1). Infatti, la disposizione deve essere letta in senso restrittivo e limitato alle sole materie esplicitamente previste dalla direttiva stessa (art. 3, comma 1), e non può abbracciare l'intero trattamento "normativo" contrattuale, come invece letteralmente recita la norma di recepimento che disciplina la responsabilità solidale nell'appalto interno transnazionale. Al riguardo, l'art. 3, comma 1, della direttiva dispone che si applichino i contratti collettivi del Paese di esecuzione dei servizi solo ed esclusivamente con riferimento ai periodi massimi di lavoro, ai riposi, alle ferie, ai trattamenti retributivi, ed alle altre materie ivi specificamente previste.



Si precisa però che una responsabilità solidale speciale così configurata, la cui portata normativa si è ritenuto dover delimitare sul piano interpretativo, appare comunque di dubbia legittimità con riferimento al diritto comunitario. Infatti, la sola presenza di una norma speciale che operi unicamente nel caso in cui l'appaltatore di un appalto interno sia un'impresa comunitaria e non un'impresa italiana, pur comprensibile al fine di rendere effettive le tutele per una categoria particolarmente debole di lavoratori, come quelli che operano solo temporaneamente nel nostro Paese in esecuzione di appalti di opere o di servizi, appare comunque potenzialmente restrittiva del mercato e sostanzialmente di ostacolo alla libera circolazione dei servizi in ambito comunitario. Infatti, la norma in esame di fatto introduce, attraverso la responsabilità solidale nell'appalto interno transnazionale, una forma di applicazione del principio di parità di trattamento tra dipendenti del committente e dipendenti dell'appaltatore comunitario che non esiste più nel diritto interno, e dunque non è più applicabile agli appalti tra soggetti stabiliti in Italia, almeno dopo l'abrogazione della l. n. 1369/1960 ad opera del d.lgs. n. 276/2003.

7. Dall'esame delle ipotesi di responsabilità solidale fin qui richiamate si possono trarre alcune conclusioni. La prima riguarda il fatto che tutte le fattispecie esaminate si riferiscono a situazioni in cui l'impresa realizza modalità organizzative della produzione riconducibili a processi di esternalizzazione in senso lato (appalto, distacco transnazionale, trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, *outsourcing*), ovvero ad operazioni economiche di internalizzazione del fattore produttivo lavoro, senza l'assunzione delle tipiche obbligazioni datoriali (somministrazione di lavoro). Si tratta, insomma, di ipotesi di organizzazione d'impresa tipiche dei moderni sistemi di produzione, caratterizzati dall'esigenza di soddisfare una maggiore flessibilità organizzativa, a scapito dei processi di internalizzazione e di integrazione della forza lavoro nell'impresa che hanno caratterizzato i modelli di produzione industriale per gran parte del secolo scorso.

Inoltre, alla disintegrazione verticale del processo produttivo dell'impresa l'ordinamento risponde in primo luogo con una presa d'atto delle esigenze dell'impresa stessa, di cui riconosce la legittimità, ed in secondo luogo impone una regolamentazione basata su regimi di responsabilità solidale tra i diversi soggetti imprenditoriali interessati. La responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori appare, quindi, una scelta ormai costante del legislatore nel regolare le situazioni produttive descritte.

Sul piano del diritto del lavoro, dunque, la protezione assicurata ai lavoratori attraverso il vincolo della solidarietà valorizza il collegamento contrattuale tra le operazioni commerciali delle imprese (contratti di appalto, di somministrazione di lavoro, di cessione d'azienda o di ramo d'azienda) ed i contratti di lavoro che interessano i lavoratori coinvolti.

Allo stato dei fatti non pare che si possa sostenere l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale che ricollegghi automaticamente a tutte le operazioni giuridiche ed economiche di esternalizzazione della produzione il

rimedio della responsabilità solidale, tra gli operatori imprenditoriali coinvolti, rispetto alle situazioni creditorie dei lavoratori che costituiscono il fattore lavoro delle relative operazioni economiche d'impresa. Infatti, in alcune significative ipotesi di flessibilità organizzativa mediante esternalizzazione, la legge non ha preso in considerazione la solidarietà quale sistema di tutela dei lavoratori: si veda ad esempio il caso del distacco (art. 30 del d.lgs. n. 276/2003) o del *franchising*.

Tuttavia, anche se non si è di fronte ad un principio generale, il fatto che tutti i casi di esternalizzazione sopra esaminati condividano un sistema di regolazione basato sulla responsabilità solidale dei soggetti imprenditoriali interessati, appare troppo insistente per apparire casuale. Si potrebbe anzi sostenere che esista un filo comune che collega queste diverse fattispecie.

A questo riguardo, una ipotesi interessante e suggestiva potrebbe essere quella di riconoscere anche nel nostro ordinamento una lenta ma progressiva affermazione del principio di origine statunitense della codatorialità (molto recente e completo, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 2010, n. 125, 1-86), secondo il quale il medesimo rapporto di lavoro può far capo a più soggetti datoriali, che utilizzano, organizzano e/o dirigono la prestazione lavorativa del medesimo lavoratore.

Seguendo questo schema concettuale, infatti, nelle ipotesi di esternalizzazione analizzate, la responsabilità solidale costituirebbe il modo in cui la legge impone l'assunzione di obbligazioni relative al rapporto di lavoro a soggetti imprenditoriali che non sono parte formale del rapporto di lavoro stesso, ma che di fatto beneficiano in maniera più o meno intensa, a seconda dell'operazione commerciale di riferimento, delle prestazioni dei lavoratori coinvolti.

Nell'interpretare l'ambito oggettivo della solidarietà, anche la giurisprudenza appare in qualche modo essersi indirizzata su questa strada, più attenta alla sostanza delle scelte d'impresa che alla forma degli strumenti contrattuali utilizzati. Infatti, in questo senso appare significativa la sentenza della Cass. 7 marzo 2008, n. 6208, che ha esteso il sistema della responsabilità solidale prevista per appalti e subappalti ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, anche all'ipotesi in cui l'appaltatore sia un consorzio che ha affidato l'esecuzione del contratto ad una impresa consorziata. In questa ipotesi, infatti, la Corte di Cassazione, definendo il negozio di affidamento tra consorzio e consorziato come «un fenomeno di sub-derivazione del contratto d'appalto e, in definitiva, di “sostanziale subappalto”», non ha fatto altro che valorizzare la sostanza dell'operazione economica posta in essere, indipendentemente dal fatto che il negozio di affidamento tra consorzio e consorziato non sia tecnicamente riconducibile alla figura dell'appalto ma piuttosto a quella del mandato. La scelta sostanziale assolutamente condivisibile della giurisprudenza di legittimità, dunque, in questo caso appare come un probabile indicatore di progressiva estensione delle ipotesi legali della responsabilità solidale nelle operazioni economiche di esternalizzazione della produzione.

Anche sulla base di queste osservazioni, quindi, quello della codatorialità potrebbe essere considerato come un modello dottrinale utile e compatibile con le modalità di produzione d'impresa caratterizzate da disintegrazione verticale dei processi; la qual cosa appare sostanzialmente confermata dalle scelte del legislatore che, ormai in un arco temporale significativo che va indicativamente dalla l. n. 196/1997 sul lavoro interinale fino ad oggi, ha dato a situazioni analoghe risposte omogenee, tutte improntate sulla scelta della responsabilizzazione delle imprese attraverso lo strumento della responsabilità solidale.

Tuttavia, si ritiene che possa essere sostenuta anche una diversa configurazione teorica della solidarietà nell'ambito delle operazioni di disintegrazione verticale dell'impresa e di organizzazione decentrata della produzione, facendo riferimento al principio della responsabilità da contatto sociale, già ampiamente noto nel nostro ordinamento anche se in branche diverse dal diritto del lavoro (sulla responsabilità da contatto sociale come convergenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, si veda C. CASTRONOVO, *Liability between contract and tort*, in T. WILHELMSSON, *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 273. Per una ricostruzione giurisprudenziale: Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712).

In effetti, seguendo questa impostazione, la legge richiederebbe che i processi di esternalizzazione e disintegrazione verticale dell'impresa comportino che l'impresa stessa non possa sfuggire, sul piano dell'equità e della buona fede nei rapporti contrattuali collegati (da un lato gli esaminati contratti commerciali tra imprese, e dall'altro i contratti di lavoro relativi ai lavoratori che materialmente ne consentono la realizzazione), dall'obbligo di rispondere delle eventuali distorsioni che queste modalità di organizzazione e di produzione comportano. In quest'ordine di ricostruzione teorica, infatti, le imprese coinvolte nei processi produttivi di esternalizzazione sarebbero responsabilizzate rispetto ai crediti dei lavoratori coinvolti non tanto sulla base di un proprio obbligo contrattuale rispetto a tali lavoratori, ma piuttosto in considerazione del fatto che i contratti commerciali tra imprese determinano modalità organizzative e di produzione che concretamente incidono sui rapporti di lavoro di chi è chiamato a costituire il fattore produttivo lavoro necessario per la realizzazione dei contratti commerciali posti in essere. In effetti, in quest'ottica, il collegamento contrattuale fra contratto commerciale e contratto di lavoro costituirebbe una forma di contatto sociale qualificato. Si realizzerebbe dunque una forma di responsabilità solidale da contatto sociale qualificato, o meglio da contatto negoziale, che impone ai contraenti veri e propri obblighi di protezione nei confronti di soggetti che, pur non essendo del tutto estranei al negozio, non sono però parti di esso. Infatti, se è vero che nessun contratto lega ad esempio il committente dell'appalto ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore, tuttavia è innegabile che tra l'uno e gli altri avvenga un contatto sociale che consiste nella partecipazione alla medesima operazione economica, che giuridicamente si realizza mediante il collegamento negoziale tra contratto di ap-


palto e contratti di lavoro. Lo stesso avviene nel caso del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda, ovvero nel distacco transnazionale. In sostanza, la medesima operazione economica complessiva a cui più imprenditori partecipano potrebbe essere configurata come il contatto sociale qualificato da cui deriva, come strumento regolatorio imposto dalla legge, la tutela della responsabilità solidale.


Si osserva infine che, nell'ambito di questo tentativo di riconduzione a sistema delle diverse ipotesi di responsabilità solidale esaminate, una proposta di ricostruzione teorica di questo tipo, che suggerisce la configurazione della responsabilità solidale nelle esternalizzazioni come un obbligo di protezione di fonte legale in capo alle imprese coinvolte, potrebbe avere il pregio, rispetto all'ipotesi prospettata della codatorialità, di non implicare la necessità di mettere in discussione il principio generale di unicità della figura datoriale nell'ambito del rapporto di lavoro. In questo senso, infatti, il rapporto di lavoro rimarrebbe unitario, ma resterebbe salvo il principio di assunzione di responsabilità, da parte delle imprese protagoniste dei processi di esternalizzazione e di disintegrazione verticale, nei confronti della forza lavoro impegnata nell'esecuzione di questi processi e nella realizzazione delle relative strategie commerciali.


*Davide Venturi*


*Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro  
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*


### 3. Lavoro irregolare

**3.1.** Circolare Ministero dell'interno 19 febbraio 2010, n. 1396 (in  *archivio storico*, voce *Lavoro irregolare*).

**3.2.** Circolare Ministero dell'interno 18 febbraio 2010, n. 1354 (in  *archivio storico*, voce *Lavoro irregolare*).

**3.3.** Circolare Ministero dell'interno 29 ottobre 2009, n. 6466 (in  *archivio storico*, voce *Lavoro irregolare*).

**3.4.** Messaggio Inps 31 agosto 2009, n. 19147 (in  *archivio storico*, voce *Lavoro irregolare*).

**3.5.** Circolare Inps 10 agosto 2009, n. 101 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 25).

#### **(3.1. – 3.5.) Sanatoria per colf e badanti: profili procedurali e bilancio**

*Sommario:* **1.** La prassi: assunzione di una colf regolare al di fuori della sanatoria e cenni sul contratto di lavoro domestico. – **2.** Sanzioni per il lavoro domestico in

nero. – **3.** Disciplina giuridica della sanatoria: un quadro generale delle norme principali. – **4.** Requisiti per rientrare nella regolarizzazione. – **5.** Come è avvenuta la regolarizzazione: gli step fondamentali della sanatoria. – **6.** Limiti della sanatoria: un bilancio finale.

**1.** Nel caso il lavoratore domestico sia di nazionalità italiana o di Paesi dell'Unione europea, il datore di lavoro può assumere direttamente il lavoratore, dopo aver concordato con quest'ultimo gli elementi fondamentali del contratto, ovvero: orario, retribuzione, ferie ecc.

Il lavoratore può essere assunto anche se non iscritto nelle liste di collocamento, è però necessario che sia in possesso del codice fiscale, di un documento d'identità e della tessera sanitaria aggiornata e rilasciata dall'Asl.

Dato che è ammessa l'assunzione di minori sedicenni, se il lavoratore domestico è minorenni, oltre ai documenti indicati deve presentare: il certificato di idoneità al lavoro, rilasciato dall'ufficiale sanitario dell'Asl di zona dopo visita medica a cura e carico del datore; la dichiarazione dei genitori, o di chi esercita la potestà familiare, con cui si acconsente che il minorenne viva presso la famiglia del datore o, in alternativa, per i minori impiegati a ore o a mezzo servizio, l'autorizzazione scritta di chi esercita la potestà genitoriale.

Il datore che vuole assumere un extracomunitario già residente in Italia deve stipulare con questo un contratto di soggiorno, procedendo come segue. Compilare e sottoscrivere, con il lavoratore straniero, il modulo Q per stipulare il contratto di soggiorno per lavoro e inviare tramite raccomandata al SUI (Sportello Unico per l'Immigrazione) di residenza l'originale del contratto (modulo Q) con allegata la copia di un proprio documento d'identità; quindi consegnare al lavoratore straniero copia del contratto e della ricevuta postale di ritorno. Sulla ricevuta postale è necessario indicare i dati del lavoratore per cui si è richiesto il nulla osta. Il lavoratore extracomunitario dovrà essere in possesso di un permesso di soggiorno valido per lo svolgimento di un'attività lavorativa e sottoscrivere il modulo Q per il contratto di soggiorno per lavoro.

Se il lavoratore extracomunitario non è ancora entrato in Italia, il datore che vuole instaurare un rapporto di lavoro domestico con un extracomunitario residente all'estero, deve attendere la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del decreto flussi dell'anno in corso e presentare la domanda di nulla osta al lavoro.

Le domande di assunzione in formato digitale, fino a un massimo di cinque per ogni datore, dovranno essere inoltrate *on line* nei termini indicati dal decreto flussi.

La domanda di nulla osta viene contestualmente trasmessa alla Questura e alla Dpl competente per l'avvio della pratica.

Il datore viene convocato dal SUI per la consegna del nulla osta – che ha una validità di 6 mesi – e la sottoscrizione del contratto, predisposto dallo stesso Sportello.

Il datore dovrà, in ogni caso, garantire un orario di lavoro settimanale non inferiore a 20 ore e dimostrare di possedere, al netto delle ritenute fiscali, un

reddito annuo (anche derivante dal cumulo dei redditi dei parenti di primo grado non conviventi) di importo almeno doppio rispetto all'ammontare della retribuzione annua dovuta al lavoratore da assumere, maggiorato dei contributi da versare.

Il datore che assume un lavoratore straniero in qualità di assistente familiare, perché affetto lui stesso da patologie o gravi handicap che ne limitano l'autosufficienza, non ha l'obbligo dell'autocertificazione relativa alla sua capacità economica, ma ha l'obbligo di impegnarsi al pagamento delle spese di viaggio per il rientro del lavoratore nel paese di provenienza. Il datore deve altresì impegnarsi a comunicare ogni variazione concernente il rapporto, assicurare la disponibilità di un alloggio adeguato e, al momento della convocazione presso il SUI per la consegna del nulla osta, esibire la ricevuta dell'avvenuta richiesta del certificato di idoneità alloggiativa (rilasciato dal Comune o dall'Asl di competenza); il certificato va richiesto anche nel caso in cui il lavoratore alloggerà presso l'assistito per svolgere le mansioni di assistente alla persona.

Una volta concesso il nulla osta, il SUI lo trasmette insieme al contratto di soggiorno e al codice fiscale, richiesto all'Agenzia delle Entrate, alla competente rappresentanza diplomatico-consolare italiana all'estero, che rilascerà al lavoratore il visto d'ingresso da lui precedentemente richiesto.

Il cittadino extracomunitario, ottenuto il visto d'ingresso presso la rappresentanza diplomatica o consolare italiana all'estero, deve recarsi, entro 8 giorni dall'ingresso in Italia, presso il SUI per firmare sia il contratto che la richiesta di permesso di soggiorno.

La Questura, infine, convocherà il cittadino extracomunitario per la consegna del permesso.

Lo Sportello Unico consegnerà al lavoratore, oltre al contratto di soggiorno, una copia della Carta dei Valori e una guida alle leggi sull'immigrazione predisposta dal Ministero dell'interno, tradotta nella lingua conosciuta dal cittadino straniero.

Il contratto di soggiorno per lavoro, stipulato con il datore mediante il modulo Q, è obbligatorio sia per instaurare un nuovo rapporto di lavoro, che per il rinnovo del permesso di soggiorno. Pertanto, il lavoratore già residente in Italia, che abbia concluso un rapporto e il cui permesso di soggiorno sia prossimo alla scadenza, accettando un'altra offerta di lavoro, può ottenere il rinnovo del permesso presentando il contratto stipulato con il nuovo datore.

Per quanto attiene al contratto, le condizioni di lavoro devono essere concordate tra il datore e il lavoratore in una lettera d'assunzione che dovrà indicare: la data di inizio del rapporto; l'eventuale data di cessazione, se il contratto è a termine; l'eventuale durata del periodo di prova; la categoria di inquadramento e l'anzianità di servizio del lavoratore; la retribuzione pattuita; la convivenza o meno con il datore; le eventuali condizioni del vitto e dell'alloggio; gli orari della prestazione di lavoro; l'eventuale giorno del riposo settimanale e la mezza giornata di riposo settimanale aggiuntiva (in caso di lavoro dipendente

con impegno costante); il periodo concordato per il godimento delle ferie annuali; la previsione di eventuali temporanei spostamenti per villeggiatura o altri motivi familiari.

I lavoratori sono inquadrati in quattro livelli, a ciascuno dei quali corrispondono due parametri retributivi, normale e super:

– Livello A. Appartengono a questo livello i collaboratori generici, non addetti all'assistenza di persone, sprovvisti di esperienza o con esperienza (maturata anche presso datori diversi) non superiore a 12 mesi, nonché i lavoratori che svolgono con competenza le proprie mansioni a livello esecutivo e sotto il diretto controllo del datore. Profili A "normale": collaboratore generico in prima formazione, addetto alle pulizie, addetto alla lavanderia, aiuto di cucina, stalliere, assistente ad animali, addetto alla pulizia e annaffiatura delle aree verdi, operaio comune. Profili A "super": addetto alla mera compagnia di persone autosufficienti, baby sitter con mansioni occasionali e/o saltuarie di mera vigilanza di bambini in occasione di assenze dei familiari.

– Livello B. Appartengono a questo livello i collaboratori familiari che, in possesso della necessaria esperienza, svolgono con specifica competenza le proprie mansioni, ancorché a livello esecutivo. Profili B "normale": collaboratore polifunzionale, custode, addetto alla stireria, cameriere, giardiniere, operaio qualificato, autista. Profili B "super": assistente a persone (anziani o bambini) autosufficienti con mansioni connesse al vitto e alla pulizia della casa.

– Livello C. Appartengono a questo livello i collaboratori che, in possesso di specifiche conoscenze di base, operano con totale autonomia e responsabilità. Profili C "normale": cuoco, addetto alla preparazione delle pietanze e all'approvvigionamento delle materie prime. Profili C "super": assistente a persone non autosufficienti, senza diploma professionale, con mansioni connesse al vitto e alla pulizia della casa.

– Livello D. Appartengono a questo livello i collaboratori che, in possesso dei necessari requisiti professionali, ricoprono specifiche posizioni di lavoro caratterizzate da responsabilità, autonomia decisionale e/o coordinamento. Profili D "normale": amministratore di beni di famiglia, maggiordomo, governante, capo cuoco, capo giardiniere, istitutore. Profili D "super": assistente a persone (anziani o bambini) non autosufficienti in possesso di diploma professionale o di un attestato specifico (es. assistente geriatrico) con mansioni connesse al vitto e alla pulizia della casa, direttore di casa.

I versamenti effettuati all'Inps dal datore consentono al lavoratore di accedere alle prestazioni assicurative e pensionistiche, se in possesso dei requisiti richiesti dalla legge: prestazioni a carico Inps, assegno per il nucleo familiare, indennità di disoccupazione, indennità di maternità, indennità antitubercolosi, cure termali, assegno di invalidità, pensione di inabilità, pensione di anzianità, pensione di vecchiaia, pensione ai superstiti o di reversibilità.

**2.** Il datore ha l'obbligo di comunicare all'Inps l'assunzione e l'eventuale trasformazione o cessazione del rapporto. Se il datore omette o ritarda la comu-

nicazione obbligatoria all'Inps, deve pagare una sanzione amministrativa alla Dpl che va da 200 a 500 euro per ogni lavoratore di cui non si è comunicata l'assunzione. Questa sanzione amministrativa può essere cumulata con la sanzione prevista per la mancata iscrizione all'Inps e/o alla sanzione civile prevista per l'omesso pagamento dei contributi.

In caso di mancata iscrizione del lavoratore domestico all'Inps, la Dpl può applicare al datore una sanzione che va da 1.500 a 12.000 euro per ciascun lavoratore "in nero", maggiorata di 150 euro per ciascuna giornata di lavoro effettivo, cumulabile con le altre sanzioni amministrative e civili previste contro il lavoro nero.

Nel caso di "lavoro nero" (lavoratore assunto senza comunicazione e senza iscrizione all'Inps), la legge prevede che, per l'omesso pagamento dei contributi di ogni lavoratore, il datore debba pagare le sanzioni civili al tasso del 30% in base annua, calcolate sull'importo dei contributi evasi con un minimo di 3.000 euro, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata. Quindi, anche per una sola giornata di lavoro "in nero", il datore può essere punito con la sanzione minima applicabile di 3.000 euro.

Il versamento tardivo dei contributi comporta l'applicazione al datore di sanzioni pecuniarie, da parte dell'Inps, al tasso vigente alla data di pagamento o di calcolo (attualmente pari al 7% in base annua) e per un massimo del 40% sull'importo dovuto nel trimestre o sulla cifra residua da pagare. Questo tasso di interesse si applica a condizione che il datore effettui spontaneamente il versamento entro i 12 mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi, prima di contestazioni o richieste da parte di Inps, Inail e Dpl. Se questo termine non viene rispettato, si ricade nel caso dell'evasione contributiva, sanzionata con un'aliquota del 30% in base annua sull'importo evaso nel trimestre.

**3.** La regolarizzazione di colf e badanti è disciplinata dall'art. 1-ter del d.l. n. 78/2009, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102, e integrata da successivo Vademecum che illustra in dettaglio la procedura di regolarizzazione. Con tale norma il Governo ha inserito all'interno del c.d. "pacchetto anticrisi" (l. 3 agosto 2009, n. 102, art. 1-ter) un emendamento che ha stabilito la procedura di emersione dei rapporti di lavoro irregolari.

Secondo la normativa, i datori che al 30 giugno 2009 avevano impiegato irregolarmente da almeno 3 mesi lavoratori italiani, comunitari o extracomunitari potevano avvalersi della procedura di emersione dal lavoro irregolare.

Per i lavoratori extracomunitari la procedura è stata di competenza del Ministero dell'interno: si è trattato di una procedura *on line* attraverso la quale le posizioni degli extracomunitari privi di titoli di soggiorno, che abilitavano allo svolgimento di un'attività lavorativa, sono state di fatto regolarizzate con tutte le problematiche e le difficoltà dei singoli casi.

Dal 1° ottobre 2009 il SUI ha ricevuto le domande, ha acquisito il parere della Questura su eventuali motivi ostativi al rilascio del permesso, ha convocato il datore e il lavoratore per la verifica delle dichiarazioni rese per via informati-



ca nella domanda di emersione, previa acquisizione delle documentazioni reddituali o sanitarie necessarie; infine il SUI ha proceduto parimenti alla verifica dell'avvenuto versamento del contributo di 500.00 euro e altresì alla verifica del codice identificativo dell'imposta di bollo.

Dall'entrata in vigore della legge e fino alla conclusione del procedimento volto all'emersione, sono stati sospesi i procedimenti penali e amministrativi nei confronti dei datori e dei lavoratori interessati per le violazioni delle norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio, nonché delle norme relative all'impiego di lavoratori di carattere finanziario, fiscale, previdenziale e assistenziale.

Per i lavoratori italiani, comunitari ed extracomunitari muniti di permesso di soggiorno per lavoro subordinato in corso di validità, l'iscrizione del rapporto di lavoro all'Inps ha quindi comportato l'estinzione degli illeciti amministrativi.

L'Inps, con circ. 10 agosto 2009, n. 101 (in epigrafe), a seguito della emanazione della l. n. 102/2009, ha dettato talune disposizioni in materia di legalizzazione del lavoro irregolare, chiarendo alcuni adempimenti di competenza Inps.

Con risoluzione n. 209/E dell'11 agosto 2009, l'Agenzia delle Entrate ha poi precisato che sono stati istituiti i codici tributo da indicare per il versamento del contributo per l'emersione di lavoratori italiani, comunitari ed extracomunitari occupati in attività di assistenza e lavoro domestico (badanti e colf).

Il 31 agosto 2009 il Ministero del lavoro, il Ministero dell'interno e l'ANCI hanno siglato un protocollo di intesa riguardante la collaborazione per l'attività di informazione relativa alle dichiarazioni di emersione.

L'Inps, con messaggio del 31 agosto 2009, n. 19147 (in epigrafe), è intervenuto in materia di acquisizione delle dichiarazioni presentate all'Inps ai sensi dell'art. 1-ter, comma 2, lett. a, della l. 3 agosto 2009, n. 102, in particolare in tema di assistenza all'utenza per la stampa del modello F24.

Con la circ. 29 ottobre 2009, n. 6466 (in epigrafe), il Ministero dell'interno ha affrontato la questione relativa alla possibilità per il datore di rinunciare all'istanza di emersione presentata nel settembre del 2009. Si è ritenuta possibile la rinuncia solo dopo che il datore abbia perfezionato la volontà di regolarizzare il lavoratore attraverso il pagamento dei 500 euro, la firma del contratto e la comunicazione obbligatoria dell'assunzione all'Inps. La rinuncia formalizzata tramite presentazione al SUI ha comportato l'archiviazione del procedimento di emersione e la cessazione della sospensione dei procedimenti sanzionatori. Nel caso in cui la rinuncia è stata determinata da decesso della persona da assistere, è stato consentito il subentro di un componente del nucleo familiare del defunto.

Il Ministero del lavoro ha poi pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 2 novembre 2009, il decreto 2 settembre 2009, contenente le modalità di corresponsione delle somme e degli interessi dovuti per la regolarizzazione, a titolo di con-

tributi relativi a periodi lavorativi antecedenti il trimestre sanato con il pagamento del contributo forfetario.

Con circ. 1° dicembre 2009, il Ministero dell'interno ha chiarito che l'avvenuto pagamento del contributo forfetario può considerarsi manifestazione espressa di volontà del datore di procedere alla regolarizzazione del rapporto con il cittadino extracomunitario.

Con circ. 7 dicembre 2009, il Ministero dell'interno ha da ultimo precisato che l'estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi, relativi alle violazioni previste dalla l. n. 102/2009, deriva esclusivamente dal completamento della procedura di emersione, attraverso la sottoscrizione del contratto di soggiorno presso lo Sportello Unico, la comunicazione dell'assunzione all'Inps e la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno da parte del lavoratore straniero.

Con messaggio 9 dicembre 2009, n. 28660, l'Inps ha definito tre situazioni tipo:

1) *Rapporto di lavoro che si costituisce, per subentro, con datore diverso dall'originario richiedente.*

Il funzionario Inps in questo caso ha acquisito due rapporti di lavoro: il primo, con il datore originario, inserendo come «data di sottoscrizione del contratto di soggiorno» la data del decesso dell'assistito, che coincide anche con la data di cessazione del rapporto; il secondo, con il soggetto subentrante, anche con dati diversi da quelli della domanda di emersione originaria relativamente alle caratteristiche del rapporto di lavoro, con data di assunzione corrispondente al giorno successivo al decesso, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 1-ter, comma 4, l. n. 102/2009, come da accertamenti svolti dal SUI al momento della convocazione e stipula del contratto di soggiorno.

Qualora il subentro di un familiare non è avvenuto, il SUI ha desunto dalla domanda di emersione i dati relativi al rapporto di lavoro e, quindi, ha inserito come cessazione la data del decesso.

2) *Presa d'atto dello Sportello Unico del sopravvenire di causa di forza maggiore o di rinuncia che impedisce il perfezionamento del procedimento di emersione e rilascio di permesso per attesa occupazione al lavoratore interessato.*

Il funzionario in questo caso ha acquisito il rapporto di lavoro e la relativa cessazione alla data definita da parte dello Sportello Unico.

3) *Mancato perfezionamento del procedimento di emersione per rinuncia immotivata o mancata presentazione allo Sportello Unico per la formalizzazione della rinuncia.*

Il funzionario, tenuto conto che decadono tutti i benefici previsti dalla sanatoria, ha acquisito questi rapporti di lavoro in procedura intranet senza la preventiva selezione prevista per l'emersione, con l'applicazione di tutte le sanzioni previste dalla normativa generale nei casi di assunzione di lavoratori extracomunitari privi del permesso.

Il Ministero dell'interno, con la circ. 23 dicembre 2009, prot. n. 0008456, ha chiarito i casi relativi all'impossibilità del datore di andare presso il SUI per la

firma del contratto di soggiorno. In questo caso, il coniuge, i figli o altri parenti, in linea retta o collaterale fino al terzo grado, possono sottoscrivere il contratto di soggiorno per conto del proprio congiunto, facendo ricorso, oltre che ad apposita procura notarile, anche a delega o mandato con firma autenticata da un funzionario del Comune di residenza del datore.

Nel caso in cui si è dovuto procedere al cumulo dei redditi, si è inteso per nucleo familiare non soltanto quello costituito dai familiari che hanno la medesima residenza, ma anche la c.d. "famiglia anagrafica", che comprende un insieme di persone legate da vincolo di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti e aventi dimora abituale nello stesso Comune.

L'Inps è intervenuta con messaggio 29 dicembre 2009, n. 30264, dove ha poi semplicemente ricordato la spedizione dei bollettini per il pagamento dei contributi per i domestici extracomunitari per i quali era in corso la procedura di emersione.

Con circ. 18 febbraio 2010, n. 1354 (in epigrafe), il Ministero dell'interno ha confermato che la mancata presentazione delle parti, senza giustificato motivo, ha comportato l'archiviazione del procedimento e la conseguente cessazione della sospensione dei procedimenti penali e amministrativi nei confronti del datore e del lavoratore extracomunitario.

Infine, con circ. 19 febbraio 2010, n. 1396 (in epigrafe), il Ministero dell'interno ha precisato che, nel caso in cui il lavoratore straniero è alloggiato presso il datore o è ospite di un terzo, è necessario esibire al SUI il certificato di conformità dell'alloggio oppure la cessione di fabbricato per ospitalità presentata dal datore alle competenti Autorità di PS.

**4.** Si riassumono di seguito quelli che, a suo tempo, sono stati identificati come i requisiti principali per rientrare nella regolarizzazione, brevemente abbiamo:

*Requisiti per il lavoratore.*

I lavoratori che hanno potuto chiedere la regolarizzazione sono cittadini italiani, comunitari o extracomunitari fondamentalmente con due condizioni: in possesso di titolo di soggiorno, in corso di validità, che consente lo svolgimento di attività di lavoro subordinato non stagionale; oppure irregolarmente presenti sul territorio, in possesso di passaporto o altro documento valido per l'espatrio che svolgono mansioni di collaboratore familiare.

In entrambi i casi, i lavoratori extracomunitari avrebbero dovuto svolgere mansioni di collaboratori familiari e, al 30 giugno 2009, essere stati occupati da almeno 3 mesi irregolarmente e continuare ad esserlo alla data della domanda. Non era previsto alcun pagamento di contributi a carico del lavoratore e nessuna sanzione.

Nel caso del lavoratore extracomunitario irregolarmente presente sul territorio, la data di ingresso indicata sul modello di richiesta del permesso doveva essere compatibile con la dichiarazione del datore.

Non sono stati ammessi alla regolarizzazione gli extracomunitari se nei loro confronti è stato emesso provvedimento di espulsione per motivi di sicurezza, di ordine pubblico o di terrorismo, e gli stessi sono risultati condannati (anche in caso di sentenze non definitive).

Dal 5 agosto 2009 e fino alla definizione della pratica, il clandestino in fase di emersione non poteva più essere espulso e nei suoi confronti sono stati sospesi i procedimenti penali e amministrativi per la violazione delle norme sull'ingresso in Italia. Reati e illeciti amministrativi sono stati estinti definitivamente quando la regolarizzazione è andata a buon fine, con la contestuale firma del contratto di soggiorno, presentazione all'Inps dell'assunzione e rilascio del permesso.

*Requisiti per il datore.*

Sono stati equiparati ai datori domestici anche alcune particolari persone giuridiche, ad esempio, casi di convivenze in comunità religiose, convivenze militari con lavoratori addetti al servizio dei conviventi, comunità senza fini di lucro, indipendentemente dal numero dei componenti. Non rientravano nella casistica: gli alberghi, le pensioni, gli affittacamere e le cliniche private; nonché i collegi-convitti, anche se esercitati senza fini di lucro.

I datori domestici potevano essere italiani, comunitari residenti in Italia, extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo (ex carta di soggiorno), extracomunitari in possesso di carta di soggiorno in quanto familiari di cittadino comunitario, apolidi.

Hanno potuto aderire alla regolarizzazione anche i familiari non conviventi con i soggetti che necessitano di assistenza (es. il figlio per la madre).

Tali datori alla data del 30 giugno 2009 avrebbero dovuto aver occupato, da almeno 3 mesi irregolarmente e senza interruzione, personale per i lavori in famiglia e avrebbero dovuto aver continuato a occuparli alla data della domanda. Naturalmente, detti datori avrebbero potuto anche sanare periodi precedenti al 1° aprile 2009, ma le richieste effettive in tal senso sono state piuttosto esigue, perché sanare per periodi antecedenti avrebbe voluto dire versare maggiori contributi.

Il datore ha provveduto poi al pagamento di 500 euro per ogni lavoratore, dichiarando parimenti la sussistenza del rapporto dal 1° al 30 settembre 2009.

Per i lavoratori italiani, comunitari o extracomunitari in possesso di titolo di soggiorno che consentiva lo svolgimento di attività di lavoro subordinato non stagionale, la domanda di emersione andava presentata all'Inps su modello LD-EM2009. La domanda così presentata doveva contenere una serie di elementi documentali, ovvero: dati ed estremi dei documenti delle parti, ricevuta del pagamento di 500 euro, attestazione dell'occupazione, data di inizio, orario di lavoro, qualifica di colf o badante, retribuzione ora/mese.

Per gli extracomunitari clandestini, invece, la domanda è stata presentata direttamente al SUI, fino al 30 settembre 2009, ciò ha comportato la rinuncia alla richiesta di nulla osta presentata con i flussi non stagionali 2007/2008. Ogni nucleo familiare ha potuto regolarizzare al massimo una colf e due ba-

danti. I datori hanno dovuto dichiarare la sussistenza del rapporto di lavoro almeno dal 1° aprile e per i 3 mesi successivi, nonché l'esistenza del rapporto stesso ancora al 30 settembre 2009.

Per quanto attiene al reddito, per l'assunzione di una colf era necessario un reddito imponibile (da dichiarazione redditi 2008) non inferiore a 20.000 euro annui, per nuclei di un solo soggetto percettore di reddito, e non inferiore a 25.000 euro annui per nuclei di più soggetti conviventi e percettori di reddito. Si è trattato naturalmente del reddito imponibile al lordo delle imposte.

Per la determinazione del reddito poteva essere presa in considerazione anche la disponibilità di un reddito esente da dichiarazione annuale e/o da CUD (es. assegno di invalidità).

Per l'assunzione della badante, invece, non era indispensabile il requisito del reddito, ma doveva essere presentata al SUI idonea certificazione della struttura sanitaria pubblica (Asl) o della commissione medica che certificava l'invalidità del badato.

**5.** Il processo per la sanatoria si è sviluppato in 4 fasi.

*Prima fase: Presentazione della domanda telematica dal 1° al 30 settembre 2009.* La domanda doveva contenere: dati del datore, estremi del titolo di soggiorno, generalità del lavoratore, estremi del passaporto o altro titolo valido, tipologia e modalità di impiego (qualifica, orario, ecc.), attestazione del reddito adeguato (per colf), impegno a presentare dichiarazione del medico (per badante), dichiarazione di retribuzione non inferiore al Ccnl (in ogni caso una retribuzione mensile non inferiore al minimo previsto per l'assegno sociale), estremi della ricevuta di pagamento dell'importo forfettario, proposta del contratto di soggiorno ex d.lgs. n. 286/1998 5-bis, sistemazione alloggiava, dati dell'alloggio, locazione a carico del datore.

*Seconda fase: Invio della domanda (dal 1° al 30 settembre 2009).* Gli intermediari erano tenuti a consegnare la ricevuta al datore di lavoro. La data della dichiarazione era considerata quella di acquisizione da parte del sistema informatico del Ministero.

*Terza fase: Convocazione delle parti allo Sportello Unico SUI della Prefettura.* La convocazione è avvenuta dopo la verifica in ordine cronologico dell'ammissibilità della dichiarazione da parte della Questura che ha rilasciato il nulla osta.

*Quarta fase: Presentazione delle parti al SUI.* Nel giorno di convocazione occorreva presentare: ricevuta del pagamento di 500 euro, certificazione dell'Asl o del medico, marca da bollo da 14,32 euro (codice a barre già indicato nella domanda), documentazione relativa al reddito 2008 e CUD 2009 (solo per la regolarizzazione di colf).

Se la documentazione risultava insufficiente, poteva essere integrata con una nuova convocazione.

La mancata presentazione delle parti senza giustificato motivo ha comportato l'archiviazione del procedimento in corso.

Nel caso in cui la domanda sia stata dichiarata irricevibile, archiviata o rigettata, non si è avuto in alcun caso la restituzione dei 500 euro.

Inoltre, se il datore è deceduto nel corso dell'iter, la domanda è stata rigettata, a meno che uno dei familiari non sia subentrato nel rapporto.

Se la pratica è stata archiviata o rigettata, la sospensione dei procedimenti penali e amministrativi è cessata.

Al SUI erano presenti: un operatore per la Prefettura, che ha controllato la corrispondenza tra i dati della domanda presentata *on line* e i documenti richiesti per il perfezionamento della pratica; un ispettore del Ministero del lavoro, che ha controllato l'inquadramento contrattuale e la sussistenza delle condizioni di reddito; infine un operatore Inps che ha acquisito la domanda ai fini del pagamento dei contributi.

La convocazione presso il SUI, se i documenti erano regolari, si è conclusa con la stipula del contratto di soggiorno e il rilascio del codice fiscale.

Il datore, in giornata, ha dovuto poi recarsi con il lavoratore in un ufficio postale per spedire il plico e pagare la relativa tassa.

Era comunque possibile, concluso l'iter burocratico, verificare lo stato della pratica attraverso un link presente sul sito del Ministero dell'interno.

**6.** Ci si può chiedere a questo punto quali siano i reali limiti della sanatoria, ovvero se quella che sta per concludersi può essere considerata vera sanatoria. Il controllo da parte della commissione del SUI è stato un controllo di natura formale, limitato alla verifica della presenza dei requisiti richiesti dalla legge, ma quasi mai è entrato nel merito.

Quanti dei rapporti regolarizzati sono stati tali? Quanti davvero erano reali domestici e non amici o lavoratori in nero del datore, che utilizzavano questa occasione per poter regolarizzare la propria posizione? Forse la normativa avrebbe dovuto porre dei limiti più stringenti, entrare anche nel merito della regolarizzazione o, più semplicemente, non contemplare solo il lavoro domestico come possibile rapporto da regolarizzarsi, ma anche altre tipologie di rapporto di lavoro subordinato.

Per non parlare dei ravvedimenti operosi effettuati *ex post* per raggiungere i limiti di reddito necessari per poter attuare la regolarizzazione, quando il reddito in prima seduta della commissione veniva reputato insufficiente per procedere alla regolarizzazione dei lavoratori.

Altro *punctum dolens* sono state le autodichiarazioni di parentela tra extracomunitari ai fini della regolarizzazione: diverse Dpl hanno acquisito le autodichiarazioni ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, ma quanti erano effettivamente i rapporti di parentela reali? Si pensi a quelli tra cugini dove, ad esempio, i cognomi sono diversi e dallo stato di famiglia, ovviamente, tale legame non emerge.


Problematiche si sono poste anche per le badanti, dove, pur non essendo necessario il requisito del reddito, sono emerse perplessità in tema di certificazioni circa lo stato di salute del badato, là dove non esisteva a monte una dichiarazione della commissione medica; la certificazione doveva infatti perve-


nire necessariamente dal medico dell'Asl e talvolta questa acquisizione non è stata semplice perché la patologia non era ben identificata o circoscritta, tale da compromettere l'autosufficienza del badato.

Certamente questa sanatoria si è rivelata insufficiente a regolarizzare la stragrande maggioranza dei lavoratori clandestini che operano nel nostro paese, da qui l'auspicio che il Parlamento intervenga per regolarizzare il fenomeno dell'immigrazione con interventi di diversa natura, più mirati e atti a garantire quelli che sono i diritti fondamentali del lavoratore immigrato, perché solo la regolarizzazione del fenomeno in maniera dettagliata può consentire una pacifica convivenza tra lavoratori.

*Anna Rita Caruso  
Ispettore del lavoro*

#### 4. Salute e sicurezza

**4.1.** Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) 17 giugno 2008, n. 593 (in  indice A-Z, voce *Lavoro transnazionale* (legge applicabile)).

**4.2.** Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, come modificato dal decreto legislativo 3 agosto 2009, n. 106 (in  indice A-Z, voce *Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*).

#### **(4.1. – 4.2.) Considerazioni in merito ai profili prevenzionistici del lavoro transnazionale in caso di distacco e trasferta all'estero**

*Sommario:* **1.** Impostazione del problema: la legge applicabile al rapporto di lavoro funzionalmente transnazionale. – **2.** Articolazione dell'obbligo prevenzionistico in caso di missione all'estero del lavoratore in paesi non comunitari. – **3.** Articolazione dell'obbligo prevenzionistico in caso di missione all'estero del lavoratore in paesi comunitari e coordinamento con la direttiva 96/71/CE. – **4.** I limiti dell'applicazione della disciplina prevenzionistica in caso di fattispecie transnazionali.

**1.** Le imprese che esercitano la propria attività sui mercati stranieri ricorrono frequentemente all'invio all'estero di propri lavoratori, in trasferta ovvero in distacco. Sopravvengono così elementi di estraneità che pongono problemi specifici in termini di individuazione della disciplina applicabile, tanto più rilevanti per materie quali quella prevenzionistica, che si connotano nel quadro comparato per il carattere imperativo della regolazione.

Il tema deve essere considerato con riferimento, in primo luogo, al conflitto di leggi tra gli ordinamenti interessati: se l'esecuzione all'estero dell'attività la-

vorativa, seppure solo temporaneamente, è idonea ad incidere sulla individuazione della legge applicabile e come debbano essere coordinate la *lex contractus* individuata sulla scorta del metodo conflittuale e le disposizioni di applicazione territoriale in vigore nel paese di destinazione.

Va detto, infatti, che il ricorso alla soluzione internazional-privatistica e al metodo conflittuale rimane imprescindibile per l'ipotesi di invio del lavoratore in missione tanto in paesi extracomunitari, quanto nello spazio dell'Unione europea. Nel primo caso, la sussistenza di un diritto uniforme di natura internazionale e fonte convenzionale riguarda piuttosto i profili di regolazione previdenziale e tributaria della fattispecie transnazionale (il riferimento è alle convenzioni di sicurezza sociale e alle convenzioni contro la doppia imposizione). Nell'Unione europea, il processo di armonizzazione relativamente alla regolazione del rapporto di lavoro, vincolato agli spazi della competenza comunitaria, non ha raggiunto un livello tale da poter fare a meno del ricorso ai sistemi di diritto internazionale privato per l'individuazione della legge applicabile al contratto di lavoro.

Nello spazio comunitario risultano, infatti, oggi definitivamente uniformati, solo i criteri di individuazione della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e, segnatamente, al contratto di lavoro, a seguito della piena operatività del regolamento 17 giugno 2008, n. 593 (c.d. Regolamento Roma I, in epigrafe), applicabile ai contratti conclusi a decorrere dal 17 dicembre 2009 (cfr. art. 28). A fronte della estensione della competenza comunitaria alla cooperazione giudiziale in materia civile (con il Trattato di Amsterdam), il regolamento traduce, con modifiche, in strumento comunitario direttamente applicabile e con efficacia *erga omnes* la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975, ed entrata in vigore il 1° aprile 1991), convenzione di ispirazione comunitaria, a cui negli anni, hanno progressivamente aderito i paesi che entravano a far parte della Comunità. Il regolamento si applica dunque nello spazio comunitario eccezion fatta per Regno Unito e Danimarca, per i quali è ancora applicabile la convenzione.

Il regolamento conserva il carattere universale della convenzione (cfr. art. 2) di modo che la legge individuata sulla base dei relativi criteri di collegamento si applica indipendentemente dal fatto che si tratti dell'ordinamento di uno Stato membro ovvero di un paese non comunitario.

Con riferimento al contratto e al rapporto di lavoro, il regolamento (e prima la convenzione) confermano, rispetto alle altre ipotesi contrattuali, il ruolo privilegiato dell'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile. Tuttavia, la peculiare istanza di tutela del lavoro è assicurata imponendo il limite in virtù del quale la scelta compiuta delle parti in merito alla legge applicabile non può privare il lavoratore della tutela che gli sarebbe assicurata dalle norme imperative (alle quali le parti non possono derogare per contratto) previste nell'ordinamento che sarebbe competente applicando i criteri di collegamento sussidiari rilevanti in assenza della scelta (cfr. art. 6 della convenzione e, ora,



art. 8, § 1, del regolamento). La Relazione Giuliano-Lagarde (cfr. *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, in *GUCE*, 31 ottobre 1980, C 282, 1-50) spiega che «se la legge applicabile in base [ai criteri sussidiari di collegamento] accorda ai lavoratori una protezione maggiore di quella risultante dalla legge scelta dalle parti, non ne consegue che la scelta di tale legge sia, nel suo insieme, inefficace. Al contrario, in tal caso, la legge scelta resta in linea di principio applicabile. Nella misura in cui le disposizioni della legge applicabile [in base ai criteri oggettivi] proteggono i lavoratori meglio della legge scelta, per esempio accordando loro un più lungo termine di preavviso, esse prevalgono sulle corrispondenti disposizioni di quest'ultima e si applicano in loro vece. Le disposizioni imperative cui le parti non possono derogare sono non solo le disposizioni relative al contratto di lavoro propriamente detto, bensì anche le disposizioni, quali quelle relative all'igiene e alla sicurezza dei lavoratori, che sono qualificate in alcuni Stati membri come disposizioni di diritto pubblico».

L'obbligo di sicurezza rientra quindi pacificamente, alla stregua delle altre obbligazioni derivanti dal contratto (cfr. art. 10, § 1, convenzione e art. 12, par 1, regolamento), nell'ambito di applicazione della *lex contractus* individuata sulla base del regolamento. Quanto ai profili di regolazione pubblicistica della materia, rileva l'insegnamento secondo cui la relativa disciplina contenuta nella *lex contractus* può ritenersi richiamata in virtù delle norme di conflitto nella misura in cui, avendo ad oggetto la materia dalle stesse regolata (segnatamente, in questo caso, il contratto di lavoro e l'obbligo di sicurezza), incide direttamente sui rapporti tra privati. Rimangono invece di applicazione territoriale i profili connessi al rapporto tra stato e cittadini ovvero tra cittadini ed altri enti pubblici (cfr. E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, Utet, Torino, 1972-1973, v. 1).

Al di là dell'operatività dei limiti sopra richiamati alla autonomia delle parti con riferimento al contratto di lavoro, è verosimile presupporre che, trattandosi di missioni all'estero di carattere temporaneo, le parti non si siano poste, al momento della stipulazione del contratto, alcun problema in merito alla legge applicabile. È chiaro peraltro che le parti possono accordarsi anche successivamente sulla legge applicabile, rimanendo confermati i limiti sopra individuati, e che una tale opzione sarà però considerata per i casi in cui la permanenza all'estero, seppure non definitiva, sia destinata a protrarsi per un periodo di tempo significativo. Generalmente in questo caso, le parti contrattuali ricorrono ad una sospensione convenzionale del rapporto di lavoro, con contestuale stipulazione del contratto sottoposto alla legge del paese di destinazione. Al riguardo, peraltro, come di seguito sottolineato, anche tale soluzione non necessariamente incide sull'ordinamento naturalmente competente, là dove si possa comunque parlare di un'assegnazione all'estero temporanea che non muta, in quanto tale, la sede abituale di lavoro (cfr. *infra*).

Nelle ipotesi considerate, hanno in ogni caso rilevanza specifica i criteri oggettivi di collegamento. In virtù di tali criteri il contratto di lavoro è disciplinato dalla legge del paese nel quale (o, in mancanza, a partire dal quale) il lavoratore svolge abitualmente la prestazione lavorativa in esecuzione del contratto. Il regolamento precisa, inoltre, che il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non deve ritenersi mutato quando il lavoratore svolge la propria attività lavorativa in un paese diverso in modo temporaneo. Ove il criterio della sede abituale di lavoro non sia applicabile nel caso concreto, il regolamento individua il criterio sussidiario della sede di assunzione del lavoratore. In entrambi i casi, se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso trova applicazione l'ordinamento di tale diverso paese (cfr. art. 8, §§ 2, 3 e 4).

La formulazione finale del regolamento conferma sostanzialmente, anche sul piano dei criteri oggettivi, il precedente art. 6 della convenzione di Roma, limitandosi a chiarire in maniera inequivoca la prevalenza, in ogni caso, del criterio del collegamento più stretto e l'individuazione, per questa via, del centro di gravità del rapporto di lavoro al di là delle apparenze, tenendo conto, sul punto, della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'art. 18 del regolamento Bruxelles I e la sua concezione ampia del luogo abituale di lavoro (così, N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, 'disposizioni imperative del diritto comunitario' e 'leggi di polizia' nella proposta di Regolamento 'Roma I'*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al Regolamento Roma I*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 101-128, qui 116; vedi anche B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008, qui 92-96 che analizza la formulazione finale accolta dal regolamento alla luce del dibattito sui lavori preparatori e della proposta formulata dalla Commissione).

Resta invece irrisolta, sul piano testuale, la questione espressa del coordinamento tra regolamento Roma I e direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (su cui *amplius* il § 3, che segue). La Commissione aveva infatti proposto di esplicitare che «work carried out in another country shall be regarded as temporary if the employee is expected to resume working in the country of origin after carrying out his tasks abroad» e anche, con specifico riferimento al distacco intragruppo, che «the conclusion of a new contract of employment with the original employer or an employer belonging to the same group of companies as the original employer does not preclude the employee from being regarded as carrying out his work in another country temporarily» (cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a regulation of the european parliament and the council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, Bruxelles, 15 dicembre 2005, COM(2005)650 final).

Peraltro le relative indicazioni sembrano potersi richiamare sul piano interpretativo con riferimento alla valutazione *ex ante* della temporaneità dell'assegnazione, quanto in relazione alla opportunità di considerare comun-

que immutato il luogo di lavoro (fermo il criterio del collegamento più stretto) allorché di distacco all'estero è realizzato attraverso la sospensione del rapporto di lavoro e la contestuale stipulazione di un nuovo contratto (cfr. al riguardo le considerazioni svolte sopra in merito alla scelta della legge applicabile); ipotesi, quest'ultima, espressamente esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori, che presuppone il permanere del contratto di lavoro con l'originario datore di lavoro (cfr. *infra*, § 3).

Va poi ricordato che la disposizione convenzionale non è stata oggetto di interpretazione uniforme ad opera della Corte di giustizia poiché i due protocolli che attribuiscono la competenza alla Corte comunitaria sono entrati in vigore solo in tempi relativamente recenti (il 1° agosto 2004, con la ratifica del Belgio) e che in materia di contratto di lavoro risulta ad oggi pendente, senza che siano state neppure ancora formulate le conclusioni dell'avvocato generale, il rinvio pregiudiziale del 18 gennaio scorso, da parte della Cour d'appel del Lussemburgo, in relazione alla questione «se la norma di conflitto definita dall'art. 6, n. 2, lett. a), della convenzione di Roma 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali [oggi art. 8, n. 2, lett. a, regolamento di Roma], che enuncia che il contratto di lavoro è disciplinato dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro, debba essere interpretata nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore esegua la prestazione lavorativa in diversi paesi, ma ritorni sistematicamente in uno di essi, questo paese debba essere considerato come quello dove il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro» (cfr. C-29/10, *Heiko Koelzsch v. Granducato di Lussemburgo*). Come sopra rilevato, peraltro, nella soluzione del quesito avrà sicuramente un peso rilevante la giurisprudenza formatasi sulla corretta interpretazione della convenzione di Bruxelles e sul regolamento Bruxelles I.

In caso di distacco e trasferta effettivamente temporanei, che, per le circostanze concrete, non determinano un mutamento della sede abituale di lavoro, resta dunque interamente applicabile la legge italiana, ivi inclusa la disciplina in materia prevenzionistica.

Ciò nondimeno occorre verificare se tale disciplina prevenzionistica sia diversamente articolata con riferimento alle fattispecie connotate da elementi di estraneità, segnatamente in caso di invio dei lavoratori in missione all'estero in paesi non comunitari (cfr. *infra*, § 2) ovvero in paesi comunitari, là dove si pone, più specificatamente, il problema del coordinamento delle regole di conflitto con il diritto comunitario (la direttiva sul distacco già sopra richiamata) e, sul piano operativo, la questione su come debba essere risolto il concorso tra la regolazione imperativa prevista dalla *lex contractus* (la legge italiana nel caso in esame) maggiormente favorevole al lavoratore e la legge dello Stato ospite di applicazione territoriale per effetto, con le precisazioni che seguono, della direttiva comunitaria sul distacco (cfr. *infra*, § 3).

2. A fronte del carattere universale del regolamento Roma I, sopra richiamato, la legge italiana rimane applicabile anche in caso di invio del lavoratore in un

paese extracomunitario. Resta inteso che i criteri di collegamento individuati dal regolamento Roma I sono vincolanti nello spazio comunitario, là dove nel paese non comunitario di destinazione, in assenza di una specifica disciplina convenzionale di uniformazione, troverà applicazione il sistema interno di diritto internazionale privato e i relativi criteri di collegamento. Al riguardo, va detto che il lavoratore italiano che sia inviato temporaneamente all'estero tenderà comunque a rivendicare, in caso di contenzioso, i propri diritti avanti al giudice nazionale, il quale dovrà applicare il sistema italiano di diritto internazionale privato e, conseguentemente, la l. n. 218/1995, il regolamento Roma I ovvero, nei termini di persistente applicabilità, la convenzione di Roma.

Presupposta l'applicazione della legge italiana al rapporto di lavoro temporaneamente all'estero, occorre fare riferimento alla disciplina interna dettata a tutela del lavoratore italiano che svolga la propria attività lavorativa in paese non comunitario: il d.l. 31 luglio 1987, n. 317, convertito con modificazioni in l. 3 ottobre 1987, n. 398, che regola la procedura di autorizzazione per l'invio del lavoratore all'estero. L'art. 2 dispone, infatti, che in caso di assunzione per l'estero del lavoratore italiano ovvero di trasferimento all'estero del lavoratore, ai fini della prescritta autorizzazione ministeriale, il Ministero del lavoro deve accertare che il *contratto di lavoro impegni il datore di lavoro ad apprestare idonee misure in materia di sicurezza e igiene del lavoro* (cfr. art. 2, lett. f). Resta tuttavia aperta la questione di quali possano essere in concreto tali misure e con quali parametri possa essere esercitato il giudizio di idoneità sulle stesse tale da integrare un corretto adempimento dell'obbligo prevenzionistico.

La questione non risulta specificatamente considerata dalla giurisprudenza, ma un ausilio interpretativo sembra potersi rinvenire sulla scorta della elaborazione della giurisprudenza di legittimità in tema di applicazione del contratto collettivo in caso di lavoro all'estero. Al riguardo, la Suprema Corte ha ritenuto che «la normativa dettata dal contratto collettivo nazionale per i rapporti di lavoro prestati all'interno del territorio nazionale è applicabile anche alle prestazioni lavorative svolte all'estero da lavoratori italiani dipendenti da imprese nazionali limitatamente a quegli istituti contrattuali nei confronti dei quali venga accertata l'efficacia extraterritoriale e cioè la loro applicabilità anche in un contesto diverso da quello della realtà nazionale. Tale accertamento deve essere compiuto in base al criterio della interpretazione secondo buona fede, valutando cioè la funzionalità causale del contratto in relazione alla particolare situazione che si presenta, dovendosi in particolare escludere la sussistenza della suddetta funzionalità, parziale o totale del contratto, in presenza di una convenzione individuale che abbia regolato in via autonoma la materia, convenzione che, pur nella sua autonomia, non può tuttavia assicurare una tutela economico-normativa globalmente inferiore rispetto a quella prevista dal contratto collettivo» (cfr. Cass. 15 luglio 1994, n. 6652, relativa ad una fattispecie a cui *ratione temporis* non era applicabile il d.l. 317/1987, e anche successivamente, in termini di principio generale, Cass. 11 settembre

2006, n. 19424). La giurisprudenza ha così superato il tradizionale approccio problematico in merito alla natura territoriale o no del contratto collettivo per porre la questione in termini di congruenza tra la disciplina dettata dal contratto collettivo e la fattispecie da regolare (cfr. per queste osservazioni M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, 73-95, qui 80).

Tali criteri di congruenza tra disciplina applicabile alle fattispecie puramente interne e la fattispecie transnazionale oggetto di regolazione, sembrano potersi applicare, come criteri interpretativi, anche con riferimento alla individuazione in concreto delle misure prevenzionistiche che il datore di lavoro deve garantire per assicurare la tutela del lavoratore inviato all'estero a fronte del sistema autorizzatorio di cui al d.l. n. 317/1987.

Tale fonte, sembra infatti, aver introdotto una regolazione speciale in deroga alla disciplina generale in materia prevenzionistica dettata per le fattispecie puramente interne, che tiene conto delle peculiarità dell'invio all'estero del lavoratore italiano (in paesi extracomunitari) ma che non sembra poter prescindere dalla normativa nazionale e, segnatamente, dall'assetto di regolazione fatto proprio dal TU sicurezza (d.lgs. n. 81/2008 e successive modificazioni) a cui sembrano dover essere ricondotti schemi e soluzioni che possano essere appunto "idonei" a tutelare il lavoratore durante la missione.

La disciplina in esame, peraltro, non distingue tra le diverse ipotesi di mobilità del lavoratore, assimilando, con le espressioni «lavoratore operante all'estero» (cfr. art. 1, comma 1, d.l. 317/1987) e «lavoratori italiani assunti nel territorio nazionale o trasferiti da detto territorio per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative in Paesi extracomunitari» (cfr. art. 1, comma 2), le circostanze accumulate dal dato qualificante della esecuzione all'estero dell'attività lavorativa, oltre che dalla persistenza del rapporto di lavoro con l'originario datore di lavoro (per quest'ultimo profilo, cfr. App. Milano 31 luglio 2003, che ha escluso l'applicabilità della disciplina in questione in caso di interruzione del rapporto di lavoro in Italia e assunzione all'estero del lavoratore, vedila in *D&L*, 2004, 138, con nota di V. FERRANTE).

La disciplina in esame, pertanto, non pare accordare rilevanza all'assetto organizzativo della prestazione, se si tratti di trasferimento, di trasferta o di un vero e proprio distacco. Appare, piuttosto, dirimente il dato della collocazione della sede di lavoro fuori dal territorio nazionale, di modo che, a fronte della persistente responsabilità del datore di lavoro, sfuma il rilievo che normalmente ha in materia prevenzionistica il principio di sostanzialità, in virtù del quale il sistema stesso deve essere rapportato alle caratteristiche dell'impresa.

A ben vedere, tuttavia, il caso in esame è assimilabile, sul piano funzionale, all'ipotesi dell'appalto non tanto per fondare una responsabilità diretta del committente – che non sarebbe in quanto tale riconducibile al rapporto di lavoro, ma dipende dalla legge, seppure si fonda appunto sul principio di sostanzialità –, ma piuttosto per individuare modelli organizzativi adeguati per garantire la tutela del lavoratore. Da questa prospettiva, quindi, il datore di la-

vorò che invia in missione il lavoratore (indipendentemente dal fatto che si tratti di una trasferta ovvero di un distacco nell'accezione ristretta di cui all'articolo 30 d.lgs. n. 276/2003), deve attivarsi, eventualmente anche per via di una adeguata regolazione contrattuale con l'organizzazione di destinazione, per un pieno coordinamento con l'unità produttiva presso cui il lavoratore dovrà svolgere la propria attività. Tale coordinamento costituisce infatti il presupposto per assumere tutte le informazioni necessarie a predisporre – e rendere effettive – adeguate misure prevenzionistiche che dovrebbero opportunamente risultare, in via documentale, dal documento di valutazione dei rischi del datore di lavoro come strumento dinamico da aggiornare tenuto conto delle peculiarità della mansione da svolgere all'estero e del relativo contesto organizzativo. Acquistano inoltre specifico rilievo sia la selezione del lavoratore in relazione all'idoneità allo svolgimento della mansione, sia l'obbligo di sorveglianza sanitaria da adempiere nel rispetto dell'articolazione propria prevista nella disciplina generale del TU, sia gli obblighi di formazione e informazione il cui contenuto concreto va calibrato rispetto alle peculiarità della missione all'estero e alle caratteristiche più generali del contesto produttivo di destinazione.

**3.** L'invio del lavoratore in missione in un paese comunitario solleva il problema del coordinamento tra regole di conflitto per la individuazione della legge applicabile e disciplina del distacco transnazionale nell'ambito di una prestazione di servizi (direttiva 96/71/CE). La direttiva, infatti, si occupa, tra le altre materie, anche della salute e sicurezza del lavoratore, con la finalità di assicurare l'applicazione ai lavoratori in distacco gli standard minimi di tutela che operano nello stato di destinazione, indipendentemente dalla legge applicabile. La disciplina in esame non riguarda esclusivamente il distacco nell'accezione propria del diritto interno (rispetto al quale, anzi, la regolamentazione comunitaria contempla esclusivamente l'ipotesi del distacco intra-gruppo, senza alcun limite in merito alla natura dell'interesse che deve presiedere all'operazione), ma anche la somministrazione transnazionale di lavoro e l'ipotesi di invio del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi (per un quadro generale sullo stato attuale della elaborazione in tema di distacco transnazionale e alle problematiche sollevate negli anni dalla operatività della disciplina comunitaria, cfr. i recenti studi di U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, e di S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2007).

La citata direttiva si colloca, cronologicamente, tra la convenzione di Roma e il regolamento Roma I. Ciò nondimeno deve ritenersi che essa prevalga sul regolamento così come prevaleva sulla convenzione. L'art. 23 del regolamento dispone infatti che «fatto salvo l'articolo 7 [in materia di contratti di assicurazione], il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a settori specifici, di-

sciplinino i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali». Il considerando 34 precisa, poi, più specificamente, che «la norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi». D'altro canto, la stessa direttiva, al considerando 10, con riferimento al coordinamento con la convenzione di Roma ricorda che «l'articolo 7 [della] convenzione prevede, a determinate condizioni, che parallelamente alla legislazione dichiarata applicabile sia dato effetto alle norme di polizia di un'altra legislazione, in particolare di quella dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è temporaneamente distaccato». La conclusione è in linea con quanto emerso durante i lavori preparatori. «Quanto [...] al collegamento [tra la convenzione di Roma] con la direttiva distacco dei lavoratori n. 71, [occorre] tornare nuovamente sul problema della interazione fra le norme di conflitto in generale della convenzione di Roma e le norme contenute nelle direttive settoriali, che presentino una incidenza sulla legge applicabile. [...] Nel caso del distacco di un lavoratore dipendente, la direttiva 96/71 si prefigge l'applicazione di determinate disposizioni imperative dello Stato membro verso il quale avviene il distacco. Si tratta in particolare della normativa nello Stato ospite in materia di salario minimo, ma anche delle norme di sicurezza e di igiene. [...] Un'analisi più approfondita rivela tuttavia che i due strumenti si conciliano perfettamente. In caso di distacco, infatti, la direttiva non mira in alcun modo a modificare la legge applicabile al contratto di lavoro, ma solo a fissare uno “zoccolo duro” di norme imperative da rispettare durante il periodo di distacco in un altro Stato membro, “qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro”» (COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, Bruxelles, 14 gennaio 2003, COM(2002)654).

La questione tuttavia riguarda la modalità tecnica con cui si realizza tale conciliazione e le conseguenze che ne derivano sul piano della individuazione delle regole concretamente applicabili ai rapporti di lavoro interessati. Il richiamo, espresso anche in sede di lavori preparatori, allo strumento delle norme di applicazione necessaria, infatti, solleva dei dubbi, tanto più a seguito dell'entrata in vigore del regolamento che ha modificato la relativa disciplina originariamente prevista nella convenzione. Nel citato Libro Verde si legge infatti che la direttiva deve essere vista come «un prolungamento dell'articolo 7 della convenzione, relativo alle leggi di polizia e sicurezza [oggi art. 9, norme di applicazione necessaria]. Lo strumento mira quindi a creare condizioni eque di competitività sul mercato del lavoro nell'Unione, garantendo nel contempo il rispetto del diritto dei lavoratori» (cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento*

della medesima, cit.). Peraltro all'indomani della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. n. 218/1995), ragionando del coordinamento tra la disciplina convenzionale richiamata dall'art. 57 della legge citata con la allora recente disciplina comunitaria sul distacco dei lavoratori erano stati evidenziati alcuni profili di criticità in merito alla riconduzione *tout court* della disciplina nazionale attuativa delle previsioni sul distacco alle norme di applicazione necessaria.

Giova al riguardo ricordare che per norme di applicazione necessaria si intendono le norme la cui funzione primaria è «preservare l'armonia e la coerenza interna dell'ordinamento giuridico cui appartengono, dando corpo all'esigenza che tutte le fattispecie rientranti nella categoria cui si riferiscono che siano in qualche modo collegate con quell'ordinamento, siano assoggettate ad una disciplina uniforme che esse provvedono a fornire» (cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 1998, 20, 30-72, qui 56 e *amplius* F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Utet, Torino, 2007). Si tratta quindi di norme di applicazione territoriale «con funzione positiva e preventiva rispetto all'operare delle norme di conflitto, nel senso che si impongono ed esigono di essere applicate dal giudice già prima che questi possa determinare quale diritto straniero sarebbe richiamato dalla norma di conflitto» (cfr. F. MOSCONI, *op. cit.*, qui 55-56, nota 54).

Peraltro, la dottrina italiana ha rilevato come la riconduzione delle norme interne richiamate in virtù della trasposizione della direttiva del distacco alla nozione *tout court* di norme di applicazione necessaria solleva alcuni dubbi, là dove sembrerebbe preferibile un'opzione ricostruttiva della direttiva sul distacco come sistema speciale la cui «legittimità» è confermata dall'art. 20 della convenzione [oggi, art. 23 del regolamento, sopra richiamato] sul primato del diritto comunitario (così M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *MGL*, 2004, 5, 391-395, qui 394 cui *adde*, M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali*, cit., qui 91-92).

Sul punto rileva oggi come ulteriore elemento di criticità il mutamento di formulazione intervenuto nel passaggio da convenzione a regolamento, rispettivamente, dal precedente art. 7 all'attuale art. 9. L'art. 7 della convenzione, infatti, con una norma sostanzialmente innovativa, oltre che dichiarare, al § 2, comunque applicabili nel rispetto della convenzione le norme di applicazione necessaria dello Stato in cui fosse radicata un'eventuale controversia (secondo il meccanismo tipico proprio delle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento del foro), prevede altresì al § 1 che «nella applicazione, in forza della [...] convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché



delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione». La direttiva sul distacco, presupponendo proprio tale regolazione, tramuta tale facoltà in un obbligo per quanto riguarda la disciplina internazionalmente inderogabile vigente nello stato ospite e relativa alle materie coperte dalla direttiva stessa. L'attuale art. 9, per contro, riduce la facoltà del giudice di dare applicazione alle norme di applicazione necessaria contenute in un ordinamento diverso da quello della *lex fori*, solo con riferimento al «paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti» e «nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto». Pare peraltro difficile potere ricondurre le norme in tema di salute e sicurezza a norme dalla cui violazione deriva illecità dell'adempimento del contratto. Si tratta, infatti, di regole la cui violazione può certamente determinare, per il carattere generalmente imperativo delle medesime e la rilevanza del bene tutelato, la concretizzazione di illeciti, che, tuttavia non riguardano l'adempimento del contratto, segnatamente l'esecuzione della prestazione lavorativa.

A tale criticità si aggiunge un profilo preesistente di equivocità. Le disposizioni di tutela contenute nella direttiva sul distacco, infatti, non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori (cfr. art. 3, § 7) secondo quanto programmaticamente dichiarato nei considerando che precedono il testo normativo della direttiva (cfr. n. 17), là dove si precisa che le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori. Tali disposizioni non possono che essere quelle proprie della *lex contractus*, nelle ipotesi in esame quelle della legge italiana. Il meccanismo prefigurato dalla direttiva si differenzia, pertanto, da quello classico che distingue le norme di applicazione necessaria che, in quanto tali, sono immediatamente applicabili, rinviando piuttosto da un rapporto di specialità fondato sul primato del diritto comunitario.

La questione ha un rilievo teorico generale, ma anche pratico operativo.

Quanto al primo profilo i dubbi in merito alla possibilità di ricondurre le norme della direttiva sul distacco alle norme di applicazione necessaria si giustifica con la preoccupazione – tanto più a fronte delle modalità di recepimento della direttiva attuate dal legislatore italiano che con il d.lgs. n. 72/2000 ha previsto l'applicabilità durante il periodo di distacco delle medesime condizioni di lavoro, previste dalle leggi o dai contratti collettivi, applicate ai lavoratori nazionali – che non sia del tutto superata l'idea, alla base della interpretazione dell'art. 31 delle preleggi al codice civile prima della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato con la l. n. 218/1995, per cui tutto il diritto del lavoro rientra nella nozione di ordine pubblico (cfr. M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi in internazionalità*, cit., qui 394).

Le implicazioni delle alternative considerate, poi, sembrano incidere direttamente sul piano della individuazione della normativa effettivamente applica-

bile, posto che, come sopra sottolineato, la disciplina in vigore nel paese ospite cede rispetto alla disciplina maggiormente garantista propria della *lex contractus* a cui, d'altro canto, il datore di lavoro è vincolato trattandosi per lo più di norme imperative.

Il rilievo appare fortemente ridimensionato per il rilevante processo di armonizzazione che ha caratterizzato, in ambito comunitario, proprio i profili della salute e sicurezza e che a partire dalla direttiva quadro 89/391/CEE ha determinato il riconoscimento e l'applicazione di misure prevenzionistiche analoghe, quanto meno con riferimento ai livelli essenziali di tutela, a quelle imposte dalla normativa italiana (cfr. per questa considerazione M. LANOTTE, *Rapporto di lavoro transnazionale e obbligo di sicurezza*, che può essere consultato anche in [www.sanpaoloimprese.com](http://www.sanpaoloimprese.com), sezione *dossier online*). D'altro canto, tale considerazione non risolve completamente il problema operativo e l'obbligo del datore di lavoro italiano, in assenza di deroghe, di rispettare la normativa italiana nella sua interezza. Sembrano pertanto rilevanti anche in questa sede le considerazioni sopra svolte in ordine alla necessità di operare anche in questo caso una valutazione di congruità in relazione alla peculiarità della fattispecie transnazionale rispetto a quelle puramente interne.

Al riguardo un parametro che, realisticamente, potrebbe essere valutato, con riferimento alla sua applicazione concreta, viene nuovamente dalla disciplina delle esternalizzazioni. Si tratta in questo caso del modello di regolazione proprio della somministrazione e del distacco dove emerge, per la ripartizione degli obblighi tra somministratore/distaccante e utilizzatore/distaccatario, una distinzione tra il livello di tutela del lavoratore durante tutto il rapporto di lavoro (idoneità alla mansione, sorveglianza sanitaria, aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, obblighi di formazione e informazione) e tutela della sicurezza del lavoratore durante l'esecuzione della attività lavorativa (manutenzione dei macchinari, presidi antinfortunistici) che sono immediatamente collegati al luogo di esecuzione dell'attività (si rinvia per ulteriori approfondimenti su questi profili a C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro e distacco*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI, *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, 311-324). In questo caso, ferma l'unica responsabilità del datore di lavoro anche per il caso di distacco ai sensi dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003 (sul punto cfr. *amplius* il § 4), si potrebbe ipotizzare di seguire in ogni caso lo standard italiano per quel che attiene la regolazione della salute e sicurezza del lavoratore nel rapporto di lavoro, e di valutare l'applicazione delle norme prevenzionistiche del paese di destinazione in merito alla fase esecutiva dell'attività, considerando la relativa variabile (e gli aggiustamenti necessari del modello organizzativo) nel documento unico di valutazione dei rischi.

**4.** In caso di distacco verso un paese extracomunitario, quanto per l'ipotesi di distacco comunitario (rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva),

l'articolazione dell'obbligo di sicurezza tra distaccante e distaccatario prevista per la fattispecie puramente interna non pare applicabile alla fattispecie transnazionale, che sembra dover essere assimilata, per questi profili, alla trasferta, rimanendo la responsabilità prevenzionistica in capo esclusivamente al distaccante.

Nel diritto interno i due istituti della mobilità del lavoratore sono oggetto di una diversa disciplina prevenzionistica. In caso di trasferta, il lavoratore si considera pienamente inserito nell'organizzazione di lavoro originaria anche a seguito del mutamento della sede di lavoro. Non si pone, pertanto, un problema di passaggio di responsabilità in capo ad un soggetto terzo. O, più correttamente, rileva, in caso di trasferta, la disciplina dell'appalto endoaziendale di cui all'art. 26 del TU sicurezza (per un commento alla disciplina in vigore come modificata dal recente correttivo, cfr. in *q. Rivista*, A. SPLENDORI, *La tutela prevenzionistica del lavoro in appalto: ambito di applicazione*, 2010, n. 2, 532), il quale, confermando la responsabilità in primo luogo del datore di lavoro appaltatore, impone tuttavia specifici obblighi in capo al committente e segnatamente, l'obbligo, di promuovere il coordinamento e la collaborazione tra le imprese coinvolte, in primo luogo attraverso un documento unico di valutazione dei rischi interferenziali. Per contro, in caso di distacco, l'art. 3, comma 6, del Testo Unico dispone che «nell'ipotesi di distacco del lavoratore [...] tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare il lavoratore sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato». La soluzione di imputare al distaccatario la responsabilità in materia di salute e sicurezza per il periodo in cui il lavoratore svolge la prestazione in distacco appare condivisibile nel rispetto del citato principio di sostanzialità che conforma la materia. Tuttavia, la soluzione accolta dal legislatore italiano, pone un problema specifico con riferimento alla fattispecie transnazionale nel momento in cui l'obbligo di tutelare il lavoratore ricade sul distaccatario che non è parte del contratto di lavoro e che risponde in virtù di un obbligo di legge (inderogabile sulla base della legge italiana), che tuttavia non sembra potersi applicare se il distaccatario ha all'estero la propria sede. La conseguenza che ne deriva è che in caso di distacco all'estero, sia in paesi comunitari che in paesi non comunitario, la responsabilità prevenzionistica rimane in capo al datore di lavoro distaccante che, analogamente a quanto accade per l'ipotesi di trasferta, deve attivarsi per il pieno rispetto, anche all'estero, dell'obbligo di sicurezza.

A ben vedere una tale conclusione appare coerente con la considerazione delle ipotesi, tra loro fortemente eterogenee di mobilità del lavoratore che rientrano, come sopra ricordato, nell'ambito di applicazione della direttiva 71 del 1996; seppure la medesima assimilazione appare per altri versi controvertibile alla luce della sostanziale disomogeneità delle istanze di tutela dei lavoratori interessati, professionalizzati e con qualifiche elevate in caso di distacco intragrappo, e scarsamente qualificati e specializzati in caso di trasferte legate

all'esecuzione di appalti transnazionali (per queste riflessioni e le relative argomentazioni, cfr. G. ORLANDINI, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *RGL*, 2009, 4, I, 549-584).

L'indagine sopra svolta ripropone, anche con riferimento alla tematica prevenzionistica, la questione, già formulata in merito al tema del consenso del lavoratore in caso di missione all'estero, sulla legittimità, sotto il profilo definitorio, e sulla conclusione, sotto il profilo pratico dell'utilizzo, delle nozioni di mobilità interna per le fattispecie di mobilità transnazionale (così A. NOBILI, *La mobilità estera nella giurisprudenza italiana*, in *QDLRI*, 1998, 20, 198-227, qui 213-217).

Soprattutto, però, l'analisi sopra svolta mostra la persistente inadeguatezza sul piano della idoneità regolativa (e della certezza del diritto), oltre che della effettività delle tutele, del metodo conflittuale che, localizzata la fattispecie, presuppone la sostanziale obliterazione di elementi di internazionalità che tuttavia richiedono soluzioni regolative adeguatamente progettate. Il tema è un tema classico sui limiti della soluzione internazionale-privatistica nel diritto contrattuale, ma diventa più stringente con riferimento ai rapporti di lavoro là dove riveste ancora un ruolo fondamentale la regolazione inderogabile la quale, tuttavia, presuppone sistema di sanzioni e controlli che, per sua natura, non può che avere carattere territoriale.

Chiara Bizzarro  
Avvocato del foro di Milano

# ***OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO***

---

## **Discriminazioni**

- *discriminazioni per età (1.1. - 1.3)*

## **Lavoro sportivo**

- *libertà di circolazione (calcianti professionisti) (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](http://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. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 2).

**Principio di non discriminazione in base all'età - Direttiva 2000/78/CE - Legislazione nazionale in materia di licenziamento che, ai fini del calcolo dei termini di preavviso, non tiene conto del periodo di lavoro svolto prima che il dipendente abbia raggiunto l'età di 25 anni - Giustificazione della norma - Normativa nazionale contraria alla direttiva.**

*Il diritto dell'Unione, in particolare il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale [...] che prevede che, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, non sono presi in considerazione i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento dei 25 anni di età.*

1.2. C. Giust. 12 gennaio 2010, C-341/08, *Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 1).

**Direttiva 2000/78/CE - Artt. 2, n. 5, e 6, n. 1 - Divieto di discriminazioni fondate sull'età - Disposizione nazionale che fissa a 68 anni l'età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato - Obiettivo perseguito - Nozione di "misura necessaria alla tutela della salute" - Coerenza - Idoneità e adeguatezza della misura.**

*L'art. 2, n. 5, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ad una misura nazionale [...] che fissa un limite di età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato, nel caso di specie 68 anni, qualora tale misura abbia come solo obiettivo la tutela della salute dei pazienti a fronte di un calo delle prestazioni di tali dentisti oltre questa età, dal momento che lo stesso limite di età non è applicabile ai dentisti non convenzionati. L'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta ad una misura siffatta qualora quest'ultima abbia come obiettivo la ripartizione delle possibilità di occupazione tra le generazioni nell'ambito della professione di dentisti convenzionati se, tenuto conto della situazione del mercato del lavoro interessato, tale misura è appropriata e necessaria per raggiungere tale obiettivo. Spetta al giudice nazionale identificare l'obiettivo perseguito dalla misura che fissa detto limite di età individuando la ragione del mantenimento di tale misura.*

*Qualora una normativa come quella controversa nella causa principale sia, considerato l'obiettivo che essa persegue, contraria alla direttiva 2000/78, spetta al giudice nazionale investito di una controversia tra un singolo e un organismo amministrativo, quale il Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, lasciare inapplicata tale normativa, anche se quest'ultima è precedente alla direttiva e il diritto nazionale non ne prevede la disapplicazione.*

**1.3.** C. Giust. 12 gennaio 2010, C-229/08, *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* (in [EU](#) *Boll. Adapt*, 2010, n. 1).

**Direttiva 2000/78/CE - Art. 4, n. 1 - Divieto di discriminazioni in base all'età - Disposizione nazionale che fissa a 30 anni l'età massima di assunzione di funzionari nell'ambito dell'impiego dei vigili del fuoco - Obiettivo perseguito - Nozione di requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.**

*L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, la quale fissa a 30 anni l'età massima di assunzione nel servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco.*

### **(1.1. – 1.3.) La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età**

*Sommario:* **1.** Eccezioni al principio di non discriminazione per età e interpretazione della Corte di giustizia con riferimento alle cause C-555/07, C-229/08, C-341/08. – **2.** Alcune considerazioni generali: il fondamento normativo del principio di non discriminazione. – **3.** Le eccezioni al divieto di discriminazione in ragione dell'età: un'ipotesi di schematizzazione interpretativa. – **4.** L'ingresso del fattore di rischio età nella legislazione nazionale.

**1.** La direttiva 2000/78/CE vieta nel settore dell'occupazione e del lavoro le discriminazioni fondate, tra l'altro, sull'età. La direttiva, tuttavia, non si oppone a misure nazionali necessarie per la protezione della salute ovvero alla promulgazione di provvedimenti normativi che consentano di dichiarare – sul presupposto della ricorrenza di ben definite circostanze – ammissibili differenze di trattamento fondate sull'età o su una caratteristica ad essa legata.

Proprio sul tema delle eccezioni si appuntano spesso gli interventi della Corte di giustizia, non ultimo, quelli resi fra il mese di gennaio e di febbraio del corrente anno.

Con la sentenza *Kücükdeveci* del 19 gennaio 2010, C-555/07 (in epigrafe), la Corte di giustizia si pronuncia sull'esistenza e sui confini del principio gene-



rale di non discriminazione in base all'età, enucleato nell'ordinamento dell'Unione europea.

La signora Küçükdeveci, impiegata dal 1996 – ossia, da quando aveva l'età di 18 anni – presso la società tedesca Swedex, riceveva in data 19 dicembre 2006 una lettera di licenziamento, con effetto alla fine del mese. Il datore di lavoro aveva infatti calcolato il termine di preavviso come se la dipendente avesse avuto un'anzianità di tre anni, nonostante costei avesse un contratto di lavoro da ben dieci anni. La decisione dell'imprenditore si basava sull'art. 622 del c.c. tedesco, in base al quale, ai fini del preavviso, non si devono considerare i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore. La signora Küçükdeveci contestava, quindi, il licenziamento davanti al tribunale del lavoro, sostenendo che detta regola costituiva una misura di discriminazione in base all'età e che, pertanto, doveva essere disapplicata. Il giudice dell'appello, ritenendo la norma in questione non conforme al diritto dell'Unione, proponeva rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo se la regola contenuta nell'art. 622 c.c. fosse contraria al divieto di discriminazione in base all'età, sancito dal diritto dell'Unione, in particolare dal diritto primario o dalla direttiva 2000/78/CE, ovvero se la *ratio* della regola potesse costituire valida ragione giustificatrice. Secondo quanto spiegato dal giudice nazionale, tale previsione normativa, infatti, nasce dallo sforzo del legislatore tedesco di mediare tra l'esigenza di garantire al datore di lavoro un certo grado di flessibilità nella gestione dell'impresa e quella di tutelare adeguatamente i lavoratori: tra questi ultimi, quelli più giovani avrebbero minori difficoltà nel reinserirsi nel mercato del lavoro in caso di licenziamento.

La Corte, nel decidere la questione ad essa sottoposta, riprende le importanti argomentazioni contenute nella sentenza *Mangold* (sentenza 22 novembre 2005, C-144/04). In quella occasione, la Corte aveva per la prima volta affermato l'esistenza di un principio generale di non discriminazione in base all'età preesistente alla direttiva 2000/78/CE ed, in quanto tale, idoneo a produrre effetti diretti orizzontali. Nel caso di specie, la Corte, superando una delle principali critiche sollevate dalla sentenza *Mangold* – il principio generale di non discriminazione in base all'età sarebbe stato creato *tout court* dalla Corte, non trovando esso solido riconoscimento in convenzioni internazionali né potendo essere identificato in una tradizione costituzionale comune degli Stati membri –, fa riferimento all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, fa parte del diritto primario dell'Unione. Sebbene il quadro normativo consenta tale affermazione, secondo la Corte, tuttavia, per poter invocarsi il principio di non discriminazione quale principio generale del diritto comunitario, è pur sempre necessario che le disposizioni nazionali rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione. A differenza di quanto aveva lasciato intendere con la sentenza *Mangold*, e in linea con quanto affermato con la sentenza *Bartsch* (sentenza 23 settembre 2008, C-427/06), la Corte ribadisce che è possibile fare applicazione dei principi generali di uguaglianza e non di-

scriminazione solo successivamente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2000/78/CE, in quanto la scadenza di tale data produce l'effetto di far rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale controversa. Con riferimento alla fattispecie sottoposta al suo esame la Corte, riscontrato che il presunto trattamento discriminatorio si è realizzato dopo il termine di recepimento della direttiva, rileva che la disposizione nazionale, prevedendo che ai fini del calcolo del termine di preavviso del licenziamento non siano presi in considerazione i periodi di lavoro effettuati dal dipendente prima di avere raggiunto il venticinquesimo anno d'età, incide sulle condizioni di licenziamento e, pertanto, rientra nel campo di applicazione della direttiva 2000/78/CE.

Individuate nel principio generale di uguaglianza sancito dal diritto dell'Unione, come specificato dalla direttiva 2000/78/CE, le coordinate giuridiche alla stregua delle quali valutare la compatibilità della norma nazionale col diritto comunitario, la Corte evidenzia che la norma nazionale crea una discriminazione diretta fondata sull'età, determinando una disparità di trattamento fra persone aventi la medesima anzianità a seconda dell'età di assunzione. Se l'obiettivo di offrire al datore di lavoro una maggiore flessibilità nella gestione del personale, alleviando l'onere economico per il licenziamento di giovani lavoratori, perseguito dal legislatore nazionale, sarebbe idoneo a giustificare, ai sensi dell'art. 6, § 1, della direttiva 2000/78/CE, una disparità di trattamento, in quanto attinente a finalità di occupazione e di politica del lavoro, è lo strumento utilizzato per il conseguimento di tale finalità che appare inappropriato a conseguire l'obiettivo. La deroga al principio di non discriminazione ammessa, in modo ampio, in favore degli Stati membri dalla direttiva 2000/78/CE con riferimento al fattore età, posto che l'art. 6 legittima la previsione di un trattamento differenziato qualora sussista una «finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale» trova, comunque, un contrappeso nella necessità che «i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Nel caso di specie, la normativa nazionale non può essere considerata idonea a realizzare la finalità di politica del lavoro, in quanto la mancata considerazione dell'anzianità di servizio maturata opera con riguardo a tutti i dipendenti assunti prima del venticinquesimo anno di età, indipendentemente dall'età raggiunta al momento del licenziamento.

Nell'arco di qualche mese, la Corte ha modo di intervenire anche su altre due questioni relative alla ragionevolezza di alcune deroghe al principio di non discriminazione per motivi di età.

Un primo intervento si ritrova nella sentenza della Corte (Grande Sezione), del 12 gennaio 2010, C-229/08 (in epigrafe). Anche in questo caso i giudici sono chiamati a esaminare la compatibilità di una disposizione della legislazione tedesca – quella del Land dell'Assia – che fissa a 30 anni l'età massima per l'assunzione di vigili del fuoco del servizio tecnico intermedio che partecipano, tra le altre, alle operazioni antincendio. Secondo il giudice del rinvio,

infatti, occorre verificare la compatibilità dell'art. 4, § 1, della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, con il rifiuto della Stadt Frankfurt am Main di prendere in considerazione la candidatura del signor Wolf relativa a un'assunzione nel servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco, avendo egli superato 30 anni di età. Tale limite mira a garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del corpo dei vigili del fuoco professionali. La Corte dichiara che la direttiva non osta a siffatto limite di età poiché la differenza di trattamento si giustifica soddisfacendo tutte le condizioni previste dall'art. 4 della direttiva. L'intento di garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del servizio dei vigili del fuoco professionali rappresenta, infatti, un obiettivo legittimo. Inoltre, il fatto di disporre di capacità fisiche particolarmente elevate può essere considerato un requisito professionale essenziale e determinante per l'esercizio della professione di vigile del fuoco del servizio tecnico intermedio, i cui membri partecipano, tra le altre, alle operazioni antincendio e di soccorso alle persone. Secondo i dati scientifici presentati dal governo tedesco, infatti, solo una minoranza di funzionari d'età superiore ai 45 anni dispone di capacità fisiche sufficienti per svolgere l'attività nel settore delle operazioni antincendio. In questo caso, dunque, il limite d'età può essere considerato, da un lato, appropriato all'obiettivo di garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del servizio dei vigili del fuoco professionali e, dall'altro, non eccedente quanto necessario alla realizzazione di tale obiettivo (cfr. sentenze 25 gennaio 2007, C-321/03, *Dyson*; 26 aprile 2007, C-392/05, *Alevizos*; 24 gennaio 2008, C-532/06, *Lianakis* e altri). Non dissimili considerazioni si rinvencono nella sentenza del 12 gennaio 2010, C-341/08 (in epigrafe). Anche in questo caso la Corte è chiamata a valutare la conformità della direttiva 2000/78/CE con la normativa nazionale tedesca (art. 95, n. 7, terza frase, SGB V) che fissa un limite di età massima ai fini dell'abilitazione all'esercizio di una professione (nella specie, l'attività di dentista convenzionato).

La signora Domnica Petersen era abilitata a fornire cure dentali convenzionate dal 1974. Nell'aprile 2007 aveva compiuto 68 anni. Dinanzi al tribunale amministrativo di Dortmund (Germania), ella contestava la decisione della competente commissione di abilitazione dei dentisti, in base alla quale la sua abilitazione a esercitare come dentista convenzionata era scaduta alla fine del giugno 2007. Il giudice sottopone alla Corte di giustizia diverse questioni relative alla compatibilità del citato limite di età con la direttiva 2000/78/CE e rileva in particolare che, secondo la Corte costituzionale federale, tale limite d'età sarebbe giustificato dalla necessità di tutelare i pazienti, presumendo che le prestazioni dei dentisti subiscano un calo a partire da una certa età; dalla necessità di ripartire le possibilità di impiego fra generazioni, preservando le possibilità di occupazione dei giovani dentisti convenzionati; nonché dalla necessità di mantenere in equilibrio finanziario il sistema sanitario tedesco.

Sebbene la Corte constati come effettivamente il codice tedesco di sicurezza sociale, nella sua versione applicabile alla causa, preveda che l'abilitazione all'esercizio dell'attività di dentista convenzionato scada al termine del trimestre in cui il dentista convenzionato abbia compiuto i 68 anni di età, tuttavia ritiene che – ai fini della decisione – sia rilevante il fatto che, al di fuori di tale sistema convenzionato, i dentisti possano esercitare la loro professione indipendentemente dall'età.

Questo elemento influenza tutto il ragionamento portato avanti dalla Corte. È evidente, infatti, come – ai sensi dell'art. 2, § 5, della direttiva 2000/78/CE – uno Stato membro possa fissare un limite di età all'esercizio di una professione medica quale quella di dentista, per tutelare la salute dei pazienti, ma se tale misura riguarda solo una parte di coloro che esercitano la professione tale misura appare incoerente e non necessaria per la protezione della salute (punto 62 della sentenza). Diversamente, ove l'obiettivo perseguito dalla normativa controversa fosse, invece, quello di preservare l'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale, l'ambito di applicazione della normativa controversa non sarebbe in grado di compromettere l'obiettivo perseguito, in quanto questo non potrebbe riguardare i dentisti che operano esternamente al regime pubblico obbligatorio di assicurazione.

Infine, con riferimento all'obiettivo di ripartire le possibilità di impiego tra le generazioni nell'ambito della professione dei dentisti convenzionati, la Corte ha ritenuto che la normativa, col fissare una disparità di trattamento basata sull'età, possa essere considerata obiettivamente e ragionevolmente giustificata da tale obiettivo soltanto nel caso in cui si verifichi una situazione in cui i dentisti convenzionati siano in numero eccessivo o vi sia un rischio latente di sopravvenienza di una situazione siffatta. Nel caso di specie, quindi, la Corte conferma l'orientamento secondo il quale la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente un obiettivo legittimo di politica sociale o dell'occupazione degli Stati membri e che tale valutazione deve evidentemente applicarsi a strumenti della politica del mercato del lavoro nazionale diretti a migliorare le opportunità di inserimento nella vita attiva di talune categorie di lavoratori (cfr. sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, in *Racc.*, I-8531, 65), precisando che una misura adottata per favorire l'accesso dei giovani all'esercizio della professione di dentista nell'ambito dell'attività convenzionata possa essere considerata come misura rientrante nella politica dell'occupazione.

**2.** Le sentenze riportate brevemente in epigrafe consentono di affrontare più partitamente il tema della discriminazione per motivi di età, sviluppando alcune considerazioni sia in relazione al suo fondamento normativo, sia in relazione alle eccezioni ammissibili.

La direttiva del Consiglio 2000/78/CE nello stabilire un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro introduce tra i «fattori di rischio» (l'espressione è di G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei*

*rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2001, 48 e 73 ss.) il fattore età. A partire dal 2 dicembre 2003 il divieto di commettere discriminazioni fondate sull'età, pertanto, diventa giustiziabile. La direttiva, tuttavia, assegna agli Stati membri, al fine di consentire un adeguamento della loro legislazione interna, un ulteriore lasso temporale pari a tre anni, facendo così di fatto slittare i termini di recepimento al 2 dicembre 2006 (cfr. art. 18 della direttiva). La possibilità offerta ai legislatori nazionali di usufruire di un lasso di tempo più lungo per conformarsi ai precetti comunitari deriva dalla circostanza che il fattore età risultava essere assente nel *corpus* legislativo dei vari stati (poche le eccezioni, di particolare interesse il caso irlandese che nel 1998 aveva introdotto nell'*Employment Equality Act* il divieto di discriminazione in ragione dell'età).

Non priva di interferenza sicuramente anche la considerazione che le discriminazioni sull'età si distinguono sostanzialmente dalle altre forme di discriminazione. A differenza della razza o dell'handicap che sono caratteristiche immutabili della persona, infatti, l'età varia in relazione ai vari momenti della vita rendendo difficile identificare le persone o, meglio, le categorie di persone che rientrano nell'area vietata (R. BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, in *q. Rivista*, 2005, 4, 942, afferma che l'età è una delle «più democratiche delle caratteristiche umane» in quanto coinvolge tutti ed è in grado di condizionare ad esempio l'accesso a un determinato impiego e lo svolgimento dello stesso). Ecco perché proprio in relazione al fattore «età» la direttiva non dà una definizione positiva, né stabilisce quali sono le età che rientrano nel suo campo di applicazione. La difficoltà di definire il concetto non dipende ovviamente dalla mancanza di un univoco utilizzo del termine – il termine è chiaro a tutti! – ma dalla difficoltà di trovare una univoca delimitazione del suo contenuto atta a caratterizzarlo temporalmente (da 30 a 60 anni, ovvero da 20 a 40 anni, ecc.).

Una soluzione al problema sembra potersi ricavare da quanto espresso nel considerando 25 laddove si specifica che il divieto di discriminazione basato sull'età è «un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione». Il fattore età, dunque, è preso in considerazione dalla direttiva nella misura in cui ad esso fa riferimento il mercato per la realizzazione di politiche occupazionali. È pertanto evidente che i casi di discriminazione fondata sull'età ai sensi della direttiva possono essere molto diversi fra loro, come dimostrano quelli tratteggiati in precedenza, e possono riguardare tutte le fasi e le forme dell'occupazione (data di assunzione ovvero data di collocamento a riposo). Alla luce di queste considerazioni, si può affermare che il lasso temporale di età che presuntivamente la direttiva ha inteso prendere in considerazione inizi con l'acquisizione della capacità lavorativa e finisca con il raggiungimento dei limiti di età pensionabile. Ragione questa per cui il legislatore non ha potuto indicare nella direttiva termini univoci, essendo tali ter-

mini individuati discrezionalmente dalla legislazione di ciascuno Stato membro (altre problematiche restano senza soluzione: ci si chiede, infatti, se possa esistere una differenza fra età anagrafica ed età di coorte e, ancora, non si chiarisce il significato di differenza di età, ecc. Quindi, ad esempio, come deve essere valutato il caso in cui l'azienda non assume un quarantenne ma un trentenne esattamente con le stesse qualifiche? Si può trattare di una discriminazione per età?).

A prescindere dai limiti insiti nella direttiva circa la mancata positivizzazione del concetto di età, la giurisprudenza si è preoccupata in primo luogo di stabilire se tale fattore "di rischio" trovi fondamento normativo nei principi generali del diritto comunitario ossia anche al di fuori e al di là dei confini della direttiva.

La questione, non di poco conto per gli effetti teorici e pratici che da essa si sviluppano, ha preso origine da un caso sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia (C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, I-9981, punti 75-78). La questione traeva spunto dalla compatibilità della normativa tedesca che autorizza indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore abbia raggiunto una certa età, con la direttiva comunitaria 2000/78/CE ed, in particolare, con il principio di non discriminazione in ragione dell'età. Al fine di favorire la lotta alla disoccupazione, infatti, la legge tedesca consente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato oltre la durata massima dei due anni quando i lavoratori abbiano raggiunto i 60 anni di età. Tale limite di età era stato successivamente e temporaneamente abbassato a 52 anni e proprio di tale modifica si era avvalso il datore di lavoro del signor Mangold assumendolo. La situazione fotografata nei fatti si scontrava con la realtà normativa che, non essendo ancora adeguata alla disciplina comunitaria e sentitamente alla direttiva comunitaria 2000/78/CE (alla data di stipula del contratto, il termine per l'attuazione della direttiva non era ancora scaduto per la Germania), lasciava impregiudicate le discriminazioni fondate sul fattore età. Secondo la Corte, tuttavia, il principio di non discriminazione legato al fattore età trovando «la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri», in quanto principio generale del diritto comunitario, non «dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età». Conseguentemente, secondo la Corte, «il giudice nazionale dovrebbe assicurare la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale anche qualora il termine di recepimento della direttiva non sia ancora scaduto».

Come noto, la sentenza Mangold è stata oggetto di un ampio dibattito dottrinale (si veda quanto riportato da O. BONARDI, *Le clause di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia Ce (2006)*, in *RIDL*, 2006, II, 266-279; V. PICCONE, S. SCIARRA (a cura di),

*Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *FI*, 2006, IV, c. 342-345) che ha posto in luce il rischio di un eccessivo ampliamento della portata giuridica delle direttive sulla base della presunta esistenza in ambito comunitario di un principio generale di diritto non pienamente definito.

Queste riflessioni hanno rappresentato il punto di partenza del nuovo ragionamento sostenuto dalla Corte nei successivi giudizi, compreso l'ultimo sopra ricordato (C-555/07). La Corte si è dimostrata concorde nel manifestare una certa prudenza nella costruzione di principi generali atti a vietare i trattamenti discriminatori basati sull'età, propendendo per un'interpretazione restrittiva che considera il divieto di discriminazione sulla base dell'età mera specificazione del generale principio di uguaglianza. Secondo la Corte, infatti, il requisito dell'età quale elemento di verifica di un trattamento discriminatorio può costituire solo una specificazione del principio di uguaglianza, in relazione alle trasformazioni che proprio tale ultimo principio subisce in ragione delle trasformazioni della società (l'avvocato generale Eleonor Sharpston, nelle conclusioni presentate nella causa C-427/06, *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte*, afferma che «il principio generale di uguaglianza opera in talune circostanze nel senso di vietare la discriminazione fondata sull'età ma che non esiste, dall'inizio, un principio distinto e specifico di diritto comunitario che ha sempre vietato la discriminazione in ragione dell'età»). Queste argomentazioni hanno consentito alla Corte di non precisare la portata del principio di non discriminazione sulla base dell'età tutte le volte in cui venisse in rilievo la mancanza di un nesso tra la fattispecie portata all'attenzione dei giudici e il diritto comunitario. Secondo la Corte, infatti, il nesso fra causa principale e diritto comunitario si realizza solamente nei casi in cui la norma nazionale contestata sia stata adottata per dare attuazione al diritto comunitario; ovvero contenga un esplicito richiamo a deroghe ammesse dal diritto comunitario; oppure, infine, quando una specifica norma sostanziale del diritto comunitario abbia trovato applicazione in quella particolare fattispecie.

Il mancato richiamo, nei successivi interventi della Corte, alla preesistenza del principio di discriminazione basato sul fattore età e a specifici atti internazionali – come ad esempio il Patto internazionale sui diritti politici e civili e più specificamente il suo articolo 26 che, pur non vietando *expressis verbis* le discriminazioni fondate sull'età, contiene un elenco non esaustivo di forme di discriminazione vietate – ha determinato alcune rilevanti conseguenze.

A livello teorico, infatti, non si può trarre alcun beneficio diretto sulla positivizzazione del concetto età attraverso il richiamo ad altre fonti.

A livello pratico, invece, nelle successive cause in cui è stato chiesto alla Corte di precisare la portata del principio di non discriminazione sulla base dell'età, la Corte ha sempre evitato di affrontare nuovamente la questione, dichiarandola non rilevante per la risoluzione della causa principale, attraverso la dimostrazione dell'assenza dei “criteri di collegamento” sopra descritti tra fattispecie della causa principale e diritto comunitario.

Nella sentenza del 23 settembre 2008, C-427/06, *Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte*, ad esempio, il ragionamento della Corte è portato alle estreme conseguenze. La causa principale riguardava una controversia sorta tra la signora Birgit Bartsch e la BSH Altersfürsorge, che è un fondo pensionistico costituito dalla Bosch und Siemens Hausgeräte, le cui linee direttrici prevedono espressamente che la pensione di reversibilità non possa essere erogata nel caso in cui la vedova o il vedovo risulti più giovane di quindici anni rispetto al lavoratore deceduto. La signora Birgit Bartsch nel 1986 aveva contratto matrimonio con il signor Bartsch, dipendente della Bosch und Siemens Hausgeräte e alla morte di lui nel 2004 si era vista negare la pensione di reversibilità in quanto ventuno anni più giovane del marito.

Secondo la Corte, se le linee direttrici della BSH Altersfürsorge non sono state adottate per dare attuazione al diritto comunitario né si rifanno esplicitamente a deroghe ammesse dal diritto comunitario e se il termine di recepimento della direttiva al sorgere della controversia non era ancora scaduto non vi è alcun collegamento fra causa principale e diritto comunitario ai fini della applicazione del principio generale di non discriminazione basato sull'età.

Da un punto di vista sostanziale rimane, tuttavia, la constatazione che la signora Birgit Bartsch si è vista negare un diritto che le sarebbe stato riconosciuto se il termine di recepimento della direttiva 2000/78/CE fosse già scaduto e che, comunque, risulta sancito nei diversi strumenti internazionali che riconoscono il diritto universale delle persone all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla tutela contro le discriminazioni, non ultimo l'art. 6 del Trattato; si tratta del diritto a non essere trattata diversamente rispetto ad altri soggetti che si trovino in situazioni similari, in ragione della differenza di età con il marito defunto e probabilmente anche in ragione del sesso, dato che la clausola contestata colpendo il coniuge più giovane di quindici anni verosimilmente va a penalizzare, nella maggior parte dei casi, il coniuge donna.

Conclusivamente, nella sentenza C-555/07, la Corte superando una delle principali critiche sollevate dalle sentenze precedenti, fa riferimento all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona fa parte del diritto primario dell'Unione. Ma ancora una volta la Corte non è in grado di risolvere tutti i dubbi che nascono dall'esame delle fattispecie concrete, non ultima la questione della efficacia retroattiva o meno di tale disposizione.

**3.** Le sentenze sopra riportate consentono, infine, di effettuare alcune riflessioni sulla portata applicativa delle eccezioni consentite dalla direttiva. Sembra possibile argomentare dalla lettura delle sentenze alcuni raggruppamenti schematici nei quali includere le varie fattispecie utili ai fini di eventuali interpretazioni.

In un primo raggruppamento – che in un'ipotetica schematizzazione potrebbe essere immaginato come quello più ampio – possono essere comprese le eccezioni al principio di non discriminazione di carattere generale che trovano applicazione nei confronti di tutti, ovvero della maggior parte dei “fattori di ri-



schio". Il riferimento è, in primo luogo, alle differenze di trattamento dovute all'età (e agli altri fattori di rischio vietati) qualora «per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata» si tratti di caratteristiche che costituiscono «un requisito essenziale e determinante» ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato (art. 4, § 1, della direttiva).

Un secondo raggruppamento, ascrivibile all'interno del precedente, potrebbe essere rappresentato dalle misure necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute, dei diritti e delle libertà altrui, nel quale inserire un raggruppamento più piccolo che fa riferimento a quelle disposizioni della direttiva che riguardano eccezioni legate al fattore età, ma anche ad altri specifici e nominati fattori di rischio (ad es. handicap e sesso). In proposito, la direttiva prevede all'art. 3, § 4, che gli Stati membri possano decidere di escludere in tutto o in parte le proprie forze armate dalle disposizioni della direttiva relative all'età, per salvaguardare la loro capacità di combattimento; e prevede anche all'art. 6, § 2, che gli Stati membri possano prevedere altresì che i regimi professionali di sicurezza sociale fissino un'età per poter accedere o avere titolo alle prestazioni pensionistiche o similari, purché questo non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso.

Infine, le sentenze consentono di tracciare i confini di un raggruppamento nel quale si prendono in considerazione soltanto e specificamente le disparità di trattamento collegate all'età. A tale proposito viene in rilievo l'art. 6, § 1, in base al quale «gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». Come si può notare, la clausola è particolarmente ampia e lascia un certo margine di discrezionalità al legislatore nazionale, pur sempre ovviamente nel rispetto del canone della ragionevolezza (C. DUNCAN, W. LORETTO (a cura di), *Never the Right Age? Gender and Age-Based Discrimination in Employment*, in *Gender, Work and Organization*, 2004, vol. 11, n. 1, 111). Tra le disparità di trattamento che non costituiscono discriminazione, la direttiva cita in particolare quelle che prevedono condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, compresi licenziamento e retribuzione, relativamente a giovani, lavoratori anziani, lavoratori con persone a carico; quelle che fissano condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità per l'accesso alla occupazione o ad alcuni vantaggi connessi; quelle che fissano un'età massima per l'assunzione basata su condizioni di formazione richieste o un ragionevole periodo minimo di lavoro prima del pensionamento.

Si prevede, quindi, che gli Stati membri ammettano in determinate circostanze la giustificazione di una discriminazione diretta fondata sull'età (per una critica si veda M.V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *LD*, 2004, 514, che rileva come soltanto le discriminazioni indirette siano giustificabili, là dove per quelle dirette mancherebbe lo «spazio per la prospettazione di qualunque ragione giustificatrice della disparità realizzata»). Si può ipotizzare che ciò sia necessario per rendere legittime le molteplici differenziazioni pratiche in ragione dell'età presenti nei vari ordinamenti, differenziazioni che non avrebbero potuto essere affrontate singolarmente dalla direttiva. Quest'ultima, mantenendo ferma la sua filosofia, ossia quella di dettare esclusivamente prescrizioni minime, si concentra sull'individuazione e definizione di parametri in grado di assicurare una certa coerenza con gli obiettivi generali che essa stessa si prefigge. Non si può non sottolineare, peraltro, che per quanto la vaghezza dei criteri appaia giustificata alla luce delle finalità della direttiva, essa troverà specificazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia chiamata prima o poi a validare la legittimità degli obiettivi delle politiche occupazionali adottate dai vari Stati membri. Specificazione, peraltro, già avvenuta in relazione al sopramenzionato caso *Mangold*, dove si è ritenuta non conforme al diritto comunitario una disciplina legislativa come quella tedesca in cui «l'obbligo per i datori di lavoro di giustificare l'apposizione del termine si attenua fino a scomparire in ragione di una diversa tutela accordata ai lavoratori ultracinquantenni. La tutela [...] della loro occupabilità, a fronte di una potenziale esclusione dal mercato del lavoro», (S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, in M. DELL'OLIO (a cura di), *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008) non pare, infatti, sufficiente a rendere legittimo un utilizzo indiscriminato dello strumento contratto a termine.

4. In Italia la trasposizione della direttiva 2000/78/CE è avvenuta per il tramite del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Il decreto introduce per la prima volta nel nostro sistema il divieto di discriminazione legato al fattore di rischio età. Senza ripercorrere le critiche che hanno accompagnato l'ingresso del decreto nel panorama normativo, proprio in riferimento ad alcuni fattori in *primis* quello dell'età, la trasposizione della direttiva è avvenuta in modo parziale e minimalista. Non era sfuggito a nessuno, infatti, come il d.lgs. n. 216/2003 non avesse preso in considerazione l'intero art. 6, § 1, della direttiva e che quindi sostanzialmente avesse evitato di tipizzare l'area delle c.d. discriminazioni "consentite".

A ciò ha posto rimedio l'art. 8-*septies* della l. n. 101/2008 (*Modifiche al decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*) sulla spinta della pendenza di una procedura di infrazione (cfr. procedura n. 2006/2441) iniziata nei confronti dell'Italia proprio per cattiva

trasposizione della direttiva 2000/78/CE. Tra i rilievi mossi allo Stato italiano vi erano anche quelli relativi alla mancata attuazione dell'art. 6, § 1. Il legislatore italiano con il nuovo intervento ha stabilito, pertanto, che sono fatte salve le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'età dei lavoratori e, in particolare, quelle che disciplinano: «a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di assicurare la protezione degli stessi; b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione; c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione, basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento».

Ai sensi del nuovo testo del decreto, tali disposizioni sono fatte salve purché «siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale, qualora i mezzi per il conseguimento di tali finalità siano appropriati e necessari».

Ad un giurista attento non sfugge come il provvedimento in parola non faccia altro che ricopiare pedissequamente il contenuto della direttiva e segnatamente dell'art. 6, § 1, al solo scopo di tacitare le osservazioni contenute nella lettera di messa in mora effettuata dalla Commissione nell'ambito della procedura di infrazione. Al di là di questo, la riproposizione del testo della direttiva dovrebbe consentire di definire in maniera circostanziata la compatibilità della legislazione nazionale con il fattore di rischio età e dovrebbe altresì consentire di delimitare il potere discrezionale del giudice nella valutazione dell'area delle discriminazioni per età "ammesse".

Si può dire che ad oggi, infatti, in assenza di una tipizzazione legislativa il vuoto è stato colmato dalla giurisprudenza. Di particolare interesse il punto di frizione che il decreto legislativo introduce fra rispetto del principio di non discriminazione per motivi di età e legislazione nazionale, allorquando questa si occupa del fattore età come fattore determinante per giustificare il potere di recesso del datore di lavoro *id est* un licenziamento. In quest'ambito le problematiche maggiori si sono incentrate sulla valutazione della legittimità o meno delle forme di c.d. pensionamento obbligatorio, considerando che la normativa italiana nel rispetto del quadro europeo include espressamente nell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione per motivi di età le condizioni di licenziamento ed esclude invece quelle di accesso ai trattamenti previdenziali.

Il problema non si pone con riferimento alle clausole dei contratti collettivi che prevedono che la cessazione del rapporto avvenga automaticamente nel momento in cui si raggiungano determinati requisiti pensionistici. La giuri-

sprudenza chiamata a verificare la loro legittimità, infatti, ne ritiene la nullità in considerazione del fatto che introdurrebbero in via surrettizia forme di contratti a tempo determinato (cfr. Cass. 11 agosto 2004, n. 15593).

Tale risultato, tuttavia, potrebbe essere rimesso in discussione dalle conclusioni raggiunte dalla sentenza della Corte di giustizia (C. Giust. CE, Grande Sezione, 16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*, in *DPL*, 2008, 26) nella causa C-411/05, in cui ha interpretato il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età, come realizzato dalla direttiva del Consiglio 2000/78/CE. La Grande Sezione ha stabilito, infatti, che il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età non impedisce di considerare valide le clausole di pensionamento obbligatorio stabilite nei contratti collettivi le quali richiedono, come unici requisiti, che il lavoratore abbia raggiunto il limite di età fissato dalla normativa nazionale per accedere al pensionamento e siano parimenti soddisfatti gli altri criteri in materia di previdenza sociale per avere diritto a una pensione di vecchiaia di tipo contributivo. La misura in parola dovrà comunque essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità d'interesse generale non dovranno apparire inappropriati e non necessari a tale scopo.

*Nulla quaestio*, invece, relativamente al contiguo tema dell'esclusione del lavoratore, al raggiungimento dell'età pensionabile, dall'ambito di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. È proprio la modifica al d.lgs. n. 216/2003 che consente di ritenere legittima tale disciplina annoverando l'art. 3, comma 4-*bis*, fra le disparità di trattamento ammesse quelle attuate in relazione alle condizioni di licenziamento per «i lavoratori anziani» purché «oggettivamente e ragionevolmente giustificate da finalità legittime, quali giustificati obiettivi della politica del lavoro, del mercato del lavoro e della formazione professionale».


La nuova formulazione dell'art. 3, comma 4, del d.lgs. n. 216/2003 impone all'interprete di valutare, invece, la corretta tenuta delle posizioni assunte dalla giurisprudenza in tema di licenziamenti collettivi. L'orientamento prevalente espresso nelle pronunce della Corte (Cass. 24 aprile 2007, n. 9866; Cass. n. 6 ottobre 2006, n. 21541; Cass. 21 settembre 2006, n. 20455) ritiene, infatti, razionalmente giustificato il ricorso al criterio della prossimità del trattamento pensionistico escludendo, quindi, che in tale ipotesi si possa ravvisare una discriminazione illecita. Secondo la Corte, infatti, deve essere considerato «razionalmente adeguato il criterio della prossimità al trattamento pensionistico con fruizione di “mobilità lunga”» stante «il minore impatto sociale dell'operazione» e purché, ovviamente, «il criterio adottato escluda qualsiasi discrezionalità del datore di lavoro».

I primi giudici di merito che hanno però avuto occasione di affrontare la problematica alla luce del d.lgs. n. 216/2003 sono pervenuti a conclusioni opposte, mettendo in evidenza come dopo l'introduzione in Italia del principio di

non discriminazione in relazione al fattore di rischio età, l'adozione di tale criterio integri gli estremi di discriminazione indiretta in ragione dell'età ponendo «gli appartenenti ad una determinata fascia di età in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altri dipendenti» (Trib. Milano 26 aprile 2006; Trib. Milano 4 aprile 2006; Trib. Milano 22 luglio 2005, n. 2970, in *LG*, 2006, 4, 397; Trib. Milano 12 luglio 2005; Trib. Milano 7 gennaio 2005, in *FI*, 2006, c. 2252 ss.; App. Firenze 27 marzo 2006, in *D&L*, 2006, 910, in particolare quest'ultima sentenza ritiene che sussista una discriminazione in base all'età ai sensi del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, nell'accordo sindacale che individui la possibilità del lavoratore di accedere al pensionamento come unico criterio in base al quale collocare in mobilità i lavoratori). Ciò a maggior ragione in presenza di una «fattispecie concreta nella quale l'esubero della forza lavoro sia stato effettivamente quantificato a prescindere dall'individuazione di un ambito organizzativo di riferimento» in cui «viene ad essere pregiudicata ogni possibilità di controllo sull'effettivo nesso causale tra la prospettata riduzione e l'esigenza riorganizzativa dell'impresa e quindi sulla giustificazione di ogni singolo licenziamento» (Trib. Milano 22 luglio 2005, cit.). Le Corti di merito riprendono alcune delle argomentazioni effettuate dalla Cassazione anni addietro poi rimaste minoritarie. La Corte, infatti, in precedenza aveva sostenuto che il solo criterio della vicinanza al pensionamento era da ritenersi illegittimo se non combinato con altro criterio di selezione interna, non potendo il margine di discrezionalità del datore di lavoro nella scelta dei lavoratori pensionabili da licenziare essere utilizzato a mero scopo discriminatorio (Cass. 2 settembre 2003, n. 12781; Cass. 19 settembre 2002, n. 13393). Se la Corte era pervenuta comunque a tali conclusioni, oggi, dopo l'introduzione nel nostro ordinamento di un divieto esplicito di discriminazione per età, il quadro normativo di riferimento consente di rivedere la questione e di valutare l'esistenza di un ulteriore e assorbente motivo di illegittimità.

*Maria Paola Monaco*  
*Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Firenze*

## 2. Lavoro sportivo

2.1. C. Giust. 16 marzo 2010, C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP v. Olivier Bernard, Newcastle UFC* (in  archivio storico, voce *Lavoro sportivo*).

**Art. 45 TFUE - Libera circolazione dei calciatori professionisti - Restrizioni non discriminatorie alla libera circolazione dei lavoratori - Indennità di formazione commisurata ai costi di formazione, legittimità.**

*L'art. 45 TFUE non osta ad un sistema che, al fine di realizzare l'obiettivo di incoraggiare l'ingaggio e la formazione di giovani giocatori, garantisca alla società che ha curato la formazione un indennizzo nel caso in cui il giovane giocatore, al termine del proprio periodo di formazione, concluda un contratto come giocatore professionista con una società di un altro Stato membro, a condizione che tale sistema sia idoneo a garantire la realizzazione del detto obiettivo e non vada al di là di quanto necessario ai fini del suo conseguimento.*

*Per garantire la realizzazione di tale obiettivo non è necessario un regime, come quello oggetto della causa principale, per effetto del quale il giocatore "promessa", il quale, al termine del proprio periodo di formazione, concluda un contratto come giocatore professionista con una società di altro Stato membro, si esponga alla condanna ad un risarcimento del danno determinato a prescindere dagli effettivi costi della formazione.*

### Indennità di formazione e libertà di circolazione dei giovani calciatori professionisti

*Sommario:* 1. Fatti ed interessi della causa principale. – 2. Decisione della Corte. – 3. L'indennità di formazione quale ostacolo non discriminatorio alla libera circolazione dei lavoratori: una conferma ai principi del c.d. caso *Bosman*. – 4. L'indennità di formazione commisurata ai costi sostenuti dalla società che ha curato la formazione quale legittima restrizione alla libertà di circolazione. – 5. Conclusioni.

1. A quindici anni di distanza dalla c.d. sentenza *Bosman* (C. Giust. 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*), la Corte di Giustizia è nuovamente chiamata a pronunciarsi in materia di libera circolazione di calciatori professionisti.

Nel caso di specie, il 1° luglio 1997 il giovane calciatore Oliver Bernard stipulava un contratto triennale di formazione con la società francese Olympique Lyonnais. Il rapporto era regolato dalla *Charte du football professionnel* della Federazione francese del gioco del calcio (*Fédération Française de Football*) relativa alla stagione 1997-1998, con carattere di contratto collettivo. In particolare, essa disponeva l'obbligo per i giocatori "promessa" (*joueurs espoir*), al termine del contratto di formazione e nel caso in cui la società che ne aveva curato la formazione lo richiedesse, di sottoscrivere il primo contratto di gio-

catore professionista con la società medesima (art. 23 *Charte*). A fronte di tale obbligo non era prevista alcuna penale prestabilita. Era, pertanto, applicabile la norma generale in tema di inadempimento contrattuale prevista dall'art. L122-3-8 del *Code du travail*, che disponeva il risarcimento del danno corrispondente al pregiudizio subito.

Prima dello scadere del contratto di formazione, l'Olympique Lyonnais, aveva proposto al sig. Bernard la sottoscrizione di un contratto da professionista della durata di un anno a decorrere dal 1° luglio 2000. Quest'ultimo, tuttavia, si rifiutava di sottoscrivere tale contratto e concludeva, invece, nell'agosto 2000, un contratto come giocatore professionista con la società inglese Newcastle UFC.

Venuta a conoscenza di quest'ultimo contratto, l'Olympique Lyonnais citava il sig. Bernard, ed in solido il Newcastle UFC, davanti ai giudici francesi chiedendone la condanna al pagamento di una somma pari alla retribuzione che egli avrebbe percepito in un anno se avesse sottoscritto il contratto con la società francese, a titolo di risarcimento del danno.

Dopo i primi due gradi di giudizio, la causa va presso la *Cour de Cassation*, per la quale la vicenda sollevava dei problemi di interpretazione dell'art. 39 TCE (ora art. 45 TFUE). Dunque, essa ha ritenuto di sottoporre alla Corte di Giustizia due questioni pregiudiziali tese a stabilire se il sistema previsto dall'art. 23 della *Charte* costituisca una restrizione alla libera circolazione dei lavoratori e, nel caso in cui lo fosse, se la necessità di incentivare l'ingaggio e la formazione di giovani calciatori professionisti possa costituire un obiettivo legittimo o una ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare una simile restrizione.

Gli interessi a margine di questa sentenza erano notevoli, al punto da essere richiamati anche nelle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston, in cui si legge che, benché la vicenda abbia riguardato due importanti società, è chiaro che il problema della salvaguardia del c.d. "vivai calcistici" sia tanto maggiore tanto più è piccola la società per la quale la perdita degli investimenti in giovani giocatori rappresenta «una minaccia per la sopravvivenza (sia economica che sportiva)» (conclusioni avvocato generale, punto 1).

Le regole della FIFA, nonché quelle attualmente in vigore in Francia, prevedono ora un regime diverso rispetto a quello vigente all'epoca dei fatti. In base all'art. 20 del regolamento approvato nel 2004 dalla FIFA e all'allegato 4 del medesimo, è ora previsto un sistema di calcolo della indennità di formazione, individuabile *ex ante*, commisurato ai costi di formazione sostenuti dalla società. Ebbene, «esplicitamente o implicitamente [...] le parti hanno anche richiesto che la Corte dia il suo *placet* alle norme attualmente in vigore» (conclusioni avvocato generale, punto 61).

Sebbene i fatti siano antecedenti all'entrata in vigore delle suddette norme (sicché, una sorta di approvazione esplicita sarebbe impossibile *ratione temporis*), è evidente che la sentenza annotata sarà comunque utile per stabilire la compatibilità delle nuove norme con il diritto comunitario.

2. Dopo aver svolto considerazioni preliminari in merito alla propria competenza, nonché all'assoggettabilità dell'attività sportiva e della contrattazione collettiva alle regole del trattato, il ragionamento della Corte si sviluppa secondo due passaggi logici. Con il primo passaggio, che costituisce una conferma dei principi espressi nella sentenza *Bosman*, la Corte stabilisce che il sistema istituito dall'art. 23 della *Charte* costituisce un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, posto che è idoneo a dissuadere il giocatore dall'esercitare il diritto alla libera circolazione. Nel secondo passaggio, più innovativo, la Corte riconosce, tuttavia, che l'obiettivo di incoraggiare l'assunzione e la formazione dei giovani giocatori è legittimo e si spinge fino alla definizione dei criteri cui le indennità di formazione debbono attenersi per poter costituire proporzionate e legittime restrizioni alla libertà di circolazione dei lavoratori.

3. La libertà di circolazione dei lavoratori si basa sull'art. 45 TFUE, secondo il quale essa implica «l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro», fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Se il diretto corollario di tale disposizione è il riconoscimento della lesione della libertà di circolazione in tutte quelle disposizioni che, direttamente o indirettamente, comportino la discriminazione di un lavoratore in ragione della sua nazionalità, con una giurisprudenza «marcatamente creativa» (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Padova, 2009, 120), la Corte è giunta ad attribuire rilevanza anche ad ostacoli non discriminatori.

Con la sentenza *Bosman*, infatti, si è aperto un filone giurisprudenziale volto ad individuare la rilevanza anche di ostacoli non discriminatori alla libera circolazione dei lavoratori. L'obiettivo della Corte è quello di rendere omogenei i criteri giurisprudenziali relativi alle quattro libertà fondamentali, adottando così, pure per la libertà di circolazione dei lavoratori, il principio per cui il diritto comunitario si estende anche alle misure nazionali non discriminatorie (c.d. indistintamente applicabili), se capaci di incidere sulla libertà di circolazione, ostacolando l'accesso al mercato di uno Stato membro (G. ORLANDINI, *La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 498; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo: cittadinanza, libertà di circolazione, concorrenza, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2006, 99). L'orientamento espresso nella sentenza *Bosman* ha trovato, poi, costante conferma (cfr., anche per i numerosi richiami giurisprudenziali, M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, 121).

Aderendo a tale orientamento la Corte ha ritenuto che un regime per cui al giocatore "promessa" è imposto, al termine del suo periodo di formazione, di concludere, a pena di risarcimento del danno, il primo contratto come giocato-



re professionista con la società che ne ha curato la formazione, è idoneo a ledere la libera circolazione.

4. Secondo i principi generali, una misura che ostacoli la libera circolazione è ammessa solo qualora persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato, sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale, sia idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo e non ecceda quanto necessario per conseguirlo.

La legittimità dello scopo dell'incoraggiare l'ingaggio e la formazione di giovani giocatori è stata già sostenuta dalla Corte (sentenza *Bosman*, cit., punto 106) e ciò per la considerazione della notevole importanza sociale dello sport professionistico; importanza oggi riconosciuta anche all'interno del TFUE, all'art. 165, § 1, secondo periodo e che, ancor prima, aveva spinto la Commissione europea ad adottare, nel 2007, il Libro bianco sullo Sport.

In linea di principio, poi, tale scopo legittimo può essere perseguito attraverso una indennità di formazione: la prospettiva di percepire una simile indennità è idonea, infatti, ad incoraggiare le società a cercare nuovi giocatori di talento e ad assicurare la formazione di giovani giocatori.

Accertate la legittimità dello scopo e l'idoneità del mezzo per garantire il conseguimento dell'obiettivo, l'indagine si sposta sull'ultimo aspetto, ovvero sulla verifica che il mezzo non ecceda quanto necessario per conseguire lo scopo. Si tratta del test di proporzionalità, efficacemente definito «*leit motiv* della giurisprudenza della Corte in materia di "limiti" al Trattato» (S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, 18, nota 16).

Secondo la Corte, il regime previsto dalla legislazione francese non è un regime proporzionato allo scopo. In siffatto sistema, peraltro, non era prevista propriamente una indennità di formazione, ma un risarcimento del danno. Secondo la Corte il risarcimento di un danno, che non tiene conto dei costi di formazione ma che viene stabilito sulla base di una valutazione di criteri non precisati *ex ante* va al di là di quanto necessario ai fini dell'incoraggiamento dell'ingaggio e della formazione di giovani giocatori, nonché del finanziamento di tali attività.

Sul test di proporzionalità era "crollato il sistema" delle indennità calcistiche nella sentenza *Bosman*. Secondo l'interpretazione fornita nella sentenza *Bosman*, essendo impossibile prevedere l'avvenire sportivo dei giovani calciatori e poiché solo pochi di essi si dedicheranno all'attività professionistica, le indennità di formazione non possono svolgere un ruolo determinante.

Una piccola apertura era, però, già individuabile.

Dopo aver sottolineato l'illegittimità della previsione di tali indennità a motivo dell'aleatorietà della condizione di giocatore "promessa" la Corte, in un'argomentazione *ad abundantiam*, sosteneva: «e, comunque, non hanno alcun rapporto con le spese effettivamente sostenute dalle società per formare sia i futuri calciatori professionisti, sia i giovani che non diventeranno mai tali» (sentenza *Bosman*, cit., punto 109). Tale inciso, tuttavia, non induceva la

Corte, nella sentenza *Bosman*, a ravvisare la sussistenza di possibili eccezioni alla conclusione secondo cui la previsione di una indennità di formazione (oltre che di trasferimento o promozione) è comunque incompatibile con la libertà di stabilimento.

Nella sentenza in esame, la Corte riprende, sviluppa ed elabora quell'inciso, sino a farlo invece divenire una vera e propria eccezione al sistema. La Corte stabilisce, infatti, che non osta all'art. 45 TFUE un sistema che, al fine di realizzare l'obiettivo di incoraggiare l'ingaggio e la formazione di giovani giocatori, garantisca alla società che ha curato la formazione un indennizzo nel caso in cui il giovane giocatore, al termine del proprio periodo di formazione, concluda un contratto come giocatore professionista con una società di un altro Stato membro; tuttavia, affinché ciò non vada al di là di quanto necessario per il conseguimento dello scopo, non è possibile «prescindere dagli effettivi costi della formazione».

Alla luce di tali principi è possibile anche affermare che le attuali regole FIFA sembrano essere compatibili con il Trattato.

5. La Corte riconosce dunque, *apertis verbis*, la possibilità di una indennità di formazione, che permetta alla società di recuperare i costi sostenuti per la formazione.

Sullo sfondo di tale riconoscimento si colloca la strategia di Lisbona (richiamata dall'avvocato generale al punto 48 delle sue conclusioni), la quale attribuisce un obiettivo primario alla formazione dei lavoratori, in tutti i settori. Per il raggiungimento dell'ambizioso obiettivo della "economia basata sulla conoscenza" è opportuno individuare mezzi per sostenere ed incentivare le imprese ad investire in formazione. Infatti, «in un mercato del lavoro aperto in cui i lavoratori possono andarsene e portare il loro *skill* con loro, c'è una minore propensione delle imprese ad investire in formazione, per l'incertezza della ritenzione, vale a dire di recuperare i relativi costi» (M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 174). In tal senso prospettiva di recuperare i costi, tramite un'indennità di formazione, può costituire un incentivo alle imprese ad investire nella formazione e contribuire, così, alla realizzazione della più ampia Strategia di Lisbona.

Maria Teresa Crotti

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali  
Università degli Studi di Pavia

# ***OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO***

---

## **International Labour Organization**

- *maternità e paternità: quadro comparato (1.1.)*
- *salute e sicurezza: i nuovi rischi (1.2. – 1.3.)*

## **Quadro internazionale e comparato**

- *paesi in via di sviluppo: problemi e prospettive (2.1. – 2.4.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio  
internazionale e comparato*

**I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in [www.adapt.it](http://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. International Labour Organization

**1.1.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Maternity at work. A review of national legislation*, giugno 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 22).

### Il quadro comparato in tema di tutela della maternità

*Sommario:* **1.** Introduzione, struttura del Rapporto e principi europei in materia di maternità. – **2.** Congedi di maternità, congedi parentali e di paternità. – **3.** Un nuovo ruolo per la paternità.

**1.** Il recente studio dell'ILO, *Maternity at work. A review of national legislation 2010* (in epigrafe), aggiorna lo stato della legislazione in materia di maternità nei 167 Stati membri, con un *focus* sulle modalità e sulle disposizioni dei paesi che hanno adottato legislazioni in linea con i principi dichiarati nella convenzione dell'ILO n. 191/2000, *C183 Maternity Protection Convention*, e nella sua relazione di accompagnamento.

Nel report, che esamina lo stato e il progresso della legislazione a tutela della maternità negli Stati che si sono dotati di una specifica disciplina, si evidenzia non solo la necessità di una migliore applicazione delle normative in materia ma anche l'esigenza, da parte di imprese e governi, di promuovere iniziative non normative al fine di garantire alle donne pari opportunità e di mettere le parti sociali in condizioni di fare dell'uguaglianza sul posto di lavoro una realtà. Le priorità sono il progresso, la promozione della parità di genere e l'*empowerment* delle donne.

La protezione della maternità è stata una dei principali obiettivi dell'ILO sin dalla prima Conferenza internazionale del lavoro tenutasi nel 1919 e ha portato all'adozione della prima convenzione in materia, concernente la tutela e l'impiego delle donne prima e dopo il parto (convenzione n. 3). Nel 1952 è stata emanata una nuova convenzione (n. 103) rivista dal sindacato italiano nel corso dei lavori a Ginevra e si è sottolineato che tali diritti sono irrinunciabili, per cui una revisione della convenzione in senso peggiorativo avrebbe incontrato forti resistenze da parte di quei paesi che avevano applicato e migliorato la precedente normativa. Nel giugno 2000 l'ILO con l'esigenza di promuovere una maggiore uguaglianza delle donne lavoratrici nonché la salute e la sicurezza della madre e del bambino ha emanato una nuova convenzione (n. 183) per preservare la mortalità infantile ed innalzare il miglioramento della salute delle madri.

Il Report è diviso in due sezioni. La prima, in riferimento alle disposizioni sul congedo della maternità, analizza tre aspetti fondamentali come la durata, il beneficio monetario pagato e la fonte del finanziamento. La seconda prende in esame altri tipi di congedi come: disposizioni, misure di salvaguardia in materia di occupazione, salute e sicurezza e l'allattamento.

2. Dal rapporto emerge che circa il 30% degli Stati membri soddisfano pienamente i requisiti della convenzione n. 183 per quel che attiene ai citati aspetti. Dai dati si evince che nella metà dei paesi analizzati, nel 2009, vi sono almeno 14 settimane di congedo. Per quanto riguarda il pagamento di prestazioni in denaro durante il congedo, è il 42% dei paesi a raggiungere il tenore di almeno due terzi della retribuzione pagata per almeno 14 settimane. Una piccola minoranza di questi non forniscono prestazioni in denaro durante il congedo di maternità.

Dal confronto si desume una tendenza complessiva verso più lunghi periodi di congedo di maternità per la nascita del bambino.

Già nel 1994 il 38% dei paesi aveva previsto almeno 14 settimane di congedo di maternità, ora invece, alla luce dei dati forniti dal monitoraggio del 2009 si nota un innalzamento del 10% degli Stati aderenti a questa proposta.

A detenere il primato con un alto numero di paesi con maggiore durata del congedo di maternità sono l'Unione europea ed il Medio Oriente.

Per quanto concerne invece la compensazione finanziaria, nei 167 paesi, il 97% offre una retribuzione durante il congedo di maternità mentre nel 42% dei casi la retribuzione percepita è pari ad almeno due terzi dello stipendio.

Molti paesi hanno inoltre adottato misure legali a tutela delle donne per il periodo della gravidanza e per i rischi connessi al lavoro di cura. Se esiste un notevole pericolo sul posto di lavoro la legge richiede spesso che i datori di lavoro adottino misure atte a ridurre tali rischi tramite l'assegnazione ad altri compiti.

Il rapporto ha evidenziato significanti e sensibili miglioramenti, nel corso degli ultimi 15 anni, della legislazione a tutela della maternità in tutto il mondo, incentrando l'attenzione sulla salute delle donne in maternità e del figlio, con l'attenzione verso i periodi di riposo di più lunga durata al momento del parto.

3. Le strategie e le politiche per conciliare lavoro e vita familiare differiscono notevolmente da un paese all'altro; tuttavia la figura paterna sta acquisendo un significativo ruolo al fine di supportare la donna nella conciliazione lavoro e vita familiare. In tal senso si registra uno spostamento nella direzione di incoraggiare i padri a chiedere congedi per assistenza attraverso congedi di paternità o la modificazione di congedi parentali.

I diritti al congedo di paternità, e brevi congedi dati dopo la nascita del figlio, possono essere obbligatori o facoltativi: in Italia i padri hanno il diritto e non l'obbligo di prendere due settimane di congedo post natale; in Portogallo il congedo di paternità è di 20 giorni, di cui 5 sono obbligatori; in Islanda non c'è distinzione fra congedo di maternità e paternità ma viene invece garantito un congedo retribuito di nove mesi (nella misura dell'80% del salario) dopo la nascita del figlio. Tale congedo viene diviso equamente tra la madre, il padre (la cui quota non è trasferibile) e la coppia.

Lo studio fa esplicito riferimento all'importanza dei congedi riguardanti i papà. Si parla quindi di congedi di paternità, parentale e di adozione, fondamentali per permettere una maggiore conciliazione sia per gli uomini ma soprat-

tutto per le donne. I servizi per l'infanzia – finanziati da fondi pubblici o sussidi – sono essenziali anche per destreggiarsi tra carriera e responsabilità familiari.

Si è notato che le disposizioni previste per i congedi di paternità sono in aumento in tutto il mondo, con almeno 49 paesi che offrono politiche di congedo parentale. Tale modello di politica ha lo scopo di promuovere una condivisione più equa delle responsabilità familiari fra uomini e donne ed inoltre vuole riconoscere il coinvolgimento del padre all'interno della famiglia come passo importante verso la parità tra i sessi.

In Europa, la direttiva del Consiglio sull'accordo quadro sul congedo parentale del 3 giugno del 1996, è stata fondamentale per far aumentare il numero di paesi che prevedono congedi parentali individuali, incoraggiando in tal modo sia l'accesso dei padri al congedo parentale, sia una maggiore uguaglianza di genere.

Per quanto riguarda il tasso di accesso al congedo, i dati mostrano che le madri continuano ovunque a prendere il congedo in misura maggiore rispetto ai padri. Un interessante sviluppo si è registrato nei paesi della CEE con l'introduzione del diritto ad un congedo per motivi di assistenza concesso a persone diverse dai genitori (nonni o altri parenti) che si prendono cura dei bambini. Questo avviene in Moldavia, Lituania, Russia. In Norvegia, ad esempio, i genitori possono godere di un "conto di tempo" che permette loro di prendere un congedo parentale a tempo parziale combinato con la riduzione dell'orario di lavoro durante un periodo di due anni mentre in Mongolia le madri ed i padri single, hanno diritto alle ferie fino a tre anni del bambino.


Vi è poi una serie di settori e paesi in cui la tutela della maternità deve essere rafforzata. Infatti, in alcuni di essi le donne che lavorano in agricoltura o si occupano di lavori domestici o part-time sono continuamente escluse dalla copertura delle prestazioni legali e finanziarie connesse alla maternità. Tuttavia, di recente, si è visto uno sviluppo positivo. In almeno 54 Stati si beneficia della normativa in materia di congedo di maternità per le lavoratrici domestiche ad esempio in Guatemala, per tale fascia di lavoratrici, si sono ampliati i servizi di sicurezza sociale, come maternità e l'infanzia.


Le donne con una copertura di assistenza sociale hanno diritto a 75 giorni di congedo di maternità e percepiscono, in tale periodo, una retribuzione in misura pari al 100% dello stipendio durante il congedo di maternità. Le donne invece che non sono coperte da alcuna assistenza dovranno esser pagate dal datore di lavoro.

In molti Stati membri dell'ILO, compresa la Spagna, Finlandia, Libia, Portogallo e Svezia le donne che lavorano autonomamente sono già incluse nel campo di applicazione della maternità. In tale contesto appare opportuno citare anche i recenti provvedimenti approvati in campo europeo come la nuova direttiva 2010/41/UE sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che ha esteso la protezione sociale sia alle lavoratrici

autonome che alle “coniugi o conviventi coadiuvanti” e si pone in linea con una serie di risoluzioni adottate dalla Conferenza internazionale del lavoro.

### 1. International Labour Organization (*segue*)

**1.2.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Plan of action to achieve widespread ratification and effective implementation of the occupational safety and health instruments*, 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 16).

**1.3.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Emerging risks and new patterns of prevention in a changing world of work*, 28 aprile 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 16).

#### (1.2. – 1.3.) Le indicazioni ILO in tema di “nuovi rischi” per la salute e sicurezza

*Sommario:* **1.** In generale. – **2.** Creare un contesto globale sempre più consapevole dell’importanza degli standard SSL. – **3.** Riuscire a trattare con priorità le questioni SSL nell’agenda nazionale. – **4.** Migliorare la situazione SSL sui luoghi di lavoro. – **5.** Altre azioni. Il ruolo della ricerca. – **6.** Conclusioni.

**1.** I due rapporti in commento sono il fronte più avanzato per l’effettiva attuazione del lavoro “decente” e si caratterizzano per il forte impulso dato dall’ILO. Essi sono elaborati rispettivamente il primo dal dipartimento International Labour Standards (NORMES) in collaborazione con l’Ufficio per le attività dei lavoratori, sviluppato su richiesta della Conferenza – giugno 2009 – e del Governing Body – novembre 2009 – in esito all’esame del rapporto del Comitato di esperti sulla ratifica ed applicazione degli strumenti in materia di salute e sicurezza basato sul contributo di oltre 100 paesi; il secondo dal programma ILO denominato *SafeWork* per la Giornata mondiale per la salute e sicurezza sul lavoro del 28 aprile 2010.

L’Italia non ha formalmente ratificato alla data odierna (fonte ILOLEX) nessuno degli atti presi di cui al Piano d’azione in esame (convenzione ILO n. 155/1981 e suo protocollo del 2002, e la convenzione ILO n. 187/2006).

Il contesto dell’attuale crisi economica globale rende urgente spostare l’attenzione sull’efficienza della prevenzione degli incidenti e le morti sul lavoro, i cui numeri e relativi costi sono ancora troppo alti. Assume rilevanza strategica la promozione di una cultura di prevenzione effettiva, con ricorso a tutti i mezzi disponibili per incrementare conoscenza, comprensione e consapevolezza dei rischi e pericoli sul lavoro. A tal fine sono indispensabili lo scambio stabile di informazioni, esperienze e buone pratiche nel quadro della cooperazione internazionale, nazionale e fino alla dimensione aziendale, non-



ché l'impegno della dirigenza a tutti i livelli e l'effettiva partecipazione dei lavoratori.

La risposta internazionale e dell'Unione europea a tale urgenza si riconduce alla Strategia globale adottata dalla Conferenza ILO nel 2003 ed alla conseguente convenzione n. 187/2006 sulla salute e sicurezza sul lavoro (strumenti chiave assieme alla convenzione n. 155/1981 ed al suo protocollo del 2002). La Strategia globale ILO è espressamente richiamata dalla Strategia europea per la sicurezza 2007-2012 – vedi il punto n. 8, invito del Consiglio agli Stati membri (risoluzione del Consiglio UE del 25 giugno 2007) – ed ha dato un forte impulso alle ratifiche di singoli paesi fino ad allora non aderenti.

Vi è da dire che il Piano d'azione si aggancia anche al documento di pianificazione strategica delle attività dell'ILO, *Strategic Policy Framework 2010-2015*, il quale si propone di migliorare globalmente i sistemi nazionali di salute e sicurezza sul lavoro in accordo con gli standard ILO, specialmente nei settori dell'economia dove l'adozione delle misure di sicurezza incontra maggiori difficoltà, come nelle piccole e medie imprese e nell'economia "informale" o sommersa.

Il Piano d'azione in esame pone l'esigenza primaria di creare la massima coesione interna all'organizzazione internazionale, richiedendo per la sua concreta attuazione la più ampia e coerente collaborazione a tutti gli organi di governo, i dipartimenti e gli uffici. I dipartimenti direttamente interessati devono offrire collaborazione ogni qualvolta siano a ciò richiesti da altri dipartimenti, con particolare attenzione a quei paesi nei quali i diritti organizzativi e di sciopero dei lavoratori incontrano limitazioni.

La collaborazione sarà cercata anche a livello delle altre organizzazioni internazionali e regionali aventi competenza in materia, come l'Agenzia europea EU-OSHA, la FAO, la IAEA, l'ICOH, l'IMO, l'ISSA, l'UNEP, l'UNITAR e la WHO. Così come saranno tenute in considerazione tramite altre collaborazioni, siano esse pubbliche che private.

Il Piano d'azione va di pari passo con i contenuti del documento sui rischi emergenti ed ha i tre seguenti obiettivi principali: creare un contesto globale sempre più consapevole dell'importanza degli standard di SSL (Secure Socket Layer), riuscire a trattare con priorità le questioni SSL nell'agenda nazionale e migliorare la situazione SSL sui luoghi di lavoro.

**2.** Per un contesto globale sempre più consapevole è fondamentale promuovere una cultura preventiva di SSL, necessaria sia per l'effettiva attuazione del Piano d'azione sia per far fronte ai nuovi rischi e migliorare i risultati nel lungo periodo. È perciò necessario sviluppare adeguate capacità all'interno di ogni singolo paese. La prevenzione è anzitutto una questione di *leadership* ad ogni livello, da quello internazionale con l'ILO, a quello nazionale e fino al livello di ogni singola impresa.

Si è individuata la Giornata mondiale della salute e sicurezza sul luogo di lavoro che cade il 28 aprile, per promuovere visibilità e consapevolezza della cultura preventiva ad ampio raggio tra tutti i soggetti coinvolti. La relativa

campagna annuale culmina con l'organizzazione di incontri internazionali ed è il momento topico di impegno ad ognuno dei predetti livelli.

Per aiutare lo sviluppo di capacità è predisposto materiale esplicativo pratico e semplice da usare, che soddisfi le necessità di governi, datori di lavoro e lavoratori. Esso deve includere e spiegare linee guida tecniche, metodologie per registrare e notificare le statistiche di incidenti sul lavoro e malattie professionali, come condividere buone pratiche e strumenti per l'educazione e la formazione SSL, metodi di valutazione di pericoli e rischi che tengano in considerazione la costante evoluzione tecnica.

L'attuazione delle convenzioni SSL da parte di ciascun paese è sostenuta con mirate attività di formazione, organizzate in collaborazione con il centro ILO di Torino. I relativi materiali saranno periodicamente rivisti ed aggiornati.

In questo quadro promozionale e di generale supporto per una cultura preventiva di SSL, la diffusa ratifica ed attuazione degli strumenti di cui si occupa il Piano in esame è di importanza strategica, sia perché attiva un importante processo di miglioramento nell'area SSL, sia perché dà un impulso decisivo alla ratifica di altri strumenti internazionali.

**3.** In relazione al secondo obiettivo della trattazione prioritaria delle questioni SSL, ogni paese è chiamato a sviluppare gradualmente un proprio profilo nazionale di SSL, con la relativa politica, programmi e piani d'azione per perseguire miglioramenti mirati nelle infrastrutture e nei sistemi SSL. Le informazioni raccolte grazie allo sviluppo dei profili nazionali consentono all'ILO di fornire specifica assistenza per mettere in atto la legislazione corrispondente alle convenzioni SSL.

L'orientamento della politica potrà essere sviluppato tramite gruppi di lavoro su progetti di cooperazione tecnica e reti di formazione nelle aree delle ispezioni del lavoro, registrazione degli incidenti sul lavoro e malattie professionali, stabilimento o rafforzamento del meccanismo tripartito di dialogo SSL. I modelli di documento per la formulazione delle politiche nazionali includeranno l'orientamento finalizzato ad assicurare la consultazione e cooperazione dei lavoratori e dei loro rappresentanti sulle questioni relative alla SSL e, altresì, a stimolare la capacità delle organizzazioni dei lavoratori di fornire servizi di assistenza nella materia in discorso.

L'ILO è pronta a dare assistenza a quei paesi che intendano elaborare profili nazionali, sviluppare politiche, lanciare programmi, sviluppare la legislazione, ratificare le convenzioni. L'assistenza tecnica include il supporto nella predisposizione delle analisi delle lacune legislative, la ricerca e lo sviluppo di strumenti per sostenere l'azione nella SSL e l'aumento di visibilità dei benefici derivanti dal miglioramento delle condizioni SSL. Si possono organizzare corsi di formazione per i politici su come rendere prioritarie le questioni SSL. L'auspicio è di convincere la classe politica a considerare la SSL come un ingrediente essenziale dello sviluppo. In tal senso, tutti i paesi devono essere messi in grado di fare le proprie stime e valutazioni del peso degli incidenti sul lavoro e delle malattie professionali sull'economia nazionale.

**4.** Il terzo obiettivo del miglioramento delle condizioni di SSL a livello d'impresa è forse l'obiettivo sostanziale a cui tendono strumentalmente i precedenti. Esso costituisce il vero scopo finale dei programmi e di ogni altra azione adottata a livello nazionale. La convenzione n. 155 contiene specifiche previsioni dirette proprio al livello dell'impresa. Questo è il livello che tutte le varie azioni devono mirare a sostenere. Si considerano, allora, l'approccio manageriale basato sulle linee guida ILO sui sistemi di gestione della salute e sicurezza sul luogo di lavoro (ILO-OSH 2001), la promozione di attività di formazione per i lavoratori e loro rappresentanti e datori di lavoro, lo stabilimento e sostegno di comitati efficaci SSL, la promozione degli strumenti informativi destinati alle imprese come codici di condotta, le banche dati del Centro d'informazione sulla SSL (CIS), il Programma internazionale sulla sicurezza delle sostanze chimiche (IPCS) che prevede l'adozione di apposite schede informative per ogni sostanza, il Sistema armonizzato di classificazione ed etichettatura delle sostanze chimiche (GHS), la realizzazione di sistemi per registrare e notificare incidenti sul lavoro e malattie professionali, lo sviluppo di manuali e metodologie per l'assistenza alle imprese nell'applicazione pratica dei requisiti SSL.

Le linee guida per la prevenzione dei nuovi rischi indicano l'impresa quale luogo ove la cultura preventiva deve diffondersi senza deroghe, sia capillarmente, in ogni livello del management, sia tra i lavoratori e loro rappresentanti.

**5.** Lo stretto collegamento esistente tra una cultura preventiva ed i sistemi di sicurezza sociale nazionale si coglie in relazione ai notevoli costi economici per tali sistemi derivanti dagli incidenti (mortalità e non), a causa di risarcimenti, perdita di ore lavorative, interruzione delle attività di produzione, riabilitazione, spese mediche e così via.

L'ILO richiede che il mondo della ricerca sostenga la strategia fondamentale disegnata nel Piano d'azione. Essa deve monitorare l'impatto economico degli standard internazionali del lavoro, l'impatto della legislazione sul miglioramento della SSL, il ruolo della legislazione nel rafforzamento dei sistemi nazionali di SSL, la relazione tra un ambiente salubre e sicuro e la produttività e competitività. In base alle esperienze raccolte ed alla ricerca condotta, sussiste l'esigenza di elaborare e migliorare modelli di comportamento e pratiche di SSL, particolarmente in termini di efficacia dei costi, che siano attuabili ed adeguati anche ai bisogni delle piccole e medie imprese e dell'economia sommersa.

La ricerca deve impostare la dimensione di genere della SSL.

Appropriate strategie possono essere individuate grazie alle informazioni sistematicamente raccolte ed analizzate in ogni paese riguardo a queste aree. Esistono due specifici programmi a tale proposito, finalizzati a promuovere le condizioni di lavoro da parte dei proprietari e direttori delle PMI e degli agricoltori (programmi WISE e WIND).

Le misure preventive e di protezione devono essere costantemente sviluppate e adeguate ai progressi scientifici e tecnologici ed ai cambiamenti socio-economici. Il più delle volte il voler creare un ambiente completamente salubre e sicuro in termini assoluti si rivela un obiettivo irraggiungibile. Conseguentemente, l'effettiva messa in opera degli standard di salute e sicurezza deve fare affidamento sull'impegno continuo per il miglioramento delle condizioni di lavoro e sull'applicazione dell'approccio basato sul modello PDCA (*plan-do-check-act*: pianifica-attua-verifica-consolida). È centrale la fase di verifica periodica dei risultati per mutuare i miglioramenti, per risolvere criticità e per agire meglio a beneficio della complessiva situazione.

Per dare priorità alle varie azioni occorre disporre di numero e natura degli infortuni sul lavoro e malattie professionali. Ma la comparazione e l'analisi sono difficili da condurre perché i vari sistemi nazionali si caratterizzano per grande varietà di struttura e metodologie adottate. Tutto ciò pregiudica la possibilità di imparare dall'esperienza.


Intanto si può incrementare la raccolta, il calcolo e la diffusione dei dati statistici rilevanti per la SSL, raccogliendo sistematicamente e rendendo pubblici i dati esistenti. L'aggiornamento degli elenchi nazionali delle malattie professionali è promosso a livello di singoli ordinamenti nazionali alla luce della revisione del 30 novembre 2009[,] in sostituzione dell'elenco allegato alla raccomandazione n. 194/2002.


La convenzione n. 187 prevede l'adozione da parte di ogni paese di appositi indicatori del progresso realizzato, seppur nella consapevolezza delle difficoltà metodologiche di misurazione del lavoro "decente" che tuttavia la ricerca deve aiutare ad impostare.

L'effettiva attuazione dipende inoltre da un adeguato sistema ispettivo che deve non solo assicurare il rispetto di leggi e regolamenti nazionali ricorrendo ai controlli ed alle sanzioni ma che deve anche assistere le imprese nel comprendere le discipline relative alla SSL e nell'affrontare lo sforzo preventivo.


**6.** La chiave di lettura dei due documenti in esame è la rinnovata e più decisa consapevolezza dell'ILO del proprio ruolo di leadership a livello globale nel contesto dell'attuale crisi economica. La promozione di un lavoro "decente" per tutti si intreccia con il lavoro sicuro, anche dai rischi emergenti e le fila si dipanano dalla Strategia globale, adottata nella Conferenza del 2003, verso dimensioni comuni al contesto globale. Salute e sicurezza sul lavoro sono elementi imprescindibili del lavoro "decente" in un sistema globale. Questo è il senso della campagna legata alla giornata mondiale del 28 aprile, delle esigenze di raccolta e scambio di informazioni, buone pratiche e dati relativi agli infortuni ed alle malattie, del ruolo della ricerca. È costante la riaffermazione ad ogni livello del principio del dialogo su base tripartita e tuttavia emerge evidente il ruolo della ricerca, dalla quale ci si aspetta non solo lo studio, ma anche l'impostazione delle questioni più delicate, come l'efficace prevenzione della SSL nelle piccole e medie imprese, nell'economia sommersa e nella questione di genere, fino alle tecniche di misurazione del lavoro "decente".

## 2. Quadro internazionale e comparato

**2.1.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Global Jobs Crisis and Beyond*, World of Work Report 2009, executive summary, 2009 (in  archivio storico, voce *Competitività e sviluppo*).

**2.2.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Freedom of association in practice: Lessons learned*, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 97th Session of the International Labour Conference, 2008 (in  archivio storico, voce *Competitività e sviluppo*).

**2.3.** INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adottata dall'International Labour Conference nella 97<sup>a</sup> sessione, giugno 2008 (in  archivio storico, voce *Competitività e sviluppo*).

**2.4.** WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A fair globalization: creating opportunities for all*, febbraio 2004 (in  archivio storico, voce *Competitività e sviluppo*).

### (2.1. – 2.4.) Le prospettive delle relazioni di lavoro nei paesi in via di sviluppo

*Sommario:* **1.** Introduzione. – **2.** Le relazioni industriali: contesto e riscontri. – **3.** La politica pubblica e l'evoluzione del ruolo dello Stato. – **4.** L'ILO, il mondo del lavoro e le relazioni industriali. – **5.** Trasformazioni nello status e nel ruolo degli attori sociali. – **5.1.** Lavoratori e organizzazioni sindacali. – **5.2.** I datori di lavoro e le associazioni di categoria. – **6.** Contrattazione collettiva: prospettive e contesto di riferimento. – **7.** La risoluzione delle controversie e il ruolo dello Stato. – **8.** Dialogo sociale e tripartitismo a livello nazionale. – **9.** Conclusioni.

**1.** Un profondo rinnovamento delle istituzioni e delle dinamiche del mercato del lavoro dei paesi in via di sviluppo di Africa, America Latina e Asia ha caratterizzato gli ultimi trent'anni. Nel periodo considerato, dette trasformazioni hanno avuto una portata enorme, concretizzandosi in una evoluzione e in uno sviluppo repentini delle relazioni industriali. Due sono le forze che hanno veicolato questo cambiamento. La prima coincide con la transizione da un regime dittatoriale a uno democratico, passaggio che ha contribuito a ridisegnare la politiche pubbliche con particolare riferimento al mercato del lavoro. L'altra forza è rappresentata dalla globalizzazione delle economie nazionali e dalla conseguente liberalizzazione del commercio, soprattutto in termini di investimenti esteri diretti e mobilità di capitale, che hanno avuto effetti significativi nei processi e nelle istituzioni presenti nel mondo del lavoro.

Seppur in condizioni diverse, queste due componenti non hanno trovato applicazione in maniera sequenziale, bensì all'unisono, in quei paesi in cui gli sfor-

zi verso una crescita economica e uno sviluppo inclusivo ha indotto i governi a introdurre riforme sostanziali a livello politico-economico e nell'ambito del mercato del lavoro. L'evolversi del ruolo dello Stato ha poi contribuito a comprendere le diverse criticità manifestate dagli attori sociali coinvolti, nonché dalle istituzioni e dai soggetti interessati dai processi di cambiamento. Il conseguente adattamento delle modalità di "fare impresa" alle economie mondiali, caratterizzate da una forte competitività, ha orientato le nuove tendenze relativamente alle relazioni di lavoro nelle diverse realtà nazionali. Di fatto, le forze che veicolano il mercato e la globalizzazione hanno eroso l'autorità delle politiche nazionali, assegnando altresì un ruolo fondamentale alla componente imprenditoriale a livello nazionale e gestionale, con il conseguente emergere di diversi modelli di relazioni di lavoro nei vari paesi.

Il presente contributo rileva che le due forze che negli ultimi decenni hanno veicolato le relazioni industriali non necessariamente devono essere considerate complementari. Piuttosto, in quei paesi in cui lo sforzo mirato allo sviluppo economico era inizialmente un obiettivo prioritario, suddette forze hanno determinato soluzioni politiche contraddittorie. In questo senso, la necessità dell'attività imprenditoriale di crescere, di attirare investitori ed essere fonte di reddito ha avuto come presupposto una spinta verso l'industrializzazione, per quanto la volontà dei vari governi fosse quella di assicurare ai lavoratori i propri diritti attraverso lo strumento della democrazia. Tale processo ha necessitato di misure atte al controllo delle istituzioni e dei processi nell'ambito del mercato del lavoro, risultando inevitabilmente in una diminuzione dell'autorità e della funzione del sindacato in termini di contrattazione collettiva. Le risposte fornite dalle politiche pubbliche sono state la conseguenza proprio di questa realtà. Il contributo descrive poi le forze in gioco e le implicazioni nei rapporti di lavoro da esse derivanti, considerando le iniziative politiche attuate e gli effetti che queste hanno avuto sui lavoratori e le associazioni datoriali, provvedendo anche a una analisi del carattere mutevole della contrattazione collettiva, di gran lunga l'effetto più benefico della sindacalizzazione.

Sin dalle prime pagine di questo studio è importante precisare che i territori definiti come paesi in via di sviluppo comprendono realtà nazionali caratterizzate da diversi livelli di industrializzazione, tra cui i nuovi territori di Africa, America Latina e Asia. A questo proposito, esistono differenze marcate a livello regionale e nazionale, caratterizzate da esperienze e soluzioni spesso esclusive in ambito di rapporti di lavoro. Per tale ragione, sebbene il tentativo di democratizzazione e di globalizzazione rappresenti una sfida comune, gli effetti sulle relazioni di lavoro hanno caratteristiche diverse derivanti anche da fattori storici, livello di industrializzazione, ruolo del contesto normativo e altre variabili a livello nazionale. Allo stesso tempo, le conseguenze che queste forze hanno determinato, sia sulle iniziative pubbliche sia sui riscontri avuti dalle istituzioni e durante i processi di implementazione delle stesse, presen-

tano caratteristiche e risultati comuni alle diverse realtà nazionali nei differenti paesi.

2. Negli anni compresi tra il 1980 e il 1990, la maggior parte dei paesi in via di sviluppo è stata caratterizzata da riforme politiche sostanziali, generalmente riguardanti la transizione da regimi autoritari a sistemi politici democratici (S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *Globalization and industrial relations in East Asia: A three-country comparison*, in *IR*, vol. 37, n. 3, July 1998, 282-310; D. GHAI, *The IMF and the South*, Zed Press, London, 1991; A. BRONSTEIN, *Societal change and industrial relations in Latin America: Trends and prospects*, in *ILR*, vol. 134, n. 2, 1995, 163-186; R. SANDBROOK, *Democratization and the implementation of economic reform in Africa*, in *Journal of International Development*, vol. 8, n. 1, 1996). Qui i movimenti sindacali hanno giocato un ruolo fondamentale nelle trasformazioni politiche, in quanto il loro sostegno a regimi militari e sistemi politici assolutisti e monopartitici si sgretolava a seguito della campagna di democratizzazione. In America Latina, dove i maggiori cambiamenti politici hanno avuto luogo negli anni Ottanta, paesi come l'Argentina, la Bolivia, il Brasile, il Cile, il Paraguay e il Perù sono andati incontro a profonde riforme costituzionali.

Un caso rilevante in questo senso è rappresentato dal Sudafrica, che nel 1994 ha decretato la fine della tristemente nota politica dell'apartheid basata su livelli distinti di sviluppo, avviando un processo di democratizzazione finalizzato alla creazione di un governo di maggioranza. Sostanziali riforme politiche sono state introdotte in altri Stati africani, come il Malawi, fino a quel momento caratterizzati da governi monopartitici e regimi militari (L. DZIMBIRI, *Industrial relations in Malawi*, in G. WOOD, C. BREWSTER (a cura di), *Industrial relation in Africa*, Palgrave Macmillan, London, 2007). A parte rare eccezioni, sono stati gli anni Novanta il periodo delle maggiori trasformazioni politiche avvenute in Asia. Il Nepal, per esempio, ha approvato una nuova costituzione introducendo una forma di democrazia "monarchica" attraverso la quale sono stati riconosciuti il diritto di riunirsi pacificamente, nonché la libertà di espressione e di associazione (C.S. RATNAM, D.P.A. NAIDU (a cura di), *Industrial relations and collective bargaining in South Asia*, ILO/SAAT, New Delhi, 1999). Le riforme politiche neoliberali introdotte in Thailandia e Indonesia hanno invece permesso modifiche alla costituzione, relative al riconoscimento per i lavoratori dei diritti di associarsi liberamente e di contrattazione collettiva.

Nell'ambito di questo "attacco" internazionale alla dittatura, uno dei maggiori elementi di riforma ha riguardato il rapporto di lavoro; in questo senso, significativi sono stati gli effetti sulle istituzioni e i relativi processi. Nello specifico, tali effetti si sono concretizzati con il sostegno deciso ai lavoratori per il riconoscimento dei propri diritti sul posto di lavoro, fosse il diritto di organizzarsi in sindacati o la possibilità di partecipare alle decisioni che in qualche modo avessero una ripercussione sulle condizioni lavorative. Nei paesi in cui si è realizzata la rinascita della democrazia, il continuo mutamento della realtà

politica ha permesso ai lavoratori di esercitare il diritto di creare o iscriversi a organizzazioni sindacali, nonché di combattere per rivendicare questi diritti.

La globalizzazione implica una più profonda integrazione delle attività economiche, politiche e sociali, ovvero un assottigliamento delle barriere tra i paesi (IMF, *Globalization, opportunities and challenges*, World Economic Outlook, Washington DC, May 1997, e S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *op. cit.*).

Le riforme di carattere economico hanno rappresentato un cambiamento nelle strategie di sviluppo, non più fondate su un'industrializzazione finalizzata alla produzione sostitutiva delle importazioni, né su un tipo di economia gestita interamente dallo Stato, bensì orientate verso politiche neoliberali. In casi come questi, aumentare il livello di esportazione costituisce l'obiettivo principale, nonché una caratteristica comune delle riforme di mercato avute luogo in questo periodo. Pur variando a seconda del tipo di realtà nazionale, le politiche di innovazione sono state caratterizzate da elementi condivisi, come ad esempio la diminuzione del potere dello Stato nelle questioni di carattere economico, che allo stesso tempo prevede l'impegno verso quella industrializzazione fondata sul settore privato.

L'internazionalizzazione dei mercati ha quindi aumentato il livello di interscambio tra paesi in termini finanziari, commerciali, tecnologici e di informazione, nonché altre attività economiche e sociali. Nel contesto peculiare del mercato del lavoro, le nuove forme di occupazione, la riduzione della forza-lavoro e il ricorso agli esuberanti, la crescita degli investimenti stranieri diretti (ISD) e l'aumento delle zone industriali di esportazione sono stati elementi chiave della strategia di sviluppo. Accanto a queste componenti, bisogna considerare anche i cambiamenti rilevanti dello status e del ruolo della contrattazione collettiva, recepito come uno strumento per la determinazione delle condizioni secondo cui l'attività lavorativa doveva essere svolta. La globalizzazione ha avuto effetti sia negativi che positivi sulle relazioni di lavoro, a seconda della prospettiva attraverso la quale essa viene considerata.

L'esperienza cilena incarna il fine comune delle riforme introdotte dalle politiche di globalizzazione. In Cile, le restrizioni al commercio sono state rimosse a partire dagli anni Settanta. Le tariffe doganali, pari al 105% nel 1973, alla fine del decennio di riferimento sono state ridotte al 10% (G. REINECK, R. TORRES, *Chile. Studies on the social dimensions of globalization*, ILO, Ginevra, 2001, 11). Anche il flusso di capitale ha vissuto un processo di liberalizzazione, con gli ISD beneficiari di agevolazioni fiscali. L'incremento degli ISD, che in relazione al PIL hanno subito un aumento dall'1% del 1975 al 6% del 1997, sono una testimonianza di detta liberalizzazione. Un notevole aumento ha caratterizzato anche il flusso di scambi commerciali, con l'esportazione che è passata da circa il 10% nel 1975 al 40% nel 1997.

Ciononostante, la globalizzazione rappresenta un dilemma per molte realtà nazionali. L'interdipendenza dei mercati accelera il processo di crescita e di sviluppo mondiale, ma allo stesso tempo genera l'esclusione di alcuni paesi all'interno dell'arena mondiale. Ciò in passato è stato la conseguenza delle



limitazioni create dal sistema economico internazionale, e in parte anche da politiche nazionali fallimentari (WORLD COMMISSION ON THE SOCIAL DIMENSION OF GLOBALIZATION, *A fair globalization: creating opportunities for all*, febbraio 2004, in epigrafe). In particolare, la globalizzazione ha avuto un enorme impatto sui mercati del lavoro, le istituzioni e i relativi processi, soprattutto perché i paesi hanno dovuto fare i conti con licenziamenti, esuberi e in molti casi cessazione di attività (ILO, *Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization*, cit., 266). L'incremento del numero di multinazionali ha continuato ad alterare il tradizionale equilibrio di potere tra capitale e lavoro. Inoltre, come sottolineato dalla Commissione mondiale, il raggiungimento di una globalizzazione "equilibrata" richiede l'impegno da parte di tutti gli interessati, nonché una partecipazione attiva e reale dei lavoratori, dei datori e delle rispettive organizzazioni (ILO, *Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization*, cit.). Il coinvolgimento delle forze in gioco produce implicazioni sostanziali nell'ambito della contrattazione collettiva che è uno degli strumenti attraverso cui le organizzazioni sindacali promuovono e rivendicano gli interessi dei propri iscritti. È significativo che i processi di negoziazione per mezzo dei quali le parti contrattano la retribuzione, i termini e le condizioni di lavoro siano rimasti schiacciati nella corsa alla globalizzazione, provocando esuberi e una diminuzione della forza-lavoro, in particolare per ciò che riguarda i nuovi investitori e le zone industriali di esportazione. Di conseguenza, come verrà spiegato di seguito, il fascino e l'implementazione di questo importante strumento sono andati affievolendosi. A questo riguardo, il ruolo della contrattazione collettiva è mutato in maniera significativa, probabilmente a vantaggio di ambo le parti coinvolte nell'attività imprenditoriale.

Un effetto rilevante dell'importanza della globalizzazione è l'incremento del carattere informale del mercato del lavoro e l'impatto di questi sui processi e le istituzioni legate alle relazioni di lavoro. Contrariamente alle affermazioni in merito alla sua natura transitoria, l'economia informale nei paesi in via di sviluppo è stata caratterizzata da una crescita esponenziale negli ultimi anni (ILO, *Employment, incomes and equality: A strategy for increasing productive employment in Kenya*, Ginevra, 1972). L'informalizzazione della forza-lavoro si è intensificata negli ultimi dieci anni, a causa del rafforzamento del sistema economico. L'indebolimento del lavoro regolare, causato dalla crisi economica e finanziaria a livello globale, ha contribuito non poco all'attuale situazione. Per esempio, l'ILO riporta che sono stati almeno 20 milioni i posti di lavoro persi tra il 2008 e il 2009 (ILO, *The Global Jobs Crisis and Beyond*, World of Work Report 2009, in epigrafe). La tabella 1 presenta i dati territoriali sull'economia informale nel periodo 2006-2007. Pur con evidenti difficoltà di calcolo e di definizione per il computo di queste cifre, i dati disponibili evidenziano un aumento del lavoro informale nelle regioni considerate. In Africa, circa il 68% della forza-lavoro era impiegata in attività informali nel 2006, con cifre decisamente inferiori per quanto riguarda Asia e America La-

tina. Degno di nota è il fatto che dal 1997 la percentuale di coloro impegnati in attività irregolari sia aumentata in tutte le realtà considerate. Le precedenti stime in merito parlano di un 57% in Africa, 36% in America Latina e 33% in Asia (ILO, *Industrial relations, democracy and social stability*, Ginevra, World Labour Report, 1997). Inoltre, le medie regionali risultano spesso notevolmente inferiori dei dati nazionali, con questi ultimi che evidenziano un aumento del fenomeno in diversi paesi. Nel Mali e in Tanzania, per esempio, le percentuali di economia informale erano pari rispettivamente al 71% e al 67%. In Asia, le percentuali sono del 55,7% e 73,3% rispettivamente per India e Nepal (ILO, *Decent work and the informal economy*, Report VI, 90th Session of the International Labour Conference, Ginevra, 2002, e W. SENGENBERGER, *Globalization and social progress: The role and impact of International Labour Standards*, Friedrich-Ebert Stiftung, Bonn, 2002).

Tabella 1 – Economia informale sulla percentuale della forza-lavoro totale

Regione	Anno	Livelli di occupazione nell'economia informale (percentuale di forza-lavoro)
Africa	2006	67,8
America Latina	2005-2007	42,1
Asia	2006	63,7

Fonte: Database dell'ILO 1997-2008

L'impatto negativo della globalizzazione è stato considerevole tra i soggetti che operano nell'economia informale soprattutto perché, a causa di limiti in termini di competenze e di risorse, si rivelano inadeguati a competere con le aziende che operano legalmente. Per quello che riguarda le relazioni di lavoro, la caratteristica più importante dell'economia informale risiede nel fatto che gli attori coinvolti nella stessa non hanno accesso alle istituzioni e ai processi inerenti al mercato del lavoro. La normativa in materia di diritto del lavoro non viene loro applicata e, laddove ciò avviene, detta normativa non ha conseguenze effettive. Per esempio, nei paesi in cui per legge non è previsto un numero massimo di lavoratori per un determinato ambiente di lavoro, secondo quanto previsto dai provvedimenti in materia di salute e sicurezza, i servizi di vigilanza statali sono privi di capacità esecutiva.

Gli ultimi venti anni sono stati caratterizzati dalla diffusione di nuove forme di occupazione, come i contratti d'appalto, i contratti di *outsourcing*, il *flexi-time*, il part-time, il telelavoro e così via, che hanno avuto un rapido sviluppo in diversi paesi (ILO, *Negotiating flexibility. The role of the social partners and the State*, Ginevra, 1999).

Purtroppo, nei paesi in via di sviluppo risulta complicato valutare o calcolare l'entità di coloro assunti attraverso queste nuove tipologie contrattuali. Allo stesso modo, i datori di lavoro hanno fatto ricorso all'attività informale per

una questione di flessibilità, che include anche un ridimensionamento delle agevolazioni spettanti ai lavoratori atipici, che ha portato a una limitazione del potere sindacale in merito alla forza-lavoro nelle aziende, se non addirittura a una loro estromissione dalla contrattazione.

Queste nuove tipologie contrattuali sollevano diverse questioni soprattutto in termini di precarietà e di riconoscimento dei diritti sul posto di lavoro (ILO, *Negotiating flexibility. The role of the social partners and the State*, cit.).

Il continuo mutamento della configurazione del mercato del lavoro presenta un ulteriore dilemma concettuale per le relazioni industriali a livello teorico e pratico. Questo in quanto con sempre maggiore frequenza viene attribuita una utilità limitata al rapporto tra datore e lavoratore, essendo quest'ultimo sempre meno identificabile attraverso le definizioni previste dalle relazioni di lavoro. Nella maggior parte dei casi le diverse forme di occupazione emerse tendono a non considerare una percentuale piuttosto significativa di coloro appartenenti alla categoria degli atipici e dell'economia informale. In entrambi i casi, queste forme pongono nuove sfide a livello concettuale per l'approccio classico alle relazioni industriali. Nel caso delle occupazioni atipiche, per esempio, le condizioni lavorative non sono regolate da accordi collettivi, sebbene possano essere influenzate dagli stessi. Avviene anzi che i lavoratori operino secondo la politica aziendale relativa alla gestione delle risorse umane, che rappresenta il risultato di decisioni interne.

Negli ultimi anni la ricerca ha riconosciuto un tipo di prospettiva più ampia, che possa includere sia le istituzioni delle relazioni industriali a livello di gestione formale sia le nuove politiche di management delle risorse umane in un'ottica di vere e proprie relazioni di lavoro. Come sottolineato da Bamber, Lansbury e Wailes il termine relazioni di lavoro rispecchia «l'interconnessione di rapporti di lavoro a livello gestionale, relazioni industriali e HR management» (ILO, *Negotiating flexibility. The role of the social partners and the State*, cit., e ILO, *Collective bargaining: A fundamental principle, a right, a Convention*, Labour Education, Ginevra, 1999). Dal mio punto di vista, si tratta di una definizione in fase di evoluzione, in quanto attualmente il concetto di relazioni industriali non può non tener conto di quel vasto settore che è l'economia informale. Ciò in quanto l'ILO, nel chiarire il significato di questo segmento dell'economia in continua espansione, conferma al suo interno l'esistenza di un rapporto di lavoro (ILO, *Decent work and the informal economy*, cit.). È quindi necessaria una più approfondita ricerca per individuare gli elementi legati all'attività lavorativa e al datore di lavoro all'interno di questo settore.

Un sempre maggior numero di addetti ai lavori, infine, sta concentrando la propria attenzione sulle relazioni industriali a livello internazionale. L'emergere di questo campo di ricerca ha interessato l'analisi delle relazioni di lavoro transnazionali, che hanno prodotto un numero sempre maggiore di accordi quadro internazionali (K. PAPADAKIS (a cura di), *Cross-border social dialogue and agreements: An emerging global industrial relations frame-*

*work?*, ILO, Ginevra, 2008). Sebbene frutto di negoziazioni tra sindacati che esercitano la loro attività a livello mondiale e multinazionali europee, tali accordi potrebbero avere effetti significativi in termini di relazioni di lavoro nei paesi dove dette multinazionali operano. Intese di questo tipo, per esempio, potrebbero imporre alle grandi aziende di avviare relazioni formali con i sindacati.

**3.** L'avvento della democrazia ha indotto i governi nazionali a introdurre provvedimenti finalizzati alla risoluzione delle difficoltà del lavoratore in merito al diritto di organizzarsi e ricorrere alla contrattazione collettiva. Questo e altri diritti sono stati ritenuti necessari soprattutto per la debolezza delle istituzioni regolanti il mercato del lavoro nei vari paesi, in parte dovuta dalla struttura economica in cui il lavoro dipendente rappresenta solo una piccola percentuale della forza-lavoro. In realtà quali Colombia, Etiopia, Malawi, Nepal, Sri Lanka e Sudan, per esempio, il lavoro dipendente rappresenta una modesta frazione del mercato del lavoro. Nelle piccole aziende e nell'economia informale, le attività retribuite e quelle di basso profilo non sono protette da accordi quadro, né viene garantito il diritto a organizzarsi e alla tutela sociale.

Per tale ragione, la rivisitazione della normativa sul lavoro è stata pensata per uniformare la politica pubblica e i principi base dell'apparato democratico. A seguito della caduta dei regimi autoritari nei diversi paesi, la riforma di questo periodo ha riguardato il riconoscimento dei diritti dei lavoratori e la possibilità di istituire relazioni industriali. In Nepal, il riconoscimento del potere assoluto del re ha avuto fine nel 1990, quando una nuova costituzione ha portato all'avvento della democrazia. Due anni più tardi è stata approvata l'ordinanza sulle relazioni industriali, che ha garantito ai lavoratori il diritto di organizzarsi e di essere rappresentati da sindacati (A. MATHUR, *Nepal*, in R. BLANPAIN (a cura di), *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International, Deventer, 1996). I provvedimenti di questo tipo adottati come soluzioni a esigenze politiche hanno rappresentato una caratteristica comune nei paesi in cui si è consolidato un regime democratico.

Nel tentativo di comprendere la rilevanza della politica pubblica del periodo in America Latina, Bronstein raggruppa i provvedimenti in due tipi di categorie, normativa di tutela e normativa flessibile (A. BRONSTEIN, *op. cit.*). Il tipo di struttura "analitica", ampiamente presente nella maggior parte dei paesi in via di sviluppo, può aiutare a comprendere il fine duplice delle soluzioni adottate in termini di politica pubblica nei confronti del processo di democratizzazione e nei confronti delle politiche economiche neoliberali. In questo contesto, la normativa di tutela riconosce al lavoratore il diritto fondamentale di associazione e di negoziazione collettiva, operando come spartiacque dalle leggi repressive e opprimenti del passato. Tra i paesi dell'America Latina che hanno adottato questi tipi di provvedimenti ci sono Brasile, Cile, Cuba, Guatemala, Repubblica Dominicana e Uruguay; Ghana, Malawi, Nigeria, Sudafrica, Uganda in Africa; e Corea del Sud, Indonesia e Nepal in Asia.

Il quadro normativo in ognuno dei suddetti paesi ha cercato di ripristinare i diritti fondamentali dei lavoratori, compresi il diritto di organizzarsi in sindacati e quello di contrattazione, nonché di beneficiare di una remunerazione equa secondo quanto stabilito dagli accordi in materia di salario minimo. In Sudafrica, a seguito della fine dell'apartheid, la normativa fondamentale in materia di diritto del lavoro, l'*Industrial Relations Act* del 1995, ha rappresentato un tassello chiave della legislazione nazionale garantendo diritti fondamentali ai soggetti protagonisti del mondo del lavoro (K. GOSTNER, *Social dialogue in South Africa*, InFocus Programme on Strengthening Social Dialogue, Paper n. 5, Ginevra, 2000). Nel Malawi, dove i lavoratori hanno dovuto confrontarsi con ventisette anni di dittatura, il provvedimento del 1996, noto come *Industrial and Labour Relations Act*, ha legittimato il potere delle organizzazioni sindacali e delle associazioni datoriali, così come il diritto di negoziazione collettiva (T. FASHOYIN, *Industrial relations in southern Africa: The challenge of change*, Harare, ILO/SAMAT, Policy Paper n. 5, 1998).

Per quanto riguarda la normativa flessibile, Bronstein afferma che essa ha preso in considerazione la liberalizzazione dell'economia dando così vita a codici del lavoro che rappresentano le principali realtà economiche e di mercato. Questo tipo di approccio normativo tende a dare ai lavoratori spazio e libertà considerevoli in termini di politiche del lavoro. Non è un caso infatti che i provvedimenti ricadenti in questa seconda categoria abbiano rappresentato la base per diversi tipi di contratti di lavoro, modellati attraverso lo strumento della contrattazione, a prescindere dalla volontà del soggetto di avviare i negoziati. Suddetti provvedimenti si caratterizzano anche per clausole più severe in materia di licenziamento ed esuberi, includendo tuttavia sistemi di retribuzione legati alle performance, orari di lavoro flessibili, limitazioni sugli straordinari e requisiti minimi di tutela per il lavoratore.

In America Latina, in particolare in Colombia, Costa Rica e Perù, le leggi adottate nel periodo successivo a quello dittatoriale sono state etichettate come "flessibili", sebbene va ricordato che questo tipo di flessibilità si è poi sviluppato in due direzioni (A. BRONSTEIN, *op. cit.*). Da una parte, la *General Labour Law* in Perù, provvedimento in ambito lavoristico, è stata rivista con il fine di non includere le piccole e micro-imprese nel campo di applicazione della stessa. Dall'altra parte, quasi tutti i paesi in via di sviluppo hanno adottato leggi che proteggono oppure escludono le aziende che operano nella zona industriale di esportazione dalla portata delle norme lavoristiche. In Nepal, il dibattito attuale si concentra sulla rigidità delle norme in materia di diritto del lavoro, soprattutto per ciò che riguarda le *exit policy*, l'orario di lavoro, lo straordinario, gli scatti d'anzianità obbligatori e il potere disciplinare (A. MATHUR, *Nepal*, in R. BLANPAIN, *op. cit.*). In Uganda, infine, dopo la fine della dittatura, il possibile impatto delle riforme sulla crescita economica ha fatto sì che il dibattito sulla rivisitazione del diritto del lavoro durasse per vent'anni.

La difficoltà principale con questo secondo tipo di classificazione risiede nel fatto che non esiste una netta separazione tra una normativa di tutela e flessi-

bile. Molti provvedimenti, al contrario, si posizionano a un livello intermedio, dovendo gestire situazioni conflittuali nell'ambito della politica pubblica e degli obiettivi di quest'ultima (M.L. COOK, *Toward flexible industrial relations? Neo-liberalism, democracy, and labour reform in Latin America*, in *IR*, Vol. 37, n. 3, luglio 1998, 311-336). Il caso del Venezuela fornisce una chiara fotografia di questo limite. Pur essendo impegnato a sviluppare politiche neo-liberali, il governo venezuelano si è mostrato determinato nel realizzare una sorta di approccio tripartitico, finalizzato anche a vincere le resistenze del mondo del lavoro verso il neoliberalismo e giungere a un accordo per l'aumento della retribuzione e della tutela. Nel caso della Colombia, le leggi sul lavoro a tutela dei diritti individuali, nonché delle negoziazioni e delle azioni interventiste da parte dei sindacati, hanno adottato un carattere più flessibile nel corso degli anni.

Le esperienze di altre realtà africane, quali il Mozambico, mostrano le criticità di un tipo di normativa più protezionistica e dell'atteggiamento della parte datoriale verso la stessa. Proprio quest'ultima in Mozambico, considerando la *Labour Law* n. 8/1998 estremamente protettiva nei confronti dei sindacati, si è mostrata restia ad assumere lavoratori su base temporanea. L'assunzione in questi termini ha riguardato un gruppo limitato di lavoratori temporanei, mentre una percentuale più alta ha prestato servizio attraverso forme contrattuali atipiche, il che ha significato una minore tutela e minori benefici (S. LEVY, *The legal and administrative framework for labor relations in Mozambique*, manoscritto, dicembre 2003). Per molti paesi, lo stimolo ad attuare un cambiamento di strategia in questa direzione ha avuto origine dalla sensazione che i vantaggi della globalizzazione sarebbero stati evidenti. Di conseguenza, molti governi hanno sostenuto in maniera tacita la spinta della parte datoriale verso la flessibilità, provocando un indebolimento delle istituzioni all'interno del mercato del lavoro (S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *op. cit.*, M.L. COOK, *op. cit.*, e ILO, *Negotiating flexibility*, *op. cit.*). Questo tratto presente nelle dinamiche della politica pubblica è osservabile in quelle realtà in cui lo Stato ha scelto di proteggere gli investitori attraverso il ricorso a misure di rafforzamento del potere manageriale per questioni inerenti alle relazioni industriali. In molti dei paesi la medesima politica pubblica che ha riconosciuto alle organizzazioni sindacali libertà e indipendenza ha anche creato vincoli operativi rendendo difficoltoso l'esercizio di tali diritti. Politiche che non obbligano i datori all'attività negoziale, restringendo il campo d'azione della contrattazione collettiva, oppure che negano il diritto allo sciopero rappresentano criticità che rendono l'esercizio dei diritti dei lavoratori praticamente impossibile.

Ad un livello intermedio tra questi due tipi di approcci normativi si susseguono procedimenti di riforma finalizzati alla ricerca di un giusto equilibrio tra le rivendicazioni dei singoli e la possibilità da parte degli organi datoriali di sfruttare nel modo più competitivo possibile le proprie risorse, siano esse umane e non. Ciononostante, appare alquanto inverosimile affermare che questo tipo di legislazione "di mezzo" possa risolvere il dibattito in merito al ruo-

lo della politica pubblica e della regolamentazione del mercato del lavoro. Essendo infatti in molti casi venuto a mancare, o non completamente realizzato, il dialogo con le parti sociali, le ipotesi sull'evoluzione di un codice del lavoro socialmente condiviso restano pure congetture. Come hanno sostenuto in molti, il fallimento dei governi nazionali di ottenere il supporto dei lavoratori e della parte datoriale, o di generare in essi un senso di responsabilità, rende problematica la sostenibilità delle riforme all'interno del mercato del lavoro (S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *op. cit.*, R. SANDBROOK, *Democratization and development in Africa*, Zed Press, Londra, 2000).

4. La politica pubblica nei vari paesi in via di sviluppo è stata influenzata, a livelli e pratiche diverse, da fattori esterni. Tra questi vi sono le indicazioni e le istruzioni fornite dalle istituzioni finanziarie internazionali (IFI), in particolare modo la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale. Effettivamente, una delle componenti principali della strategia di sviluppo implementata tra gli anni Ottanta e Novanta, come i Programmi d'aggiustamento strutturale, è stato il prodotto della Banca mondiale, così come le politiche d'attuazione di azione neoliberale hanno avuto origine nel Fondo monetario internazionale (D. GHAI, *op. cit.*, e *World Development Reports*, World Bank, Oxford University Press, New York, 1983).

In questa sede si esaminerà, oltre la funzione delle suddette istituzioni (le IFI), l'attività di orientamento politico realizzata dall'ILO. Tale scelta potrebbe apparire condizionata dal fatto che l'ILO è la principale istituzione internazionale relativa al mondo del lavoro, le cui attività e decisioni influenzano notevolmente le politiche del lavoro nazionali e il riconoscimento dei diritti dei lavoratori. In effetti, è indubbio che i più grandi cambiamenti nella maniera in cui la politica pubblica ha modellato il mercato del lavoro e le relazioni industriali sono opera dell'ILO.

Come si è visto, è stata la stessa ILO a supportare la riforma della politica pubblica e della normativa in ambito lavoristico. In linea con questa attività riformatrice è anche il Programma per il lavoro "dignitoso" (il *Decent Work Agenda*), che offre un quadro concettuale su come organizzare e sviluppare le attività lavorative tale da renderle "dignitose", il quale è diretto a «creare opportunità per uomini e donne al fine di offrire loro attività lavorative e produttive dignitose, in condizioni di libertà, equità, sicurezza e dignità umana» (*Decent Work*, Rapporto del Direttore Generale all'87<sup>a</sup> sessione dell'International Labour Conference, Ginevra, giugno 1999). La nozione di lavoro dignitoso si basa su quattro punti strategici interdipendenti, ossia il diritto al lavoro, alle opportunità lavorative, alla tutela, nonché al rafforzamento del dialogo sociale e del tripartitismo (si veda *Strategic Policy Framework (2006-09)*, 291st Session of the ILO Governing Body, ILO, Ginevra, novembre 2004). Il dialogo sociale interessa l'intera attività dell'ILO ed è al centro del rapporto di lavoro delle aziende a qualsiasi livello. Al fine di sfruttare al massimo il potenziale di questo strumento, l'ILO è sceso in campo in prima persona per la promozione di standard condivisi in materia di lavoro, attraver-

so meccanismi di consultazione che includano il governo, le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali.

L'ILO inoltre è favorevole a un approccio tripartitico che possa essere foriero del dialogo sociale, attraverso norme o pratiche mirate alla tutela della libertà di associazione e alla protezione delle istituzioni che in pratica realizzano la contrattazione collettiva. Nel periodo preso in considerazione, sono stati due i documenti redatti dall'ILO degni di nota in questo senso. Il primo è la *Dichiarazione dei diritti e dei principi fondamentali al lavoro*, pubblicata nel 1998, che definisce come strumenti fondamentali per i diritti umani le otto convenzioni ILO (*Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. Adopted at the 97th Session of the International Labour Conference, giugno 1998). La ratifica di due delle suddette convenzioni, quelle relative alla libertà di associazione e di negoziazione collettiva, è riportata nella tabella che segue. Come si evince, i due documenti sono stati ampiamente recepiti dai diversi territori, sebbene sia stato il secondo ad aver avuto una maggiore risonanza (considerando dicembre 2007, nei paesi africani le ratifiche per le convenzioni n. 87 e n. 98 sono state rispettivamente del 91% e del 98%, per i territori dell'Asia e del Pacifico del 45% e del 55%, mentre nelle Americhe tale percentuale corrisponde al 95% e al 91%. Si veda ILO, *Freedom of association in practice: Lessons learned*, Global Report and the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 97th Session of the International Labour Conference, Ginevra, 2008, 85, in epigrafe).

Tabella 2 – Convenzioni ILO sul diritto di negoziazione collettiva

Territorio	convenzione n. 87	convenzione n. 98
Africa	48	52
Asia	24	29
America Latina	19	19
Caraibi	13	13
UE	27	27

Fonte: ILO

Lo sforzo per promuovere la ratifica delle convenzioni, unito alla successiva regolamentazione della concorrenza sleale, ha prodotto un crescente interesse per l'inclusione dei diritti del lavoratore nell'ambito di accordi commerciali preferenziali con i paesi in via di sviluppo. In America Latina sono stati diversi i governi che hanno realizzato detta inclusione attraverso l'adesione al Mercato comune del Sud (Mercosur); Canada, Messico e Stati Uniti hanno fatto lo stesso sottoscrivendo nel 1992 l'Accordo di Cooperazione in materia di Lavoro dell'America del Nord (NAALC), un'intesa di raccordo con il patto nordamericano per il libero scambio (NAFTA). Accordi di questo tipo si sono realizzati anche tra L'Unione europea e i paesi in via di sviluppo (C. DOUMBIA-



HENRY, E. GRAVEL, *Free trade agreements and labour rights: Recent developments*, in *ILR*, vol. 145, n. 3, 2006, 185-206). Queste intese hanno contribuito a migliorare le politiche e le pratiche nazionali a supporto del diritto dei lavoratori per l'iscrizione al sindacato e la partecipazione alla contrattazione collettiva.

La seconda fa riferimento alla *Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione equilibrata*, approvata nel 2008, che ribadisce l'impegno dell'Organizzazione, soprattutto nell'era della globalizzazione (ILO, *ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adottata dall'International Labour Conference nella 97<sup>a</sup> sessione, Ginevra, giugno 2008, in epigrafe). La Dichiarazione pone enfasi sulla universalità degli obiettivi strategici inerenti al lavoro dignitoso, considerandoli inseparabili, interconnessi e di reciproco supporto, che quindi richiede il raggiungimento concomitante degli stessi. Il documento enfatizza anche il conseguimento di una giustizia sociale universale, necessaria per il raggiungimento degli «obiettivi di piena occupazione e del pieno sviluppo degli standard di vita, così come la garanzia di una remunerazione minima e l'estensione delle misure di protezione sociale finalizzate a sostenere un reddito base a qualunque individuo» (ILO, *Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, cit.). L'accento posto su come la Dichiarazione possa rafforzare il paradigma del lavoro dignitoso è al centro della globalizzazione "giusta", il che vuol dire che qualsiasi occupazione dovrebbe garantire sicurezza, dignità, rispetto per la libertà di scelta, nonché la capacità del lavoratore di essere coinvolto nelle decisioni in merito alle condizioni e all'ambiente di lavoro in cui si opera.

**5.** Le forze che hanno contribuito a modellare le relazioni di lavoro hanno allo stesso tempo influenzato la struttura, le operazioni, il comportamento e i risultati dei lavoratori e dei datori, e le istituzioni che li rappresentano. Il ruolo dei sindacati a difesa e promozione degli interessi dei propri iscritti ha dovuto subire una pressione costante proveniente da forze interne ed esterne, che hanno prodotto un impatto considerevole sulla loro abilità di ottenere questi obiettivi. Di seguito una breve panoramica di queste forze.

**5.1.** Generalmente, i sindacati del periodo post-indipendente non hanno avuto la possibilità di operare come organizzazioni indipendenti. Il Centro del lavoro in Uruguay, alla cui base vi è la convenzione nazionale dei lavoratori (CNT), è stato dichiarato illegale dopo il colpo di Stato del 1973. Nel periodo del regime dittatoriale, il CNT ha svolto la propria attività in maniera clandestina (G. MAZZUCHI, *Labour relations in Uruguay, 2005-08*, Industrial and Employment Relations Department, Working Paper n. 6, ILO, Ginevra, 2009). Questa e altre organizzazioni del lavoro in altri paesi in via di sviluppo, come in Malawi, sono stati i soggetti che più di tutti hanno beneficiato delle riforme politiche e dei movimenti di stampo democratico sviluppatisi tra il 1980 e il 1990. Alle modifiche alla costituzione delle varie realtà nazionali ha fatto seguito la rivisitazione della normativa lavoristica, che ha conferito ai lavoratori la possibilità di organizzarsi in sindacati, i quali hanno ottenuto

l'opportunità di operare liberi da quegli impedimenti che hanno caratterizzato il periodo precedente.

La globalizzazione e le politiche di riforma economica, tuttavia, hanno portato le organizzazioni dei lavoratori ad assumere un atteggiamento difensivistico, mentre le aziende si sono adattate ai cambiamenti in risposta alla concorrenza internazionale. Le ricadute sui movimenti sindacali nei paesi in via di sviluppo hanno causato una enorme trasformazione in termini di atteggiamento e di struttura (C.S. RATNAM, D.P.A. NAIDU (a cura di), *op. cit.*). Alcune di queste possono essere individuate brevemente. La prima, come spiegato in precedenza, è stata la straordinaria contrazione dell'occupazione formale, dovuta all'opera di ridimensionamento di governi e aziende al fine di affrontare la realtà globalizzata. I programmi di riduzione della forza-lavoro originati da queste misure hanno portato a un sostanziale declino del numero di iscritti al sindacato in molte realtà in via di sviluppo, come mostra la tabella 3.

Si noti che la presenza dei sindacati, ossia la proporzione del numero totale di occupati che è iscritta al sindacato, in queste realtà è stata meno del 20% nel 2006, a eccezione di Singapore in cui si è raggiunto il 33%. Tale presenza tuttavia tende ad aumentare qualora si considerano i lavoratori che percepiscono una retribuzione, per cui il rapporto è pari quasi a 2/3 di questa categoria.

Di conseguenza, in Malawi e nelle Filippine, tale presenza è aumentata rispettivamente del 20,6% e del 3,2% (ILO, *International Statistical Inquiry on Trade Union Density and Collective Bargaining Coverage: 2008-09*, Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE), ILO, Ginevra, 2009).

Coloro che hanno abbandonato il settore formale generalmente cercano occupazione nell'economia informale, che di conseguenza ha aumentato i propri numeri. Come spesso affermato dai rappresentanti, l'organizzazione di questa categoria è stata alquanto scoraggiante per i sindacati, in quanto le strategie operative non sono state adattate a questo tipo di realtà.

Tabella 3 – Presenza del sindacato e utilizzo della contrattazione collettiva

Paese	Anno	Percentuale di presenza del sindacato (su numero totale degli occupati)	Anno	Percentuale di copertura della contrattazione collettiva (su numero totale degli occupati)
Africa				
Kenya	2007	4,1	2007	0,4
Malawi	2006	2,7	2006	2,7
Mauritius	2007	14,8	2008	9,9
America Latina				

Cile	2007	13,6	2007	6,5
El Salvador	2008	6,7	2008	2,2
Messico	2008	11,2	2007	6,9
Asia				
Malaysia	2007	7,6	2007	1,8
Filippine	2007	1,7	2008	1,1
Singapore	2007	33,3	2008	14,6

*Fonte: International Statistical Inquiry on Trade Union Density and Collective Bargaining Coverage: 2008-09, Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE), ILO, Ginevra, 2009*

Oltre al declino dell'occupazione formale, si è verificato anche un certo scetticismo da parte di molti investitori nel supportare i sindacati impegnati nella gestione e nella promozione della contrattazione. Com'è noto, l'economia formale rappresenta la base tradizionale delle organizzazioni sindacali. Molti datori di lavoro, tuttavia, hanno mostrato una preferenza per un approccio più orientato alla gestione delle risorse umane, attraverso cui la parte datoriale si rapporta direttamente con i lavoratori in maniera individuale e immancabilmente si fa carico di responsabilità che altrimenti sarebbero spettate ai sindacati. In casi come questi, il senso di appartenenza dei lavoratori va al datore e non al sindacato. Per questo motivo, l'opzione di iscriversi all'ente rappresentante diventa meno affascinante. Ciò è particolarmente vero nelle zone industriali di esportazione, così come per i nuovi investitori.

Il terzo elemento da prendere in considerazione è l'aumento negli ultimi decenni delle diverse forme di lavoro atipico, su base occasionale e parziale (i dati relativi a questa categoria non sono disponibili attualmente, sebbene informazioni in merito alle pratiche aziendali suggerisca un aumento di questa forma di occupazione). Tale fenomeno rappresenta il risultato di cambiamenti strutturali nel mercato del lavoro, all'interno del quale queste nuove forme di attività lavorativa hanno messo in discussione il ruolo e l'influenza dei sindacati. I soggetti che hanno avuto accesso al mercato del lavoro in tempi recenti, quali le donne, i giovani, le figure altamente qualificate e coloro impiegati in occupazioni atipiche, non sono attratti dall'idea di iscriversi al sindacato. Nel caso dell'ultimo gruppo, questa ipotesi è difficile se non impossibile, in quanto spesso la parte datoriale si mostra contraria alla loro appartenenza al sindacato di categoria.

Queste pratiche avvengono in contrasto con la situazione reale, che mostra un sindacato debole e spesso diviso in piccoli gruppi, caratterizzato da una frammentazione e da divisioni acute dalla globalizzazione. Ad aggravare il

quadro attuale è il disegno legislativo e amministrativo che tacitamente complica i rapporti già problematici all'interno delle organizzazioni, generando difficoltà che mettono in discussione l'integrità e ostacolano l'organizzazione di strategie da implementare sui posti di lavoro e all'interno dell'economia informale. Di conseguenza molti sindacati mancano di capacità gestionale e di leadership tale da permettere di difendere i diritti dei loro iscritti o di contrattare a loro nome.

La sfida che attende i sindacati e le relazioni di lavoro ha origine anche dalle zone industriali di esportazione. Quando agli inizi degli anni Novanta sono state introdotte, la politica pubblica ha escluso l'applicazione di leggi sul lavoro. In Pakistan, l'ordinanza relativa alle suddette zone ha imposto delle limitazioni al diritto dei lavoratori di organizzarsi in sindacati e sull'attività di negoziazione collettiva (C.S. RATNAM, D.P.A. NAIDU (a cura di), *op. cit.*). L'applicazione di questi provvedimenti è avvenuta con una certa riluttanza laddove questi tipi di vincoli non sono stati espressamente specificati. Tuttavia, in quanto centro di crescita e di sviluppo di un tipo di occupazione formale, l'esclusione di leggi sul lavoro per questo tipo di attività espone i lavoratori ad abusi, così come suggerito dai dati relativi. Anche la parte datoriale più conservatrice sembra incontrare delle difficoltà nella implementazione "discriminatoria" di tali leggi in queste particolari zone.

**5.2.** Anche la parte datoriale ha vissuto un periodo di cambiamento, sia dal punto di vista strutturale che sotto il profilo operativo, per venire incontro alle esigenze di liberalizzazione e di concorrenza su scala mondiale. Accade infatti sempre più spesso che le politiche di relazioni industriali delle aziende siano guidate da fattori quali la competizione e il mercato del prodotto. Il ridimensionamento industriale, che ha portato alla produzione di linea e a catene di produzione su scala globale, ha avuto come conseguenza anche una sostanziale diminuzione della forza-lavoro a livello mondiale. In diversi casi le associazioni industriali emergenti rappresentano un ostacolo per le associazioni datoriali più tradizionali, con queste ultime più concentrate sul mercato del lavoro, a differenza delle prime il cui unico interesse è l'attività imprenditoriale. Non è un caso che spesso le associazioni industriali abbiano una rete di rapporti piuttosto consolidata con l'autorità pubblica. Con sempre maggiore frequenza, i datori di lavoro si mostrano riluttanti a legarsi ad associazioni di rappresentanza, e nel momento in cui lo fanno, i loro interessi li spingono a favorire quelle istituzioni che hanno un ruolo chiave nel promuovere la loro attività e aumentare la rispettiva quota di mercato, oppure enti che possono esercitare una certa pressione e favorire i loro interessi a livello politico. Questo tipo di approccio ha creato un regime di mercato più flessibile, dando alle aziende la possibilità di rispondere prontamente a quelle trasformazioni dettate dalle richieste a livello mondiale. Di conseguenza, le organizzazioni datoriali, le cui finalità sono state quelle di promuovere un tipo di politica che considerasse le esigenze del mondo lavorativo, hanno perso influenza e nume-

ro di iscritti, vedendo anche ridotto l'autorità rispetto alle istituzioni che promuovono la libera concorrenza e la crescita aziendale.

Tale riluttanza nell'iscrizione alle più tradizionali associazioni datoriali è particolarmente evidente in due tipi di categorie, ossia gli investitori stranieri e le piccole e medie imprese (PMI). Queste ultime rappresentano solitamente il segmento di sviluppo dell'economia, costituendo inoltre il più alto numero di aziende nei paesi in via di sviluppo. Da una parte, i nuovi investitori promuovono la visione secondo cui l'attuale normativa lavoristica non è flessibile e sensibile ai continui cambiamenti delle aziende a livello globale. Dall'altra, le PMI si mostrano preoccupate dal fatto che le aziende più grandi, ovvero multinazionali che hanno una certa influenza sulle associazioni di categoria, possano strumentalizzare queste ultime per imporre la propria volontà. Questi timori non sembrano essere così infondati, richiedendo quindi un nuovo approccio a livello organizzativo tale da uniformare gli interessi e la realtà imprenditoriale di tutti i tipi di aziende.

In effetti, una serie di trasformazioni nella strategia organizzativa delle associazioni datoriali finalizzate a esaltare il ruolo potenziale delle PMI sembrano già avendo luogo. A livello istituzionale, diverse associazioni imprenditoriali si stanno impegnando a fornire ai propri iscritti sistemi di supporto che permettano loro di competere in maniera efficace nel mercato globale. In questo senso, alcuni esempi di politiche diverse rispetto alle tradizionali relazioni industriali riguardano lo scambio di informazioni, la formazione professionale e altri programmi per la crescita lavorativa dei dipendenti, che rafforzano la capacità delle imprese di adeguarsi rapidamente a un mercato in continuo cambiamento. Sempre per le PMI sono in fase di sviluppo anche servizi su misura finalizzati a rispondere in maniera adeguata a esigenze e difficoltà specifiche.

**6.** Negli ultimi decenni, il ruolo della contrattazione collettiva nel migliorare e tutelare le condizioni di lavoro nei paesi in via di sviluppo ha rappresentato una questione ampiamente dibattuta. Come evidenziato precedentemente, in questi tipi di realtà la percentuale di lavoratori che godono dei benefici garantiti dai sindacati di categoria e dalla relativa contrattazione è in fase calante in proporzione al numero totale di occupati. Le ragioni di tale situazione sono da ricercare nella predominanza dell'attività agricola, nella disoccupazione, nelle alte percentuali di informalizzazione, nel mancato interesse da parte delle imprese verso lo strumento negoziale, nonché nel frequente ricorso a forme di lavoro atipiche. Così come riportato nella tabella 3, la contrattazione collettiva ha avuto uno sviluppo considerevole in Mauritius, dove la prevalenza della contrattazione aziendale rappresenta un raro esempio di collaborazione tra lavoratori e organi decisionali. D'altro canto, i dati forniti recentemente dall'ILO suggeriscono che nella maggior parte dei paesi lo strumento della contrattazione collettiva viene utilizzato nella misura del 10% considerando il numero totale di lavoratori (ILO, *International Statistical Inquiry*, cit.).

Anche la negoziazione collettiva è stata oggetto di trasformazioni significative, specialmente in merito al diritto dei lavoratori di organizzarsi in sindacati, in precedenza negato.

Tanto la parte datoriale quanto i dipendenti fanno ricorso con sempre maggiore frequenza alla contrattazione con finalità diverse da quelle prettamente “distributive”, portando avanti questioni quali l’occupabilità, la conciliazione tra vita familiare e lavoro, la produttività, la sostenibilità delle imprese e così via. Studi di settore indicano che la contrattazione collettiva può rappresentare un importante strumento per raggiungere obiettivi quali l’equità in termini lavorativi, la tutela sociale, l’aumento in termini produttivi e la sostenibilità aziendale (ILO, *Collective bargaining: Negotiating for social justice*, Introductory note to the High Level Tripartite Meeting, Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE), ILO, Ginevra, 19-20 novembre 2009). Di conseguenza, pur esistendo vincoli al libero esercizio del diritto di negoziazione, a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta si è verificata una diminuzione dell’avversione della politica pubblica verso lo strumento negoziale. Oggi, infatti, le difficoltà verso la sua implementazione hanno un’origine diversa.

Uno degli effetti più rilevanti della globalizzazione e delle riforme in chiave economica è la rivendicazione di un ruolo più influente a livello decisionale da parte dei lavoratori per rispondere in maniera più efficace e immediata alla pressione concorrenziale. Gradualmente in tutti i paesi, la decentralizzazione della contrattazione è considerata essere la sola via percorribile per un tipo di negoziazione fattuale. In linea generale, tuttavia, ciò che emerge è un sistema di contrattazione a tre livelli.

Il primo livello è quello nazionale o centralizzato, in cui, a seconda delle modalità della trattativa, vengono discusse questioni inerenti alla retribuzione minima o specifica, nonché i termini dell’attività lavorativa. La contrattazione centralizzata, che come si vedrà successivamente si basa su una consultazione tripartita ed è utilizzata con sempre maggiore frequenza, è finalizzata alla realizzazione di un accordo di riferimento o a stabilire condizioni e principi generalmente applicabili. Essa ha il merito di rafforzare la collaborazione, l’innovazione e la stabilità delle relazioni industriali. Il ricorso alla contrattazione per questioni diverse dalla retribuzione e dalle condizioni di lavoro è ampiamente possibile a questo livello e potrebbe facilitare l’approvazione dei processi innovativi tra i livelli inferiori di negoziazione. Il livello nazionale è anche quello più utile nella gestione di situazioni di crisi.

Il secondo grado di contrattazione è quello di categoria, in cui gli accordi collettivi stabiliscono condizioni specifiche e in alcuni casi provvedimenti base. Per questi ultimi le parti, a un livello più basso di negoziazione, hanno la possibilità di adeguare i termini degli accordi a situazioni specifiche derivanti dal tipo di settore industriale interessato. Questo tipo di negoziazione è la più ricercata soprattutto laddove le associazioni datoriali non hanno grande forza.

Il terzo livello è invece rappresentato da quello aziendale, dove le condizioni e i termini dell'attività lavorativa sono discussi e adeguati secondo le specifiche esigenze del lavoratore e, appunto, dell'azienda. In questo caso la contrattazione può essere predisposta a processi innovativi, nonché adattata a un contesto imprenditoriale e operativo. Allo stesso tempo, è a un livello inferiore di contrattazione che i sindacati si dimostrano più deboli rispetto agli organi decisionali. Ciò potrebbe essere provocato da fratture interne o dalla volontà della parte datoriale di contrattare in maniera indipendente con i lavoratori, rifiutando quindi l'appellativo di "outsider".

La decentralizzazione può rappresentare una questione annosa per entrambe le parti, in quanto può indebolire il potere sindacale rispetto agli organi datoriali. Tanto per cominciare, gli accordi collettivi hanno una durata limitata, solitamente di un anno, in quanto le esigenze di cambiamento richiedono alle parti di considerare prospettive a breve termine in ambito di relazioni di lavoro a livello aziendale (D. CAMPBELL, *Social dialogue and labour market adjustment in East Asia after the crisis*, in G. BETCHERMAN, R. ISLAM (a cura di), *East Asia Labor and the Economic Crisis*, The World Bank, Washington DC, 2001, e ILO, *Negotiating flexibility*, cit.). Teoreticamente ciò non dovrebbe rappresentare un problema per le organizzazioni sindacali, diventandolo tuttavia nel momento in cui queste mancano di autorità, capacità e risorse, con un conseguente svantaggio dovuto alla frequenza delle negoziazioni.

In diversi casi, soprattutto nei periodi di particolare contrazione economica, i contratti scaduti vengono rinnovati per un periodo definito e previo accordo tra le parti (S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *op. cit.*). Questa prassi ha interessato diverse regioni, in particolar modo durante la recessione mondiale; può tuttavia rappresentare il risultato di una posizione sindacale relativamente debole, di una preferenza da parte dell'azienda o di un diniego alla contrattazione. Laddove la capacità negoziale degli organismi sindacali è limitata, questo tipo di accordo si rivela essere l'unica via percorribile, non solo in quanto supportato da esigenze economiche, ma anche perché spesso le realtà sindacali locali non riescono a proporre un'alternativa.

L'esperienza sudcoreana rappresenta un ottimo esempio del processo che ha portato a un cambiamento e a una estensione del raggio d'azione della contrattazione collettiva. A seguito della crisi finanziaria asiatica del 1997, che ha causato una profonda crisi economica e la perdita di molti posti di lavoro, la contrattazione collettiva ha radicalmente modificato i suoi obiettivi, passando dalle richieste in termini di distribuzione dei redditi a quelle relative alla promozione dell'occupazione (D. CAMPBELL, *op. cit.*, e YOUNG-KI CHOI, *Social Concertation in Korea: Tradition and Prospects*, InFocus Programme on Social Dialogue, ILO, Ginevra, 2000). Dopo aver sottoscritto accordi tripartitici, le trattative a livello aziendale si sono concentrate maggiormente su aspetti quali la tutela dei lavoratori, la stabilità e la retribuzione della forza-lavoro. Contratti di questo tipo sono stati firmati in diversi paesi africani e in diversi settori, quali quello della lavorazione dello zucchero in Sudafrica, Swaziland e

Uganda (T. FASHOYIN, A. HERBERT, P. PINOARGOTE, *Uganda: multinational enterprises in the plantation sector: labour relations, employment, working conditions and welfare facilities*, Multinational Enterprise Programme, Job Creation and Enterprise Development Department, Working Paper n. 93, ILO, Ginevra, 2003; E. WEBSTER, *The contribution of collective bargaining to employment protection or creation and to competitiveness: The case of South Africa*, Ginevra, 1999, inedito). A livello politico, il ruolo del governo come datore di lavoro, in molti casi unico referente in questo senso, è caratterizzato da un atteggiamento profondamente conservatore e contraddittorio. Ciò è dovuto a diverse ragioni, tra cui la visione arcaica secondo cui la sovranità dello Stato preclude ai rappresentanti del governo la possibilità di negoziare con i dipendenti pubblici. Limitazioni emergono anche dai vincoli fiscali imposti da organismi esterni che, oltre a ridurre la crescita economica, sono causa di un significativo regresso finanziario in molti paesi, con serie difficoltà in termini di relazioni di lavoro. Per esempio, nel 1996 nel Malawi, un bonus pari al 25% della retribuzione mensile per i dipendenti pubblici è stato aspramente criticato dai donatori, che hanno minacciato di interrompere il supporto finanziario. La soluzione iniziale proposta dal governo è stata quella di posticipare detto premio, che tuttavia è stata definitivamente accantonata (L. DZIMBIRI, *op. cit.*). Per le stesse ragioni di cui sopra, il dipendente pubblico si mostra riluttante a riconoscere il sindacato quale organismo con poteri di contrattazione, considerandolo al massimo un ente di consultazione informale. Ciò appare ironico, perché sebbene il ruolo delle organizzazioni sindacali nel settore pubblico risulti pressoché inutile, è proprio qui che il tasso di sindacalizzazione, con pochi sindacati ben strutturati, ha subito un incremento. La spiegazione è data dal tipo di organizzazione del settore pubblico, generalmente caratterizzato da un solo organismo datoriale.

7. In molti paesi, l'avvento della democrazia ha dato luogo a una serie di scioperi senza precedenti, anche a seguito di un minor controllo da parte degli organismi predisposti (S.J. FRENKEL, D. PEETZ, *op. cit.*). Gli strumenti per la risoluzione delle controversie in vigore, di solito in mano alla parte datoriale, nella maggior parte dei casi si caratterizza da una mancanza di chiarezza. La politica pubblica esistente è spesso esitante e si esprime contro il lavoratore. Detti strumenti sono stati in passato gestiti dallo Stato e si sono rivelati inefficienti. In questi casi, il governo è andato oltre il mero ruolo amministrativo, arrivando a determinare la somma derivante dall'eventuale accordo. Tuttavia, l'avvento di un governo democratico ha portato a riformare le leggi inerenti al mondo del lavoro, che come descritto in precedenza, riconoscono il diritto del lavoratore di organizzarsi in sindacati e utilizzare lo strumento della contrattazione collettiva. Le iniziative politiche in merito al diritto di sciopero, un diritto fondamentale secondo la convenzione n. 87 dell'ILO, continuano ad essere terreno di disaccordo tra gli organismi sindacali e i governi nazionali. Mentre il diritto di negoziazione collettiva è riconosciuto nella maggior parte dei casi,



il ricorso allo sciopero viene tacitamente eluso a causa della difficoltà del governo di applicare la legge.

Ciononostante, continue trasformazioni stanno avvenendo relativamente a questa situazione nei diversi paesi. Con sempre maggiore frequenza sono state introdotte prospettive diverse per quello che riguarda la risoluzione delle controversie, che permettono a entrambe le parti di avere più voce in capitolo nella gestione di questi casi. Tale processo di innovazione ha avuto luogo in varie realtà nazionali, trovando anche il consenso dell'ILO (*Fact Sheet on the ILO/Swiss Project in Southern Africa*, gennaio 2003). Per sopperire all'inefficienza degli strumenti formali di risoluzione, si stanno sviluppando anche sistemi diversi per risolvere questo tipo di controversie. Questi ultimi, sebbene caratterizzati da differenze nella forma e nel contesto a livello nazionale, sono pensati per conferire un certo grado di responsabilità alle parti soprattutto a livello preventivo, in termini di gestione e risoluzione, nonché relativamente alla promozione di relazioni di lavoro non conflittuali.

Di conseguenza, il coinvolgimento di un terzo attore/istituto diverso dal governo, come ad esempio il ricorso a una risoluzione alternativa delle controversie, ha acquisito un ruolo primario per la gestione e la positiva conclusione dei conflitti. La conseguenza più prossima di questa libertà garantita a entrambe le parti è rappresentata dalla riconsiderazione della funzione dello Stato, più orientato all'implementazione di politiche di riferimento. Questa tendenza ha portato al rafforzamento della collaborazione tra lavoratori e parte datoriale, incrementando altresì il livello di *governance* nell'ambito del mercato del lavoro.

**8.** Nel corso degli ultimi vent'anni, il "dialogo sociale" ha guadagnato uno spazio sempre più rilevante a livello concettuale, in quanto considerato dall'ILO, dall'Europa e da numerosi paesi in via di sviluppo uno strumento nuovo nell'ambito del rapporto di lavoro (ILO, *Industrial relations, democracy and social stability*, cit.; R. HYMAN, *Social Dialogue in Western Europe: the "State of the Art"*, InFocus Programme on Strengthening Social Dialogue, ILO, Ginevra, 2000; T. FASHOYIN, *Tripartite cooperation, social dialogue and national development*, in *ILR*, vol. 4, n. 2, 2004, 341-371). Ma né l'ILO, né l'Europa o chi per essi deve pensare a questo strumento come a una nuova modalità d'interazione! In Uruguay, per esempio, nel 1984 viene convocata la Commissione nazionale il cui ruolo è stato quello di favorire l'implementazione di accordi in materia di lavoro e tutela sociale. Al successo di questa esperienza ha fatto seguito l'istituzione dell'*Higher Wage Council*, un ente tripartitico incaricato di «favorire il consenso nazionale su questioni di carattere economico» (G. MAZZUCHI, *op. cit.*).

Nell'ultimo decennio, tuttavia, è maturato l'interesse di chiarire maggiormente il concetto di dialogo sociale. In quest'ottica, l'ILO ha promosso questo termine a livello internazionale, definendolo come una norma che racchiude i principi di *governance* nell'ambito mercato del lavoro, sia esso riferito ai due soggetti dell'attività imprenditoriale ovvero alle relazioni tripartitiche che in-

cludono istituzioni governative, la parte datoriale e il lavoratore, solitamente a livello nazionale (ILO, *Industrial relations, democracy and social stability*, cit.). L'obiettivo condiviso del dialogo sociale è quello di ottenere il consenso su questioni in cui le parti si trovano ad essere in posizione conflittuale o di concorrenza. Include quindi le trattative relative a questa divergenza al fine di trovare un accordo o compromesso che porti a ciò che spesso viene descritta come una soluzione vantaggiosa. La definizione attuale fornita dall'ILO parla del dialogo sociale come di un insieme di «negoziazioni, consultazioni e scambio di informazioni che solitamente intercorrono tra rappresentanti del governo, della parte datoriale e dei lavoratori inerenti a questioni economiche e sociali di interesse comune» (Atti della 276<sup>a</sup> sessione dell'ILO Governing Body, novembre 1999. Vedi anche *Informal discussion on the state of the art of social dialogue*, InFocus Programme on Strengthening Social Dialogue, ILO, Ginevra, 13-14 dicembre 1999, manoscritto inedito). Pur esistendo, per consuetudine o per legge, in alcuni paesi, la cooperazione tripartita, essa è diventata oggetto di interesse solo recentemente, in seguito alla ricerca dei governi nazionali di superare le difficoltà economiche. Le sfide della globalizzazione e dell'implementazione di un nuovo ordine economico non prevedono più che l'autorità pubblica abbia potere esclusivo sulla formulazione di iniziative politiche. Di conseguenza, i processi che si sviluppano a tre livelli in ambito nazionale o istituzionale sono rinnovati o realizzati per incanalare gli sforzi diretti a ottenere il consenso in merito alle politiche economiche e sociali.

La tendenza finalizzata alla concertazione tra governo, parte datoriale e lavoratore, o semplicemente tra queste ultime due categorie, sta modificando il ruolo dei suddetti attori nei paesi in via di sviluppo. L'esperienza mostra infatti che la cooperazione su tre livelli è stata alla base di risoluzioni non conflittuali di molte questioni in ambito lavoristico che avrebbero potuto mettere in discussione gli sforzi orientati verso lo sviluppo nazionale (P. AUER, *Employment revival in Europe – Labour market success in Austria, Denmark, Ireland and the Netherlands*, ILO, Ginevra, 2000; T. FASHOYIN, *Governance and the labour market in South Africa*, in *IJCLLIR*, vol. 25, n. 2, 2009, 137-155). In particolare, Campos e Root sostengono che questo meccanismo rappresenta la norma condivisa in materia di retribuzione, conferendo al governo «la capacità di impegnarsi in maniera verosimile in un processo politico stabile e razionale» (J.E. CAMPOS, H.E. ROOT, *The key to the Asian miracle. Making shared growth credible*, Brookings Institution, Washington DC, 1996, 81).

Negli ultimi dieci anni, studi di settore hanno forgiato le nozioni di fiducia, cooperazione e consenso reciproci tra le parti per ottenere una mediazione di interesse su questioni urgenti in ambito socio-economico che coinvolgono la comunità (A. TREBILCOCK (a cura di), *Towards social dialogue: Tripartite cooperation in national economic and social policy-making*, ILO, Ginevra, 1994; P. AUER, *Employment revival in Europe – Labour market success in*

*Austria, Denmark, Ireland and the Netherlands*, cit.; T. FASHOYIN, *Tripartite cooperation, social dialogue and national development*, cit.). Questo atteggiamento sembra avere un fondamento pratico, soprattutto per quanto riguarda la creazione di una base per la realizzazione di un consenso periodico su tre livelli. L'ultimo decennio ha visto concretizzarsi la tendenza a "istituzionalizzare" il processo di dialogo sociale in numerose realtà nazionali. In Europa, il Modello sociale europeo spinge i paesi del vecchio continente a creare consigli economici e sociali, con le diverse realtà nazionali caratterizzate da specifiche istituzioni per la mediazione dei singoli interessi relativamente alle questioni del mercato del lavoro e di quante possano influenzare lo stesso (A. FERNER, R. HYMAN (a cura di), *Changing industrial relations in Europe*, Blackwell, Oxford, 1997). La rilevanza del dialogo sociale istituzionalizzato è rappresentata dall'incentivo alle parti sociali a fungere da "centro di raccolta" di richieste e preoccupazioni attraverso un approccio non-conflittuale e orientato al *problem solving*.

Nell'isola caraibica delle Barbados, dove nel 1989 si è dovuto far fronte a un periodo di recessione economica, le parti hanno unanimemente convenuto su iniziative concrete per risolvere la crisi, attraverso la Commissione del partenariato sociale (T. FASHOYIN, *Fostering economic development through social partnership in Barbados*, Working Paper n. 1, InFocus Programme on Strengthening Social Dialogue, ILO, Ginevra, ottobre 2001). Nel corso degli anni sono stati sottoscritti cinque protocolli, ognuno dei quali ha affrontato criticità specifiche dell'economia nazionale e dello sviluppo sociale. Durante l'attuale periodo di crisi, la Commissione ha operato come forum internazionale per una soluzione alla recessione che mettesse d'accordo i tre livelli di dialogo. In Sudafrica, il Consiglio Nazionale dello Sviluppo Economico e del Lavoro (NEDLAC) è una delle istituzioni chiave del periodo post-apartheid, in quanto svolge la funzione di forum per la canalizzazione, tra le altre, di questioni relative al mondo del lavoro e del loro impatto sul funzionamento del mercato del lavoro. Ciò include la riforma del diritto del lavoro, la crescita economica, il commercio, la spesa pubblica e la concorrenza internazionale (K. GOSTNER, *op. cit.*; T. FASHOYIN, *Governance and the labour market in South Africa*, cit.).

Diversi paesi asiatici hanno fatto ricorso a strumenti istituzionali simili per la consultazione e la negoziazione di aspetti più o meno generali della politica sociale ed economica. Il caso dell'Asia Orientale è utile, in quanto inizialmente l'interesse verso una negoziazione su tre livelli era minima. In questi territori il dialogo sociale è stato introdotto nel tentativo di affrontare la crisi finanziaria del 1997 (D. CAMPBELL, *op. cit.*; T. FASHOYIN, *Social dialogue and Labour Market Performance in the Philippines*, Working Paper n. 14, InFocus Programme on Social Dialogue, Labour Law and Labour Administration, ILO, Ginevra, febbraio 2003). Nella Corea del Sud, il successo di questo esperimento ha spinto il governo a istituire una Commissione nazionale tripartita

permanente per il dialogo sociale nel 1998, la *Korea Tripartite Commission* (YOUNG-KI CHOI, *op. cit.*).

Una casistica realizzata dall'ILO sull'attività di gestione del dialogo sociale, relativamente a questioni nazionali derivanti dalla riorganizzazione economica, dalle riforme della normativa lavoristica e dalla crisi economica, dimostra il valore di questo strumento nel creare misure innovative come veicolo di supporto per l'occupazione e il mercato del lavoro che possa soddisfare le esigenze a medio o a lungo termine delle parti (ILO, *Negotiating flexibility*, cit., e T. FASHOYIN, *Tripartite cooperation, social dialogue and national development*, cit.). In Singapore, dove l'impatto della recessione economica è tangibile fin dagli inizi del 2008, la consolidata struttura tripartitica è stata utilizzata per ottenere il consenso per una serie di provvedimenti inerenti al mercato del lavoro per tutelare i posti di lavoro. In ottobre 2009, non solo lo Stato ha salvato posti di lavoro, ma si è anche registrata una crescita economica (documento non pubblicato dell'Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE), ILO, Ginevra). È tuttavia erroneo supporre che istituzioni di questo tipo si rivelino utili esclusivamente nei periodi di crisi. Come l'esperienza di numerose realtà nazionali dell'Europa e quella di Singapore hanno dimostrato, lo strumento del dialogo sociale può essere foriero di stabilità, fiducia e cooperazione reciproca, nonché può fortificare la *governance* democratica (J.E. CAMPOS, H.E. ROOT, *op. cit.*; P. AUER, *Changing labour markets in Europe: The role of institutions and policies*, ILO, Ginevra, 2001).

9. Negli ultimi decenni, le relazioni di lavoro nei paesi in via di sviluppo hanno vissuto profondi cambiamenti, generalmente dovuti a questioni relative a politiche di sviluppo nazionali, mentre sono stati la globalizzazione e le trasformazioni politiche a spingere verso il cambiamento. Queste dinamiche hanno rappresentato delle sfide e delle opportunità per il mercato del lavoro. Il riscontro politico e la realtà globale del mondo del lavoro, insieme con le pratiche manageriali a livello imprenditoriale hanno caratterizzato le relazioni di lavoro nel periodo di riferimento, concorrendo alla nascita di diversi gradi di flessibilità.

Nei paesi in via di sviluppo, le politiche pubbliche, le istituzioni e i processi riguardanti le relazioni di lavoro si sono evoluti e sono responsabili dei diversi ruoli attribuiti agli attori della natura della contrattazione collettiva e del dialogo sociale. Ciononostante, la sfida che resta da giocare è quella di trovare un equilibrio tra gli obiettivi di sviluppo nazionale e i diritti e la tutela delle diverse forme di occupazione che sono emerse. Il quadro legislativo che sostiene e promuove questi diritti, rafforzando gli organi di rappresentanza delle parti e facilitando il dialogo sociale e la contrattazione collettiva, è essenziale per il raggiungimento di una *governance* equilibrata nel mercato del lavoro.

Il ruolo sostenibile della politica pubblica è di sostenere lo sviluppo di organizzazioni sindacali e organismi datoriali, i quali possono contribuire in maniera efficace ed effettiva alla gestione del mercato del lavoro. Attraverso i processi e le istituzioni inerenti al dialogo sociale, il partenariato organizzato

su tre livelli può creare un ambiente che promuova l'iniziativa personale e collettiva finalizzata al rafforzamento del rispettivo ruolo delle parti coinvolte e dei loro rappresentanti. Tutto ciò per uniformare la realtà del mercato del lavoro ai tentativi di sviluppo nazionale. In particolar modo, vi è la necessità di gestire il continuo cambiamento del mercato del lavoro, ponendo l'accento sulla tutela dei diritti dei lavoratori nel settore dell'occupazione informale e delle forme di lavoro atipico.

*Tayo Fashoyin*  
*Director – Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE)*  
*International Labour Office*